

## LIBRO SEGUNDO.

### TITULO PRIMERO.

#### De la division de las cosas.

- I. NOCION Y CLASIFICACION DE LAS COSAS Y DE LOS DERECHOS.—**1.º** Aceptacion juridica de la voz **cosa** : objetos que comprende : paralelo entre la nocion y clasificacion de las personas y de las cosas.—**2.º** Clasificacion de las cosas segun su mayor ó menor susceptibilidad de derecho.—**3.º** Clasificacion de las cosas segun sus cualidades modifican los derechos de que son susceptibles.—**4.º** Idea y clasificacion de los derechos.—**5.º** Derechos de que se ocupan las Instituciones en el presente titulo.
- II. POSESION.—**1.º** Idea de la posesion juridica : quienes la tienen : doble carácter de la misma.—**2.º** Clases de posesion juridica : sus efectos respectivos.—**3.º** Condiciones necesarias para su adquisicion.—**4.º** Cómo se pierde.
- III. DOMINIO.—**1.º** Definicion y naturaleza ordinaria del dominio : limitaciones de que es susceptible.—**2.º** Su historia en Roma.—**3.º** Modos de adquirirle : su clasificacion y condiciones generales.—**4.º** Doctrinas especiales de la ocupacion, accesion, especificacion, confusion y conmixtion, tradicion y adquisicion de frutos.—**5.º** Casos en que se pierde.

#### I.

#### NOCION Y CLASIFICACION DE LAS COSAS Y DE LOS DERECHOS.

**1.º** ACEPTACION JURÍDICA DE LA VOZ «COSA»: OBJETOS QUE COMPRENDE: PARALELO ENTRE LA NOCION Y CLASIFICACION DE LAS PERSONAS Y DE LAS COSAS.

En el libro primero ha tratado Justiniano del *sugeto* del derecho : en los segundo, tercero y parte del cuarto se ocupa del *objeto* del derecho y á la vez de las relaciones jurídicas y de los hechos mediante los cuales se establecen.

Ya sabemos que constituyen el *objeto* del derecho los diferentes medios ordenados por Dios para que el hombre pueda

cumplir su destino : que aquellos medios son nuestra existencia y facultades, la naturaleza y la cooperacion de nuestros semejantes : y, por último, que las leyes, considerando innecesario declarar é impropcedente regular el derecho que tenemos sobre nuestra existencia y facultades, han limitado sus disposiciones á los dos medios restantes (1).

Segun esto, aunque la palabra cosa en su sentido gramatical sólo comprende los objetos materiales fuera del hombre, juridicamente se extiende á *todo lo que puede ser objeto de un derecho*, es decir, á los séres físicos en general, á los hechos con que los demas hombres deben cooperar á la realizacion de nuestro fin y á los mismos derechos adquiridos sobre uno ú otro objeto, porque todo esto puede ser materia de una relacion jurídica (2).

Como el jurisculto estudia las personas y las cosas tan sólo bajo el aspecto juridico, resulta que en la nocion y clasificacion de ambas se ofrecen las analogías siguientes :

1.<sup>a</sup> No es persona jurídica el hombre á quien la ley no reconoce capacidad para el derecho : tampoco los séres físicos ó los actos sobre los cuales no cabe tener derechos se estiman juridicamente cosas.

2.<sup>a</sup> Ciertas entidades capaces de derecho tienen, por el contrario, el carácter de personas jurídicas sin ser individuos humanos : tambien las leyes comprenden bajo el nombre genérico de cosas todo aquello que puede figurar como materia de derecho, aunque no sea un objeto corpóreo.

3.<sup>a</sup> No toda persona tiene el mismo grado de capacidad jurídica : de la propia manera no todas las cosas son igualmente susceptibles de derecho.

4.<sup>a</sup> Finalmente, para poder apreciar el grado de capacidad jurídica de las personas distinguimos dos órdenes de circunstancias : unas que la determinaban fundamentalmente : otras que modificaban su ejercicio. Si no hemos de confundir la susceptibilidad de las cosas para ser objeto de derechos, necesitamos formar de ellas dos grupos : uno de las cosas cuyas circunstancias impiden más ó ménos que la persona adquiera derechos sobre ellas ; otro de aquellas cuyas circunstancias modifican en la adquisicion, ejercicio y trasmision, los derechos á que ellas se prestan. Expondrémos separadamente ambas clasificaciones.

## 2.º CLASIFICACION DE LAS COSAS SEGUN SU MAYOR Ó MENOR SUSCEPTIBILIDAD DE DERECHO.

(1) *Prolegómenos*, pág. 57. (2) D., L., 16. 23.

§ inicial. Superiore libro de jure personarum exposuimus; modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

En cinco clases divide el texto las cosas bajo el concepto de los derechos que sobre ellas se tienen: *communia omnium, publica, universitatis, nullius y singulorum.*

*Comunes, communia omnium*, las que pertenecen á todo el linaje humano y se hallan destinadas por su propia naturaleza para el uso de todos los hombres; v. gr., el aire.

*Públicas, pública*, las que pertenecen á una nacion, y se hallan destinadas por el Estado al uso comun de todos los individuos que le constituyen; v. gr., un puerto.

*De corporacion, universitatis*, las que pertenecen á un pueblo ó asociacion distinta del Estado, y el uso á cada uno de sus miembros; v. gr., un monte comun.

*De nadie, nullius*, (en la significacion que aquí se le da), las consagradas á un fin religioso, v. gr., los vasos sagrados, los sepulcros, y aquellas cuya inviolabilidad se halla protegida especialmente; como, las murallas.

*De cada uno, singulorum*, las susceptibles de ser apropiadas por los particulares, viniendo á constituir parte de la fortuna individual. Son todas las no comprendidas en las cuatro clases precedentes, y de cuya adquisicion nos ocuparemos separadamente.

Antes de examinar los objetos que las Instituciones comprenden en cada una de las cuatro primeras categorías, necesitamos hacer ligeras observaciones para determinar el fundamento y alcance de la clasificacion misma.

Desde luego consigna el párrafo que la mayor parte de las cosas, *pleraque*, son *singulorum*; es decir, que el hombre, extendiendo su dominacion sobre la naturaleza, puede hacerlas propias; pero este poder dominador se encuentra restringido por la naturaleza misma de las cosas y por el Estado.

Los elementos más indispensables para la vida son providencialmente tan inagotables, que ni el individuo ni el Estado pueden apoderarse de ellos y dispensarlos á su antojo: hé aquí las cosas *comunes*, las *perpetuamente inapropiables*.

Por otra parte, dentro de cada Estado, las cosas que son apropiables por su naturaleza, necesitan ser aplicadas de manera que resulten satisfechos los diferentes fines humanos;

porque para la realizacion de todos ellos han sido creadas : de aquí, las cosas *pública* y *universitatis*, destinadas al provecho comun de todos los individuos que forman el Estado ó una corporacion legítimamente establecida, y las *nullius*.

Para designar el carácter jurídico de estas cosas se emplean locuciones cuyo valor debe precisarse.

Las Instituciones dicen aquí que se hallan *extra patrimonium nostrum*, calificacion que nos parece equívoca; porque *in patrimonio nostro* solamente están las cosas que en la actualidad constituyen la fortuna de los particulares, llamadas *bona, pecunia* (1); y hay muchas que, sin pertenecer á las comunes, públicas, de corporacion ó *nullius*, no se hallan todavía en el patrimonio particular; v. gr., la fiera que vaga por los bosques: luego no es una circunstancia que corresponda solamente á estas últimas el encontrarse *extra patrimonium*.

Con más propiedad se dice en otros pasajes de las mismas Instituciones y del Digesto que se hallan *extra commercium* (2); pero todavía este calificativo necesita ser bien comprendido. El da á entender que nadie puede apropiarse y vender tales cosas, que no pueden ser objeto de comercio, mientras conserven su carácter; pero tan pronto como le pierdan, ya son susceptibles de propiedad privada: y como esto puede suceder, segun veremos, á todas las cosas excepto á las comunes, resulta que todas las demás sólo se hallan fuera del comercio de una manera condicional, no absoluta.

Por último, aún mientras permanecen exentas del comercio, tiene el individuo sobre casi todas ellas derechos tan considerables, que son puntualmente las que mayor utilidad le producen y el único patrimonio del menesteroso, como aparecerá del cuadro que vamos á presentar.

(A) *Cosas comunes.*

§ 1. Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

§ 3. Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

§ 5. Litorum quoque usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi impo-

(1) D., L. 16, 5.

(2) Inst. II, 20, § 4.—D., XVIII, 1, 6, pr.; XXX, 39, § 10, etc.

nere (1), in qua (2) se recipiant, sicut retia siccare, et ex mare deducere (3). Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus et mare, et, quae subjacent mari (4), terra vel arena.

Cuatro objetos se enumeran en la clase de comunes: el aire, el agua corriente, el mar y las riberas del mar (5).

(a) Del aire que llena el espacio, todos pueden aprovecharse; pero de la columna de aire que se encuentra sobre una finca, no puede privársele al dueño de ésta por medio de construcciones (6).

(b) El uso del agua corriente pertenece á todo el mundo; mas el agua contenida en un fundo, corresponde exclusivamente á su propietario.

(c) Tambien es comun el uso del mar, como el del aire (7); y se hace de él mencion especial, ya para manifestarnos que las aguas del mar son comunes bien se hallen corrientes, bien muertas ó estancadas, ya porque no sólo son comunes las aguas sino el terreno que ellas ocupan. Así, lo que se construye en una isla del mar ó sobre los materiales arrojados al intento, es del edificante (8) mientras el mar no vuelva á ocuparlo (9), si bien no se permiten estas obras cuando perjudican al uso del mar ó de sus riberas (10).

(d) Finalmente, se reputan comunes las riberas del mar. Entiéndese por ellas el terreno hasta donde más alcanzan las olas del mar en el invierno (11). Todos los textos declaran con las Instituciones que el uso de las riberas del mar es comun; porque, siéndolo el del mar, este se haría imposible sin el de aquéllas. Pero respecto á la propiedad de las riberas mismas, aparece cierta vacilacion. La circunstancia de ser un terreno que frecuentemente ocupa el mar, necesario para su curso, hace que Justiniano, siguiendo a Neracio (12), se incline á calificarlas de *nullius*, como la tierra ó arena que el mar cubre; mas no lo afirma en términos absolutos, sino *potest intelligi*. Javoleno las consideraba *públicas* (13); y Celso, más explicito, como *pertenecientes al pueblo romano* (14). Esto tiene su explicacion en que, si bien un Estado no puede tener verdadera propiedad sobre las playas que con frecuencia ocupa el mar y son indispensables para la navegacion, puede y

(1) C. *ponere*. (2) C. *in quam*. (3) C. *ex mari reducere*. (4) C. *subjacet*. (5) D., I, 8, 2, § 1. (6) D., VIII, 2, 2; IX, 2, 29, § 1; y XLIII, 24, 22, § 4. (7) D., XLIII, 8, 3, § 1. (8) D., XLI, 1, 30, § 4. (9) D., I, 8, 10. (10) D., XLII, 8, 3, § 1. (11) D., L, 16, 96, pr. (12) D., XLI, 1, 14, pr. (13) D., L, 16, 112. (14) D., XLIII, 8, 3, pr.

debe ejercer sobre las mismas los actos de jurisdicción y de tutela que reclamen la seguridad y buena administración del país. Por eso vemos que todos pueden llegarse á ellas para los usos de la navegación y pesca, respetando las edificaciones que existan (1); que los pescadores pueden levantar cabañas donde guarecerse (2); y que, previo decreto del Pretor (3), cualquiera puede construir, haciéndose dueño del suelo y del edificio mientras éste subsista, pero tan luego como se destruya, recobra el terreno su primitivo carácter y se hace de aquél que nuevamente construya (4).

(B) *Cosas públicas.*

§ 2. Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

§ 4. Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus (5) ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates earum illorum est, quorum praediis adhaerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt.

Las cosas públicas no pertenecen á toda la humanidad, sino á un pueblo determinado. Pero las naciones poseen bienes de dos clases; unos cuyo uso se reservan, y disponen de ellos lo mismo que el individuo de su fortuna particular; y otros que destinan al uso comun de todos sus miembros. Los primeros se designan con el nombre de *patrimonium populi* (6); no están fuera del comercio; y pueden ser enajenados y dados en arriendo, segun lo hizo Roma con el *ager publicus*: tales eran asimismo las salinas, minas, pesquerías, etc.

Los segundos forman la clase de cosas llamadas públicas (7) de las cuales nadie se considera verdadero propietario y son inalienables, nó por su naturaleza, sino porque, destinadas al uso de todos, es incompatible con este el que lleguen á ser objeto de propiedad privada (8). Bien podrá el Estado cambiar su destino arrancándolas al uso público para enajenarlas, pero sólo en casos muy extremos; porque, constitu-

(1) D., I, 8, 4.

(2) D., I, 8, 5, § 1.

(3) D., XLII, 1, 50.

(4) D., I, 8, 6, pr.

(5) C. *funes arboribus*.

(6) D., XLI, 1, 14, pr.

(7) Algunas veces se llaman públicas á las comunes y áun á las de corporación, pero reconociendo los mismos jurisconsultos que sólo merecen aquel nombre las pertenecientes al pueblo romano.—D., L, 16, 15, 16 y 17.

(8) D., XVIII, 1, 6, pr.; id. id. 72, § 1.

yendo el patrimonio de todas las generaciones, debe no sacrificarse el porvenir de las futuras al interes de la presente.

El texto solamente menciona como públicos los rios, los puertos y las riberas de los rios; en el Digesto se cuentan además las calles, caminos, islas, terrenos, campos, lagos y estanques destinados al uso comun de todos los ciudadanos; derecho que era protegido por medio de interdictos (1).

(a) *Los rios.*

Son públicos los rios cuyas aguas corren perennemente, por más que se agoten durante algun estio (2).

Respecto á ellos, debe distinguirse el rio mismo del agua que por él corre. El rio es público solamente; pertenece al pueblo, y por consecuencia puede negarse su uso á los extranjeros para navegar, pescar, etc. El agua corriente del rio es comun, segun vimos ántes; no susceptible de propiedad por su curso perpetuo; y por tanto no puede negarse su uso al extranjero para beber, lavar, etc.

(b) *Las riberas de los rios.*

Se entiende por ribera el terreno que ocupa el rio cuando trae mayor caudal de agua; pero sin tener en cuenta las avenidas extraordinarias (3).

En las riberas debemos distinguir el uso y la propiedad.

Siendo público el uso del rio, debe forzosamente serlo el de las riberas sin el cual se haria imposible aquél (4). Por esto, cualquiera es libre de apróximarse á ellas su nave, sujetarla á los árboles nacidos en las mismas, secar las redes, colocar parte del cargamento, etc. (5); pero no de construir en ellas (6).

La propiedad de las riberas y de todos los objetos inherentes á ellas, como los árboles y la yerba, corresponde á los dueños de los predios limítrofes (7), si bien no podrán hacer trabajos que dañen al uso público (8).

Aun el mismo cauce del rio le consideraba privado el juriconsulto Celso, puesto que se hacia de los colindantes cuando quedaba seco, porque ya no le usaba el pueblo (9).

(C) *Cosas de corporacion.*

§ 6. *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.*

(1) D., XI, III, 7 al 14.

(2) D., XI, III, 12, 1, § 2 y 3.

(3) D., XLIII, 12, 1, § 5; id. id., 3, § 1.

(4) D., XXXIX, 2, 24, pr.

(5) D., I, 3, 5, pr.

(6) D., XLI, 1, 15.

(7) D., I, 8, 5, pr.

(8) D., XLIII, 12, y 13.

(9) D., XLI, 1, 30, § 1.

Aunque el texto se refiere únicamente á las ciudades, debe extenderse su doctrina á todo pueblo ó corporacion legalmente constituida, que tenían por consiguiente el carácter de personas jurídicas (1).

Lo mismo que el Estado, las corporaciones poseen dos clases de bienes : unos, en plena propiedad como cualquier particular ; v. gr., teatros, sitios para las carreras de los atletas, esclavos, etc. *patrimonium universitatis* (2) : otros, destinados al uso de sus individuos ; v. gr., montes, dehesas, etc. de aprovechamiento comun. Estos últimos son los designados con el nombre de *res universitatis*. Acerca de los dos órdenes de cosas es aplicable respectivamente cuanto hemos dicho al tratar de las cosas públicas.

(D) *Cosas nullius*.

§ 7. Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae : quod enim divini juris est ; id nullius in bonis est.

La calificación de *nullius* se aplicaba á tres clases de cosas : 1.<sup>a</sup> á las que, siendo susceptibles de propiedad privada (*in commercio, singulorum*), carecían de dueño, y de las cuales nos ocuparemos más adelante ; 2.<sup>a</sup> á las comunes y públicas que se consideraban pertenecer á una comunidad, pero sin formar parte de la fortuna individual de persona alguna determinada ; 3.<sup>a</sup> á las de *derecho divino*, acepcion que adoptan en este lugar las Instituciones y bajo la cual se comprenden las *sagradas, religiosas y santas* (3).

Colocadas *extra commercium*, era comun á todas ellas no poder constituir el patrimonio de nadie (4) ; ni por consecuencia ser vendidas (5), ni objeto de ningun contrato (6), ni adquiridas por prescripcion (7), ni hipotecadas (8). Si caían en poder del enemigo, perdían para los romanos el carácter sagrado, religioso ó santo, cual los ciudadanos prisioneros su libertad ; pero cuando volvían al poder de la ciudad, recuperaban su primitivo carácter como por derecho de postliminio (9). Mientras se conservaban sagradas, religiosas ó santas eran protegidas por medio del edicto del Pretor (10).

(1) D., III, 4.

(2) E., I, 8, 6, § 1.

(3) D., I, 8, 1, pr.

(4) D., I, 8, 6, § 2.

(5) *I. st.* III, 23, § 5.—D., XVIII, 1, 6, pr.; id. id., 73, pr.

(6) *Inst.* III, 19, § 2.—GAYO, III, 97.

(7) *Inst.* II, 6, § 1.—GAYO, II, 48.

(8) D., XX, 1, 9, § 1.

(9) D., XI, 7, 36.

(10) D., XI, 7 y XLIII, 6.

Veamos cuáles pertenecían á cada clase.

(a) *Sagradas.*

§ 8. *Sacra sunt* (1) quae rite, et per pontifices Deo consecrata sunt veluti aedes sacrae, et dona (2), quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt, quae etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo sacrae aedes aedificatae sunt, etiam diruto aedificio, adhuc sacer manet, ut et Papinianus rescripsit.

Durante el paganismo, se entendía por cosas sagradas las consagradas á los dioses superiores (3). Para la consagracion fué necesaria la autorizacion pública que se otorgó sucesivamente por medio de una ley, de un senadoconsulto y de un rescripto imperial (4), y la práctica de las ceremonias establecidas. Distinguíase el *locus sacer*, que era el consagrado, del *locus sacrarium*, donde se colocaban accidentalmente los *sacra* para ponerle bajo el amparo de la religion: este podía ser una propiedad privada (5).

Admitido el cristianismo, eran sagradas las cosas consagradas á Dios por sus ministros segun lo prescrito por la Iglesia.

Los objetos que cualquier individuo pretendiese consagrar por su autoridad propia, no eran sagrados, sino profanos. Viceversa, aunque se arruinara el edificio consagrado legítimamente, permanecía sagrado el lugar donde habia estado construido (6). Era por lo demás indiferente que se hallasen en la ciudad ó fuera de ella (7).

Una cosa sagrada no admitía precio (8); en lugar sagrado (no en el *sacrarium*) estaba prohibido hacer nada que no fuese para ornato (9), y lo construido debía demolerse (10); por último, el robo sacrilego era castigado con penas severas segun los casos (11).

Justiniano permitió vender ó empeñar las vestiduras y vasos sagrados y los demas objetos destinados al culto, para redimir cautivos ó socorrer la indigencia en tiempo de carestía (12). Más tarde autorizó la venta de los vasos que no fue-

(1) *C. sacrae res sunt.*

(2) *C. donaria.*

(3) GAYO, II, 4.

(4) GAYO, II, 5.—D., I, 8, 9, § 1.

(5) D., I, 8, 9, § 2.

(6) D., I, 8, 6, § 3.

(7) D., I, 8, 9, pr.

(8) D., I, 8, 9, § 1.

(9) D., XLIII, 6, 1.

(10) D., XLIII, 8, 2, § 19.

(11) D., XLIII, 13, 6.

(12) C. I, 2, 21.

ran necesarios, para satisfacer con su precio las deudas de la Iglesia, evitando así la enajenación de bienes inmuebles (i).

(b) *Religiosas.*

§ 9. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum inferit in locum suum. In communem autem locum purum, invito socio, inferre non licet; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item si alienus usufructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre, et licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit.

Son cosas religiosas, dice Gayo, las abandonadas á los dioses manes (2): el lugar donde se da sepultura á un cadáver humano, como expresa el párrafo y el Digesto (3).

Se dice que cada cual puede hacer religioso un lugar á su voluntad, porque no es necesario para ello ni autorización pública ni observar determinadas ritualidades; pero deben concurrir al efecto las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Que el enterramiento se verifique por disposición de aquél á quien corresponde hacer los funerales (4).

2.<sup>a</sup> Que se entierre con intención de que el cadáver permanezca en aquel lugar perpetuamente, nó para trasladarle despues á otro sitio (5).

3.<sup>a</sup> Que se depositen restos mortales de un ciudadano ó de un esclavo (6), nó de un enemigo (7). Cuando los restos de un mismo cadáver se enterraban en diferentes sitios, solamente se hacia religioso aquel en que se depositaba la cabeza, como la parte principal por la que nos distinguimos de nuestros semejantes (8). El cenotafio (*inane sepulcrum*), ó sea, el monumento construido en memoria de alguno que está enterrado en otra parte (9) se consideraba religioso por Marciano (10); pero Ulpiano afirma que declararon lo contrario las constituciones imperiales (11).

4.<sup>a</sup> Que exista derecho para ocupar el lugar con la sepultura; y le había cuando el que ordenaba el enterramiento (12) ó el finado (13) tenían sobre el suelo dominio irrevocable y completo (14). Por consecuencia, se necesitaba el permiso del

(1) Nov. CXX, cap. 10.

(2) GAYO, II, 4.

(3) D., XI, 7, 2, § 5.

(4) GAYO, II, 6.

(5) D., XI, 7, 6, § 1.

(6) D., XI, 7, 2, pr.

(7) D., XLVII, 12, 4.

(8) D., XI, 7, 44, pr.

(9) D., XI, 7, 42.

(10) D., I, 8, 6, § 5.

(11) D., I, 8, 7 y XI, 7, 6, § 1.

(12) GAYO, II, 6. — D., I, 8, 6, § 4.

(13) D., XI, 7, 4.

(14) D., XI, 7, 34.

*dueño* ó su ratificacion, si el predio era ajeno (1), teniendo éste en otro caso derecho á que se trasladasen los restos con la debida autorizacion ó á que se le abonasen daños é intereses (2): de los *condueños*, para enterrar á un extraño; pero nó para cada uno de los copropietarios que no pudieran sepultarse cómodamente en otra parte, ó sí se trataba de un sepulcro comun (3): del *usufructuario*, cuando no iba á enterrarse el mismo dueño que hubiera legado el usufructo y que carecía de lugar más cómodo; pero indemnizando al usufructuario (4): de aquél que tenía sobre el predio una *servidumbre*, á no ser que esta pudiera usarse por otra parte con igual comodidad (5): y del *acreedor hipotecario*, para la inhumacion de persona que no fuese el mismo deudor ó persona de su familia (6).

No se hacía religioso todo el lugar donde existía la sepultura, sino tan sólo el terreno que ocupaba el cadáver (7); y cesaba de serlo cuando se trasladaban á otro punto los restos mortales con la debida autorizacion (8).

Los sepulcros no podían ser enajenados; pero sí el derecho de ser enterrado en ellos (9).

(c) *Santas.*

§ 10. Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta sit (10) in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

Se denominan propiamente cosas *santas* las que, sin ser sagradas ni profanas, se hallan protegidas de una manera especial contra la profanacion de los hombres (11). Como en rigor no son de derecho divino sino públicas, dice el texto *quodammodo divini juris sunt.*

(1) D., I, 8, 6, § 4.—C. III, 44, 2.

(2) D., XI, 7, 7, pr.; id. id., 8, pr.

(3) D., X, 3, 6, § 6 y XI, 7, 41.

(4) D., XI, 7, 2, § 7; id. id., 46.

(5) D., XI, 7, 2, § 8.

(6) D., XI, 7, 2, § 9.

(7) D., XI, 7, 2, § 5.—C. III, 44, 4 y 9.

(8) D., XI, 7, 44, § 1.

(9) C. VI, 37, 14.—Los títulos 44, libro III del Código y 7 y 8, libro XI del Digesto, contienen disposiciones muy curiosas sobre funerates, derecho de sepultura, exhumaciones y proteccion dispensada á los sepulcros, que no son objeto de nuestro estudio.

(10) VULGO *est.*

(11) D., I, 8, 8, pr.; id. id., 9, § 3.

Marciano deriva la voz *sanctum* de *sagminibus*; y nos dice que *sagmina* era una yerba que llevaban consigo los legados romanos como signo de su inviolabilidad (1): Ulpiano, de *sanctione*, porque se llamaban así aquellas cuyo respeto estaba sancionado con una pena; y en este sentido eran santas las leyes (2).

Además de las leyes, se nos presentan con igual carácter los embajadores (3), y las puertas y los muros de las poblaciones, donde no podía hacerse obra alguna que fuera perjudicial, ni habitar por el riesgo de un incendio, sin permiso del príncipe (4): su profanación ó escalamiento eran castigados con pena capital como hostil y abominable; pues á los ciudadanos romanos, dice Pomponio, no les es lícito salir más que por las puertas, é invoca el recuerdo de Remo muerto por este delito (5).

### 3.º CLASIFICACION DE LAS COSAS SEGUN SUS CUALIDADES MODIFICAN LOS DERECHOS DE QUE SON SUSCEPTIBLES.

La naturaleza física ó la consideracion jurídica de las cosas modifican frecuentemente los derechos que sobre ellas pueden tenerse en su adquisicion, ejercicio y trasmision.

Desde este punto de vista suelen enumerarse como más importantes las clases que siguen: corporales é incorporeales; inmuebles y muebles; simples, compuestas y univerialidades; divisibles é indivisibles, principales y accesorias. fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles (6).

No formularon los romanos esta clasificacion; pero en muchas leyes diseminadas se hallan reconocidas las diversas especies de cosas que acabamos de enumerar y vamos á exponer brevemente.

#### (A) *Corporales é incorporeales.*

Justiniano, copiando á Gayo (7), dice que son cosas corporales aquellas *quae sua natura tangi possunt*, é incorporeales las *quae tangi non possunt*. Segun estas definiciones, pertenecen á la primera clase los seres materiales que afectan á

(1) D., I, 8, 8, § 1.

(2) D., I, 8, 9, § 3.

(3) D., I, 7, 17.

(4) D., I, 8, 9, § 4; y XLIII, 6, 2 y 3.

(5) D., I, 8, 11.

(6) Desde los tiempos más remotos se conservó en Roma la division de cosas en *mancipi* y *non mancipi*, así como la subdivision de los inmuebles en predios *italicos* y *provinciales* que hemos dado á conocer suficientemente en la Historia, páginas 65 y 133. Justiniano declaró expresamente abolidas estas distinciones que ántes de su época ya no tenían importancia.—C. VII, 31, un. 11.

(7) GAYO, II, 13.—D., I, 8, 1, § 1.

nuestros sentidos; y á la segunda, los hechos de nuestros semejantes y los derechos de cualquiera especie, que no son tangibles.

La doctrina es cierta, porque todo esto puede ser objeto de una relacion jurídica y constituye nuestro patrimonio; pero semejante clasificacion no tiene verdadera importancia práctica, y luego veremos que ni siquiera son tratados sus dos miembros con estricta separacion.

(B) *Inmuebles y muebles.*

Jurídicamente es *inmueble* el suelo con todo lo que forma parte de él, v. gr., los minerales, y las dependencias del mismo. Se entienden por dependencias: 1.º cuanto *se halla incorporado* al suelo, bien orgánicamente como las plantas y los árboles (1), bien artificialmente, como las construcciones: 2.º lo que *se destina* al uso perpetuo de éstas, aunque no esté adherido á las mismas, por ejemplo las llaves; pero no los objetos que constituyen el mueblaje (*instrumenta*), por más que se hallen fijos, v. gr. las vasijas y prensas (2). Cuando aquellos objetos son separados á perpetuidad, cesan de ser inmuebles, cual los materiales extraídos (*eruta, ruta*), los árboles cortados (*caesa*) y los frutos percibidos; pero si solamente se han separado para reponerlos y volverlos á su destino, conservan el carácter de inmuebles (3).

Los inmuebles se subdividen en *urbanos* y *rústicos*: ambos comprendidos bajo la denominacion general de *fundus*. Son predios urbanos los edificios, tanto en la ciudad como en el campo; porque el carácter de urbano le da la materia, nó el lugar: los edificios de las poblaciones se llaman *aedes*; los del campo, *villae*. Son rústicos los terrenos destinados á la produccion de cosechas; de manera que los jardines de las casas se reputan urbanos. Un terreno sin edificar recibe el nombre de *area*, si está dentro de la poblacion; de *ager*, si fuera de ella (4).

Son *muebles* todos los objetos que pueden trasladarse de un lugar á otro y no se hallan incorporados ó destinados perpetuamente á un inmueble. Se subdividen en *móviles* y *se-moventes*, segun son seres inanimados ó animados (5).

Sobre la clasificacion de muebles é inmuebles debemos tener presentes dos circunstancias importantes:

(1) D., XIX, 1, 40.

(2) D., XIX, 1, 13, § 31; id. id., 14, 15, 17 y 33.

(3) D., XIX, 1, 17, § 6, 10 y 11.

(4) D., L, 16, 198 y 211.

(5) D., XXI, 1, 1, pr.—C. VII, 37, 2 y 3.

1.<sup>a</sup> Que en Roma sólo se aplicaba á las cosas corporales : los derechos se consideraban aparte de ambas categorías, ora versáran sobre objetos muebles ó inmuebles (1).

2.<sup>a</sup> Que con ser la llamada á ejercer influencia más decisiva en la adquisición, conservacion y trasmision de los derechos, ni en Roma ni áun en el día se le ha dado toda la importancia que merece, si bien lenta y progresivamente vienen admitiéndose las modificaciones que demandan las exigencias de la práctica : esta observacion la verémos comprobada, por lo que hace al derecho romano, á medida que estudiemos sus instituciones.

(C) *Simples, compuestas, universalidades.*

Pomponio distingue tres clases de cosas, atendidos los elementos de que se componen (2).

1.<sup>a</sup> *Quod continetur uno spiritu, et UNITUM vocatur*: la que consta de partes de una misma especie y forman un todo orgánico ó artificial; un esclavo, una estatua de mármol.

2.<sup>a</sup> *Quae ex contingentibus constat, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus, quod CONEXUM vocatur*: la que consta de partes de diferente especie ligadas entre sí; un edificio, un armario.

3.<sup>a</sup> *Quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomine subjecta*: el conjunto de objetos distintos y separados que se consideran un solo todo bajo una denominacion colectiva; un rebaño, un almacén. Estas universalidades pueden ser de hecho (*facti, hominis*) cuales son, entre infinitas, el rebaño y el almacén; ó de derecho (*juris*), en cuyo número figuran, como las más principales, el patrimonio de una persona, la herencia, el peculio y la dote.

Respecto de las cosas simples, todos los elementos de que se compongan están evidentemente sometidos al mismo derecho; porque se identifican formando un solo todo bajo un solo nombre.

Pero las compuestas y las universalidades, si bien se designan igualmente con un solo nombre, constan de partes diversas que en las compuestas no se identifican y en las universalidades ni siquiera se presentan ligadas entre sí. Por esto cabe dudar si las prescripciones legales deben aplicarse al conjunto ó á cada una de las partes en su adquisición, pérdida y revindicacion.

Pondrémos algunos ejemplos de estas dificultades, nó para

(1) D., XLII, 4, 15, § 2. — C., V, 13, 1, § 7.

(2) D., XLI, 3, 30.

esclarecerlas, que no es de este lugar, sino para que se comprenda el interés de la distinción que nos ocupa.

*Adquisición.* El que posee un edificio ¿prescribe los materiales de que se compone, por el tiempo señalado para las cosas muebles considerándolas como objetos distintos del suelo, ó necesita el tiempo establecido para los inmuebles á cuya clase corresponde el edificio, nombre bajo el cual se comprende tanto el suelo como los materiales? Si á un rebaño se agregan cabezas que han sido hurtadas, ¿desaparece este vicio, que impide la prescripción, porque vengan á formar parte del rebaño, ó seguirán considerándose objetos completamente distintos del conjunto, afectados siempre del vicio de su origen? (1).

*Pérdida.* Si se arruina el edificio legado ¿tiene el legatario derecho al solar? ¿Se extingue el legado de un rebaño cuando el número de cabezas se disminuye hasta el punto de no constituir legalmente rebaño, ó subsiste mientras quede una cabeza? es decir, ¿se entiende legada la universalidad y sólo mientras pueda designarse con su nombre colectivo, ó se entienden legadas separadamente cada una de las partes que la forman? (2).

*Revindicación.* Tanto en la universalidad de hecho como de derecho, ¿basta revindicar el conjunto por su nombre, ó es necesario reclamar individualmente cada uno de los objetos que le componen? (3).

(D) *Divisibles é indivisibles.*

Para los efectos legales la divisibilidad puede ser *física é intelectual*.

Son *físicamente divisibles* los objetos que pueden ser divididos en partes homogéneas y análogas entre sí y al todo que formaban. Es, pues, divisible físicamente un campo, porque todas las porciones en que se divida serán campos y susceptibles de prestar servicios análogos á los que prestaban reunidas; pero no lo es una fábrica, porque sus fracciones no serían ni aprovecharían como la totalidad. Esta divisibilidad solamente es aplicable á las cosas corporales.

Son *intelectualmente divisibles* aquellas cosas que, bien admitan ó nó la división física, pueden corresponder á varias personas en proporción igual ó desigual. Así, tanto el campo que es divisible físicamente, como la fábrica que no lo es, pue-

(1) D., XI I 3, 23 y 30, § 2.

(2) Inst. II, 20, § 13.—D., VII, 4, 40, § 8; id. id., 31; XXX, 22.

(3) D., V, 3; VI, 1, 56.

den pertenecer, v. gr., á tres dueños, de los cuales uno tenga derecho á la mitad y cada uno de los otros á una cuarta parte. Esta divisibilidad es aplicable á todas las cosas corporales y á las incorporeales no comprendidas en las excepciones que vamos á ver.

Son, por último, *física é intelectualmente indivisibles*: 1.º Entre los derechos reales, la hipoteca y las servidumbres, salvo el usufructo. 2.º Entre las obligaciones, aquella cuya materia es un hecho de nuestros semejantes ó la entrega de una cosa que por su naturaleza ó por la voluntad de las partes no admita division.

Consecuencias prácticas de estas distinciones, segun veremos en sus respectivos lugares:

1.ª Cuando se trata de cosas *fisicamente indivisibles* que pertenezcan á varios sujetos, ninguno de ellos tiene derecho exclusivo sobre una parte determinada (*partes certae, partes divisae*), sino restringido por el de los otros: todos las poseen *pro indiviso* (*partes incertae, partes indivisae*).

2.ª Tratándose de cosas *física é intelectualmente indivisibles*, si son derechos reales, no pueden adquirirse ni perderse por partes; y si son obligaciones, cada acreedor puede pedir el todo y cada deudor puede ser reconvenido por el todo.

(E) *Principales y accesorias.*

Principal (*principalis*, de *princeps* primero, lo más considerable) expresa una cualidad que no es absoluta y permanente en las cosas, sino relativa y variable. Así, por ejemplo, construido un edificio, el suelo es lo principal y todos los objetos empleados en la construcción, que ántes eran principales, se convierten en accesorios de aquél: separa el propietario uno de ellos, porque no es de su agrado, y recobra la condición anterior de principal: le coloca, por fin, más tarde en otro edificio, y vuelve á tener el concepto de accesorio.

De aquí resulta que los calificativos de principal y accesorios expresan el resultado de la comparación de cosas unidas ó por lo ménos relacionadas entre sí, de las cuales aparece una preferente, condición de otra que le está subordinada; y que no es posible determinar *á priori* si son principales ó accesorias considerándolas aisladamente.

El resultado práctico de la distinción es muy trascendental, y consiste en que los objetos accesorios siguen la suerte del principal. El dueño de una cosa adquiere todo lo que la ley considera accesorio de la misma; y si la trasmite, entiéndese que debe hacerlo con todos sus accesorios. Otro tanto sucede

en materia de obligaciones: el que compra un crédito garantido con hipoteca, tiene derecho para reclamar su pago ya del deudor, ya del que posea la finca hipotecada: si el crédito resultase nulo, tambien la hipoteca sería ineficaz: el día en que se extinga el crédito, desaparece simultáneamente la garantía hipotecaria.

No permite el buen orden reseñar ahora cuanto la ley ha declarado accesorio en cada uno de estos casos. Lo que el dueño adquiere en concepto de agregaciones á su propiedad, constituye el modo de adquirir que bajo el nombre de *accession* veremos en este mismo título. Lo que como accesorio debe entregarse cuando se trasmite un objeto, se especifica en sus respectivos títulos, singularmente en el de legados y de compra-venta. Por último, al estudiar la materia de obligaciones y con especialidad las de prenda y fianza, conocerémos cuáles tienen el carácter de accesorias.

Sin embargo, para dar una idea general, podemos decir que se considera principal *el objeto cuya existencia y naturaleza se determina por sí mismo*, y accesorio *el objeto cuya existencia y naturaleza es determinada por otro respecto al cual se presenta como subordinado ó absorbido*.

(F) *Fungibles y no fungibles.*

*Fungibles* se llaman *las cosas que se aprecian in genere*, esto es, aquéllas respecto de las cuales solamente se expresa el número, peso ó medida que de las mismas debe entregarse; v. gr., mil duros. Denominanse *no fungibles las cosas que se aprecian in specie*, ó sea, aquéllas en que se determina individualmente el objeto que debe darse; por ejemplo, tal caballo.

Esta diferente manera de apreciar depende ordinariamente de la naturaleza de las mismas cosas; pero algunas veces procede sólo de la voluntad del hombre.

Hay, en efecto, cosas de condiciones tan iguales que, ó no pueden distinguirse entre sí, como los granos de una semilla, ó por lo ménos cada una de ellas equivale exactamente á las demas de su clase, como las monedas de un mismo metal; y siendo indiferente recibir en semejantes casos unos ú otros objetos, con tal que sean de la clase y en la cantidad debida, suelen apreciarse *in genere* (1).

(1) Por consideracion al derecho de propiedad, permiten las leyes al dueño de estas cosas que pueda reivindicarlas como si fueran individuos determinados. —GAYO, II, 191 y 193. —D., XLVI, 3, 78; pero ya veremos que en definitiva el resultado de su accion era conseguir una cantidad igual á la que faltaba de su patrimonio, supuesto que carecia de objeto y á veces sería imposible identificarlas.

Existen á la vez cosas de condiciones tan distintas, que en manera alguna son equivalentes entre si; por ejemplo, varios esclavos; y no siendo igual recibir cualquiera de ellos, se aprecian casi siempre *in specie*.

Pero aunque suceda esto en la inmensa mayoría de los casos, nada impide que el hombre prescindiera de la naturaleza de las cosas y las estime en sentido inverso. Puede, pues, apreciar las primeras *in specie*, v. gr. mandar entregar el dinero que tiene guardado en cierto lugar; y las segundas *in genere*, v. gr. facultar al que recibió un caballo prestado para que le devuelva el mismo ú otro de igual precio (1).

Los resultados jurídicos de esta diferente apreciación serán:

Cuando se han apreciado *in genere*, el deudor cumplirá dando cualesquiera de los objetos de la clase y en la cantidad establecida; pero aunque pudiesen fortuitamente los que tuviera destinados al pago, no se liberta de obligación, y debe á su acreedor otros tantos de la misma calidad, porque la deuda no se refería á objetos determinados individualmente (2).

Cuando se apreciaron *in specie*, el deudor deberá entregar precisamente el objeto marcado, sin que pueda pretender que se le reciba otro distinto, aunque sea de la misma clase y valor; mas si pudiese por acaso el objeto, concluye su obligación, porque ésta se contraía exclusivamente á él (3).

La diversa manera de apreciar los objetos y las consecuencias legales que de ella proceden, fueron reconocidas y sancionadas por la legislación romana; pero en su idioma jurídico no se emplean los calificativos de fungibles y no fungibles (4). Los jurisconsultos llaman á las primeras *res quae pondere, numero, mensura constant*; *quae communi specie continentur*; *genus*; etc.: y á las segundas, *res quae functionem recipiunt in specie*; *species*; etc. (5).

(G) *Consumibles y no consumibles.*

Llámanse *consumibles* ó *no consumibles* los objetos segun que con el uso experimenten ó no alteración la sustancia ó

(1) D., XIII, 6, 4; XVI, 3, 24; XXX, 30, § 6; id. id., 34, § 4; id. id., 37.

(2) *Inst.* III, 14, § 2.—D., XLIV, 7, 1, § 4.

(3) *Inst.* III, 23, § 3.—D., XVIII, 6, 7, pr.

(4) Dice Paulo que son objeto del mutuo las cosas *quae pondere, numero, mensura consistunt... quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie*.—D., XII, 1, 2, § 1; y de ahí, los extraños calificativos de *fungibles* y *no fungibles*.

(5) GAYO, III, 90.—D., XII, 1, 2, § 1; XXX, 30, pr.; XXXV, 2, 1, § 7; XLVI, 3, 29.

modo de ser de los mismos: *quae ipso usu consumuntur* (1); *quae usu tolluntur vel minuuntur* (2); *quae in abusu consistunt* (3). Ahora bien, si el dueño de una cosa quiere cederla en simple uso, claro es que esto solamente podrá hacerlo respecto de las no consumibles; porque las que se consumen no podrían ser restituidas (4). Tal es la utilidad práctica de esta division.

La generalidad de las cosas se deterioran con el uso; pero desde una sustancia alimenticia que no puede usarse sin consumirse, hasta un campo que subsiste perpetuamente, encontramos innumerables objetos de duracion tan varia como imposible de graduar; por eso veremos que cuando se desciende á casos concretos, hay en las mismas leyes la mayor divergencia en conceptuarlos de una ú otra clase; v. gr., los vestidos (5).

Es tambien muy frecuente confundir los objetos consumibles con los fungibles. Dimana esto de que no pudiendo ser devueltos los consumibles despues de haberlos usado, suelen apreciarse *in genere* cuando se entregan; pero en realidad son ideas completamente distintas. El ser ó no consumibles dimana de la naturaleza de las cosas que el hombre no puede cambiar: el ser ó no fungibles depende de la manera en que la voluntad del hombre las haya estimado, segun hemos visto anteriormente.

4.º IDEA Y CLASIFICACION DE LOS DERECHOS.—Dada una legislacion positiva, llamamos *derecho* á toda relacion que el Estado protege entre la persona juridica y los medios ordenados por Dios para el cumplimiento de los fines humanos (6). Ahora bien, como estos medios son por una parte los seres fisicos y por otra las prestaciones de nuestros semejantes, resulta que todos los derechos han de pertenecer necesariamente á una de dos clases. *Cuando el objeto inmediato del derecho es un sér fisico*, esto es, *cuando la relacion existe directamente entre la persona y un objeto de la naturaleza*, el derecho se llama *real, in re*: *cuando el objeto inmediato del derecho es el hecho de otro hombre, ó sea, cuando la relacion se establece entre dos personas, de las cuales la una resulta obligada á realizar un acto ó una omision ó á entregar cierto objeto en benefi-*

(1) *Inst.* II, 4, 2.

(2) *D.* VII, 5, 1.

(3) *D.* VII, 5, 5, § 1.

(4) *Inst.* II, 4, § 2.—*D.*, XII, 1, 2, § 1; XIII, 6, 3, § 6.

(5) *Inst.* II, 4, § 2.—*D.*, VII, 1, 15, § 3 y 4; *id.* 9, 9, § 3.

(6) *Prolegómenos*, pág. 33.

*cio de la otra*, el derecho se llama *personal, ad rem, de obligacion, de crédito, etc.*

Prescindiendo de la mayor ó menor propiedad de estas denominaciones (1), no puede negarse que media una diferencia esencial entre ambas clases de derecho respecto á su naturaleza y ejercicio, como vamos á manifestar, y respecto á su adquisicion, segun veremos en el titulo inmediato.

En el derecho real, siendo el objeto un sér fisico, nos está completamente sometido, y podemos disponer de él con entera libertad dentro de las prescripciones legales: para con los demas hombres, nuestra relacion consiste sólo en que no perturben el libre uso de nuestro derecho. En el derecho personal, el objeto son las acciones ú omisiones de una persona; pues aunque la obligacion sea de entregar cierta cosa, esta es una consecuencia remota y no constitutiva de la esencia del derecho mismo; supuesto que podrá continuar existiendo á pesar de que la cosa perezca: por otra parte, debemos guardar los miramientos debidos al ser sustantivo que nunca se convierte en objeto de derecho (2).

Como la relacion que se establece sobre la cosa en el derecho real es directa é inmediata, podemos hacerla efectiva sin necesidad de la intervencion de persona alguna é indistintamente contra cualquiera que nos perturbe; porque todos los hombres se hallan igualmente obligados á no impedirnos el ejercicio de nuestro derecho, sin que exista un vinculo especial con ninguno de ellos. Viceversa, el derecho personal supone indispensablemente dos personas determinadas entre las cuales se establece la relacion, una que tiene el derecho, y otra cuyo hecho constituye el objeto del derecho; luego únicamente podrémos hacerla efectiva contra el individuo obligado, exigiéndole la accion ú omision correspondiente.

¿ Cuántas y cuáles son las especies de derechos reales y personales? Los personales, todos tienen una misma naturaleza, un objeto idéntico; porque todos ellos consisten en la facultad de exigir á nuestros semejantes el acto debido, cualquiera que sea el fundamento de la obligacion. Pero los reales, son tan varios como los poderes que al hombre le es dado

(1) Se ha observado que el nombre de *personales* corresponde sólo á los derechos que se refieren á la capacidad jurídica de la persona misma, en contraposicion á los que ésta tiene respecto de los séres físicos y acciones de sus semejantes, que deben llamarse *patrimoniales*. En Roma no encontramos un nombre genérico para designar los derechos que hoy llamamos *reales*; á los que denominamos *personales*, los comprendieron bajo el nombre de *obligaciones*.

(2) *Prolegómenos*, páginas 76 y 82.

ejércer sobre los séres físicos; y ni la legislación romana ni las modernas han resuelto la cuestión.

Los romanos fueron minuciosos en los detalles de cada acción ó manera de hacer efectivas las nuevas relaciones jurídicas á medida que iban apareciendo; pero prescindieron de caracterizar el derecho en que la acción se fundaba.

Las legislaciones posteriores no son más explícitas; ya porque en general han permanecido estacionarias, ya porque la dificultad de formular taxativamente un catálogo de los derechos reales se presenta invencible. Dirémos sencillamente nuestra manera de ver.

Creemos que no es posible reducir los derechos reales á un número fijo con sus respectivos nombres. Toda relación directa entre la persona y un sér físico constituye á nuestro juicio un derecho real; y como no es dable preveer cuántas puedan ser las relaciones de este género que se establezcan, resulta imposible determinar cuántos son los derechos reales. Prescindiendo de las innumerables relaciones que la ley puede crear, ¿quién precisará el sin número de limitaciones que el dueño puede imponer á su propiedad, ora concediendo á otra persona cierta participacion en ella, ora privándose en su beneficio de alguna de las extensísimas facultades que comprende?

Nos extralimitaríamos si intentásemos presentar las ideas modernas sobre esta materia que á nuestro juicio se halla en un período de transición. En el derecho romano vemos estimarse como derechos reales el *dominio*, las *servidumbres*, la *prenda*, la *enfiteusis* y la *superficie*.

**5.º** DERECHOS DE QUE SE OCUPAN LAS INSTITUCIONES EN EL PRESENTE TÍTULO.—Si las materias correspondiesen á los epígrafes de los títulos, el actual terminaría con la división de las cosas que hemos estudiado, y en el inmediato se trataría de todos los derechos como cosas incorpóreas; pero los redactores de las Instituciones han incluido en el presente doctrinas relativas al derecho real de más importancia, el dominio, refundiendo en uno dos títulos que en el Digesto se encuentran colocados bien distantes por cierto (1). Atribúyese comúnmente esta desviación de las Pandectas á que los romanos solían no comprender el dominio en la denominación general de derechos, *jura* (2), porque aquél abraza todas las facultades posibles sobre la cosa, cuando éstos se limitan á determi-

(1) El 8.º del libro I y el 1.º del libro XLI.

(2) D., XXX, 71, § 5, XXXIX, 2, 19, pr.

nadas fracciones, de manera que le identificaban con la cosa misma; y todavía hoy designamos con el nombre de *propiedad* tanto el derecho de dominio, como el objeto sobre el cual se tiene. Pero, cualquiera que sea el motivo, es lo cierto que Justiniano expone varios modos de adquirir el dominio á seguida de la division de las cosas; é incidentalmente, como uno de ellos, habla de la posesion de buena fe. Nos ocuparemos, pues, de estas materias; y en primer término de la posesion en general, porque los modos de adquirir el dominio suponen conocimiento de ella.

## II.

### POSESION.

1.º IDEA DE LA POSESION JURÍDICA: QUIÉNES LA TIENEN: DOBLE CARÁCTER DE LA MISMA.—Para estudiar la teoría de la posesion creemos que deben tenerse presente dos consideraciones: una comun á toda legislacion; y otra, peculiar á la romana. Consiste la primera en que la teoría de la posesion se halla íntimamente ligada con la de los *derechos reales*; y á medida y en el sentido que ésta se desenvuelva, lo será la de la posesion. Es la segunda no perder de vista que el materialismo caracterizó al derecho antiguo romano; y el espiritualismo, al moderno, sin que éste se despojase completamente de su primitivo carácter. Ellas nos explicarán las contradicciones aparentes de los textos y las diferencias que separan á los tratadistas, comenzando por la idea de la posesion misma.

La posesion, segun su naturaleza originaria, consiste en una relacion puramente material, de hecho (1); por esto la legislacion romana no reconoce, en principio, verdadera posesion, sino donde media aprehension material (2) de cosas corporales (3). Más tarde, no es por una parte necesaria la aprehension material (4); y por otra se reconoce, ya que no verdadera posesion (*corporis*), una como posesion (*quasi possessio*, *juris possessio*) en las servidumbres, á pesar de que en ellas el objeto de la posesion no suele ser la cosa misma,

(1) Paulo, siguiendo á Labeon, deriva la voz *possessio* de *sedibus* ó *pedibus quasi positio*, *quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit*.—D., XLI, 2, 1, pr.—*Possideo*, de *po* y *sedeo*, estar sentado.

(2) D., XLI, 2, 3, § 18.

(3) D., XLI, 2, 3, pr.; id. 3, 4, § 27.

(4) D., XII, 1, 9, § ; XLI, 2, 47.

que continúa en poder del propietario, sino el derecho que se ejerce (1), de manera que el uso del derecho se considera equivalente á la posesion (2). Aunque calificadas con distintos nombres, que significan el tránsito del materialismo al espiritualismo en el derecho, la *posesion* y la *cuasi-posesion* se encuentran igualmente garantidas por medio de los interdictos que, en armonía con aquéllas, se llaman respectivamente *posesorios* y *cuasi-posesorios*, por más que conduzcan á idénticos resultados (3).

Despues de esto, creemos que la posesion en su sentido jurídico puede ser definida: *El ejercicio intencional y en nombre propio de un derecho real, abstraccion hecha de si el que lo verifica tiene ó no facultad para ello*. Examinando los términos de la definicion, aparece quiénes tienen ó nó posesion jurídica y el doble carácter de ésta.

Decimos *el ejercicio intencional*; porque la posesion jurídica requiere dos elementos: uno *externo*, que es tener á nuestra disposicion en todo ó en parte la cosa sobre la cual versa el derecho (*corpus*); y otro *interno*, que consiste en la intencion de ejercitar el derecho (*animus*). Así, por ejemplo, el dueño de un campo no posee el tesoro que en él se halla enterrado y cuya existencia ignora (4).

*De un derecho real*. Sólo donde existe una relacion directa del hombre con las cosas se concibe la posesion y se hace necesaria la defensa que ella reclama para que los derechos se encuentren debidamente garantidos. Así vinieron las leyes á reconocer posesion, no solamente en el ejercicio del derecho de propiedad (5), sino de servidumbre (6), de prenda (7), de enfiteusis (8), de superficie (9), de precario que hubiera obtenido la posesion del concedente (10), y de secuestro (11).

*En nombre propio*. Pues aunque se ejecuten actos que su-

(1) GAYO, IV, 139.—*Inst.*, IV, 15, pr.—D., IV, 6, 23. § 2; VIII, 4, 2; id. 5, 10, pr.; XLIII, 16, 3, § 17; id. 19, 7; id. 26, 2, § 3.

(2) D., VIII, 1, 20.

(3) D., VI, 2, 11, § 1; VIII, 1, 20; id. 5, 3, § 5.

(4) D., X, 4, 15; XLI, 2, 3, § 3; id. id., 44.

(5) D., L, 16, 115.

(6) D., VIII, 1, 20; XLIII, 19, 7. Varias leyes parece que niegan al usufructuario la posesion jurídica; pero es porque se refieren á la *possessio corporis*, pues la *possessio iuris* con todos sus efectos se la reconocen expresamente muchos textos.—D., IV, 6, 23, § 2; VI, 2, 11, § 1; XLIII, 16, 3, § 17.

(7) D., XLI, 2, 1, § 15; id. id., 36 y 40; id. 3, 16.

(8) D., II, 8, 15, § 1; XX, 1, 31.

(9) D., XX, 1, 43, § 3; XLIII, 18, 1, § 1.

(10) D., XLIII, 26, 4, § 1; id. id., 15, § 4.

(11) D., XVI, 3, 17, § 1; XLI, 2, 39.

ponen un derecho real, no constituyen posesion jurídica cuando se practican en nombre ajeno. Por eso las leyes consideran que no poseen :

- 1.º El administrador, huésped ó amigo (1).
- 2.º Los que se hallan en potestad de otro (2).
- 3.º El depositario, no siendo secuestro (3).
- 4.º El que tiene la cosa en precario sin habersele concedido la posesion (4).
- 5.º Aquellos en cuyo favor acuerda la posesion el magistrado (*mittit in possessionem*) para asegurar el cobro de una deuda, de legados, etc.; porque solamente se les confia la custodia (5).
- 6.º El comodatario (6).
- 7.º El colono y el inquilino (7).

Las leyes califican la situacion jurídica de estas personas con las frases de *tenent* (8), *esse in possessione* (9), *tenent corporaliter*, *naturaliter*, etc. (10). Podrán tener ó no derecho, segun los casos, para que el dueño les permita el goce del objeto; pero la ley no les reconoce sino una posesion *de hecho*, no de derecho (11), porque al entregarles el dueño la cosa, no les trasmitió la posesion jurídica, y poseen en su nombre (12). No les otorga, pues, los recursos legales establecidos para defender la posesion: si un tercero les perturba en ella, se considera despojado el dueño; y á éste corresponde exclusivamente la defensa (13).

*Abstraccion hecha de si el que lo verifica tiene ó no facultad para ello.* La posesion es un *estado de hecho*, independiente de la manera por la cual se haya adquirido. *Nihil commune habet proprietatis cum possessione, nec possessio et pro-*

(1) D., XLI, 2, 9 y 13.

(2) D., XLI, 2, 49, § 1.

(3) D., VI, 1, 9; XVI, 3, 17, § 1; XLI, 2, 30, § 6.

(4) D., XLIII, 26, 6, § 2.

(5) D., VI, 1, 9; XLI, 2, 3, § 23; id. id., 10, § 1.

(6) D., VI, 1, 9; XIII, 6, 8; XLI, 2, 30, § 6.

(7) D., XLI, 2, 25 y 30, § 6; XLIII, 16, 1, § 22; id. 26, 6, § 2. Los romanos se ocuparon del comodato y del arriendo únicamente bajo el punto de vista de las relaciones personales que como contratos producen entre el dueño y el comodatario ó arrendatario; en términos de equiparar á éstos las leyes citadas, en cuanto á la posesion de la cosa, con el procurador y aún con el siervo del propietario.

(8) D., VI, 1, 9; XLI, 2, 49, § 1; XLV, 1, 38, § 8.

(9) D., XLI, 2, 10, § 1.

(10) D., XLI, 2, 24.

(11) D., XLI, 2, 49, § 1.

(12) D., XLI, 2, 18, pr.

(13) D., XLIII, 16, 1, § 22 y 23; id. 17, 3, § 8.

*prietas misceri debent*, decían los jurisconsultos; y, siendo cosas enteramente distintas, podían corresponder á diferentes personas; y cabía reclamar por separado la posesion, aunque se hubiera demandado ya la propiedad (1).

Léjos de ser extraño, es indispensable que la ley proteja el simple ejercicio externo de un derecho sin averiguar previamente los títulos en virtud de los cuales se ejerce; porque sólo al Estado corresponde apreciar las infracciones de las reglas de derecho (2): luego á los funcionarios judiciales debe recurrir quien considere que la posesion de otro le perjudica; y todo el que por su propia autoridad despoje al poseedor, ejecuta una accion reprobada que la ley no puede tolerar, cualesquiera que sean los títulos del que así perturba el orden social. Los derechos más legítimamente adquiridos se encontrarían á merced de la fuerza ó astucia si la ley no hiciera respetar la posesion.

Las doctrinas que preceden nos muestran el doble carácter que tiene la posesion jurídica:

1.º En sí misma es un hecho. Aceptando Paulo la opinion de Ofilio y Nerva, dice que poseer *rem facti, non juris est* (3). Siendo un hecho, la ley no puede crearlo: por esta razon vemos que en virtud del postliminio recobra el ciudadano la patria potestad, la tutela y demas derechos que gozaba al caer prisionero, con todos sus efectos, como si nunca los hubiera perdido; mas, en cuanto á la posesion, queda interrumpida durante su cautiverio la que él tenia personalmente, al paso que no se interrumpe la que tuviera por terceras personas, quienes continúan poseyendo mientras permanece en la cautividad; *facti autem causae infactae nulla Constitutione fieri possunt* (4).

2.º Pero con ser un hecho, *plurimum ex jure possessio mutuatur..... quia possessio non tantum corporis sed juris est*, nos dice Papiniano (5), y en efecto, más adelante veremos que la ley reglamenta aquel hecho determinando quiénes y

(1) D., XLI, 2, 12, § 1; id. id., 52, pr.; XLIII, 17, 1, § 2.

(2) *Prolegómenos*, página 131.

(3) D., XLI, 2, 1, § 3.

(4) D., IV, 6, 19.; XLIX, 15, 12, § 2. No se opone á esto el que la ley permita reclamar un objeto contra el que no le posee cuando cesó dolosamente de poseerle, ó contestó á la demanda como si le poseyera. Los autores suelen ver en este caso una posesion supuesta por la ley, *facta possessio*, porque trata como poseedor al que no tiene el objeto; pero en realidad á lo que le condena es á pagar el valor de aquél por la mala fe con que se ha conducido el demandado. — D., V, 3, 13, § 14; id. id., 25, § 2; VI, 1, 27, § 3. id. id., 36, pr. etc.

(5) D., XLI, 2, 49.

cómo pueden adquirir y perder la posesion , y las cosas que pueden ser poseidas.

Ahora bien, ¿constituye un derecho la posesion? Ni los antiguos ni los modernos han llegado á ponerse de acuerdo sobre este punto , que es de mera apreciacion y sin verdadera importancia práctica , supuesto que todos reconocen, como no pueden ménos de hacerlo, unos mismos efectos legales. Se niega comunmente á la posesion el carácter de derecho , porque no goza de proteccion tan completa y absoluta como los verdaderos derechos, pues la accion que produce sólo puede entablarse contra la persona que perturba; de lo cual se infiere que su fin no es tanto proteger al poseedor como reprimir el desman del perturbador. Alegan otros en sentido opuesto que todo derecho tiene sus limitaciones, y que los mismos romanos emplean frecuentemente la locucion *jus possessionis* (1). Lo cierto es que la posesion se encuentra legalmente garantida y que produce las acciones oportunas, ya para la defensiva, ya para la ofensiva, segun la clase á que pertenezca, como vamos á ver.

2.º CLASES DE POSESION JURÍDICA: SUS EFECTOS RESPECTIVOS (2).—La ley patrocina más ó ménos la posesion segun la manera con que haya sido adquirida y segun la persuasion que acerca de ella tenga el poseedor.

(A) *Segun la manera con que haya sido adquirida* se clasifica la posesion en *injusta ó viciosa* y *justa ó no viciosa* (3). Se denomina *injusta ó viciosa* la que se adquiere ó *vi*, ó *clam*, ó *precario*. Llámase, por el contrario, *justa ó no viciosa* la que carece de todos estos vicios (4).

Posee *vi* el que, mediante la fuerza ó la intimidacion , expulsa al poseedor anterior, ó le inhabilita para la resistencia,

(1) D., XLI, 2, 44; XLIII, 8, 2, § 38; XLVIII, 6, 5, § 1.

(2) Para evitar que el número de clasificaciones fatigue la memoria y produzca confusion, las reducimos á dos; indicaremos sin embargo varios calificativos que emplean los escritores. Llaman *simple detentacion*, contraponiéndola á la *posesion juridica*, el hecho de retener un objeto sin la intencion de ejercer un derecho; *posesion derivada ó transmitida* la que goza todo el que no posee á título de propietario; *posesion corporis y jur s ó quasi possessio*, segun se tenga sobre una cosa corporal ó sobre un derecho. Distinguen, por último, una *posesion civil* y otra *natural*, acerca de cuya nomenclatura encontramos la mayor divergencia; porque ya se estima equivalente á la de *simple detentacion* y *posesion juridica*, ya á la de *justa ó injusta*, ya á la de *buena y mala fe*. Los romanos aplicaron las frases *possidere civiliter, naturaliter, corporaliter*, etc. á tan diversas situaciones que no puede atribuirseles una significacion determinada con sus efectos propios; de manera que carece de importancia práctica.

(3) GAYO, IV, 151.—D., XLI, 2, 13, § 13.

(4) GAYO, IV, 151.—*Inst.* IV, 15, § 4.—D., XLI, 2, 13, § 13; XLIII, 17, 4, pr. y § 5 y 9.

ó le impide entrar en la finca de que se apoderó en su ausencia; pero nó el que se vale de la fuerza para conservarse en la posesion que ya tenía (1).

Posee *clam* el que ha entrado en la posesion ocultamente, ignorándolo aquel que podía contradecirle, para evitar que se opusiera. Si la posesion se hallaba abandonada, *vacua*, la adquiere el nuevo poseedor por más que sea viciosa (2): en otro caso, el poseedor anterior conserva la posesion miétras no se le impida por fuerza ó miedo volver á ella, pues entónces la pierde, y el causante de la fuerza ó del miedo posee *vi* (3). Por esto se dice que respecto de las cosas que se hallan poseídas no hay posesion clandestina: *non possidet qui clam possidet*. Para calificar de clandestina la posesion se estiman únicamente las circunstancias que concurrieron en el momento de su adquisicion, prescindiendo de los acontecimientos posteriores. Será por tanto clandestina la posesion adquirida furtivamente, aunque despues se haga llegar á conocimiento del dueño; y no será clandestina la adquirida de buena fe, aunque más tarde se oculte (4).

Posee, últimamente, *precario* el que tiene en su poder un objeto cuyo uso se le concedió á ruego suyo y durante la voluntad de quien le otorgó la concesion (5). Esta posesion es justa miétras el dueño no la reclame; pero deja de serlo tan luego como la pide (6).

A pesar de la considerable diferencia que media entre la posesion justa é injusta, nos dice Paulo, siguiendo el dictámen de Labeon, *in summa possessionis, non multum interest juste quis, an injuste possideat* (7). ¿Significa esto que la ley mira con igual favor ambas clases de posesion? Cuando se trata de la *defensiva*, las equipara ciertamente. No puede permitirse que nadie arrebathe por la fuerza una posesion justa ó injusta. Cualesquiera que sean los títulos del despojante, debe hacerlos valer ante la autoridad pública, sin tomarse la justicia por sí mismo. La ley mantiene el *statu quo* miétras se ventilan en juicio las pretensiones de cada uno (8): de aquí el

(1) D., XLIII, 16, 1, § 4, 24, 26, 28, 29 y 47; id. id., 3, § 7, 8 y 14; id. id., 12 y 18, pr.

(2) *Inst.* II, 6, § 7.—D., XLI, 3, 4, § 28; id. id., 37, § 1.

(3) D., XLI, 2, 3, § 7 y 8; id. id., 6, § 1; id. id., 7; id. id., 25, § 2; id. id., 44 § 2; id. id., 45 y 46; XLIII, 16, 1, § 25.—C. VIII, 4, 11.

(4) D., XLI, 2, 6 y 40, § 1.

(5) D., XLIII, 2, 1, pr.; id. id., 2, § 3.

(6) D., VI, 2, 13, § 1; IX, 4, 22, § 1; X, 3, 7, § 4.

(7) D., XII, 2, 3, § 5.

(8) *Inst.* IV, 15, § 6.

llamarse á toda posesion juridica *possessio ad interdicta*. Fuera de este caso, existe alguna diversidad entre la posesion justa é injusta, que verémos en el título de Interdictos (1).

(B) *Segun la persuasion en que esté el poseedor*. Se llama *de buena fe* la posesion cuando el poseedor se halla persuadido de que le corresponde legítimamente; y *de mala fe*, cuando falta esta conviccion.

Tanto la posesion justa como la injusta pueden ser de buena y de mala fe. La posesion de un objeto comprado es siempre justa, porque no ha sido obtenida *vi, clam, ni precario*: mas si el comprador tiene la conviccion de que el vendedor era dueño y podía enajenar, será de *buena fe*; si sabía que no era dueño ó no tenía facultad para vender, será de *mala fe*. Del mismo modo, la posesion adquirida por fuerza, *vi*, es siempre injusta: pero será de *buena fe*, si el despojante creía ser dueño de la cosa; y de *mala fe*, si le constaba que ningun derecho tenía sobre ella.

Ahora bien, la posesion que, además de ser justa, es de *buena fe*, goza de una doble ventaja: como justa, da derecho á la *defensiva*, por medio de los interdictos, contra toda agresion, segun hemos visto; y como de buena fe, da derecho á la *ofensiva*, es decir, produce una accion llamada *publiciana*, en virtud de la cual el poseedor puede vindicar la cosa de cualquiera que la tenga sin título ó con título inferior al suyo, como verémos en el tratado de Acciones (2). De otra parte, el que posee con buena fe hace suyos los frutos que vaya percibiendo; y si continúa en la posesion durante los plazos que la ley señala para usucapir, llega á ser propietario; todo lo cual hallarémos consignado respectivamente en este mismo título y en el 6.º inmediato. Tal es el motivo de llamarse á la posesion de buena fe *possessio ad usucapionem*.

### 3.º CONDICIONES NECESARIAS PARA SU ADQUISICION (3).

Siendo la posesion un hecho, parece que el legislador no debería fijar reglas sobre ella, supuesto que no puede cambiar las leyes fisicas; pero como es un hecho que produce efectos juridicos, necesita determinar las condiciones que deben concurrir en el sugeto, objeto y manera de adquirirla si ha de dispensarle su proteccion.

(1) *Inst.* IV, 15.

(2) *Inst.* IV, 6.

(3) De la cuasi-posesion que tiene lugar en las servidumbres nos ocuparémos al tratar de ellas.

Dos principios dominan en esta materia :

1.º *Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore* (1). Ya sabemos que el *animus* consiste en la intencion de poseer, y el *corpus* en que la cosa se halle bajo nuestro poder de manera que nos sea dado disponer en todo ó en parte de ella.

2.º *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* (2). El que ha obtenido la posesion *animo et corpore* en determinado concepto, no cambia el título de su posesion con sólo formar el propósito de poseer para lo sucesivo en concepto distinto, mientras no abandone la posesion que tenia y la adquiera nuevamente por otro título. Es una consecuencia del anterior, porque no basta el *animus*, sino que se necesita el *corpus*, para adquirir una nueva posesion.

Veamos la aplicacion de estos principios al sugeto, objeto y manera de adquirir la posesion, donde observaremos nuevamente el tránsito del materialismo al espiritualismo.

(A) *Sugeto.*

Debiendo existir el *animus possidendi* para que haya posesion, no podian adquirir ésta los que carecian de inteligencia ó de voluntad; en cuyo caso se encontraban :

1.º *El furioso* (3).

2.º *El infante*; pero llegó á reconocérsele capaz de comenzar á poseer con autoridad del tutor; lo cual se admitió *utilitatis causa*, á pesar de que el infante no tenía conocimiento del acto (4).

3.º *El pupilo*, á no ser con autoridad del tutor; y aún sin ella, cuando ya tenía inteligencia (5).

4.º *Los hijos de familia*, en beneficio propio (6); mas fueron reputados capaces á medida que se introdujeron los peculios (7).

5.º *Los esclavos*, en nombre suyo, como destituidos de personalidad juridica (8).

6.º *Los prisioneros de guerra*, porque ellos mismos eran poseidos (9).

7.º *Las personas juridicas, quia uni consentire non pos-*

(1) D., XLI, 2, 3, § 1; id. id., 41.

(2) D., XLI, 2, 49, § 1.

(3) D., XLI, 2, 1, § 3, id. id., 18, § 1.

(4) D., XLI, 2, 32, § 2.—C. VII, 32, 3.

(5) D., XLI, 2, 1, § 3.

(6) D., XLI, 2, 49, § 1; L, 47, 93.

(7) D., XLI, 3, 4, § 1.—C. VI, 61, 6.

(8) D., XLI, 2, 24 y 49, § 1; XLV, 1, 38, § 7 y 8.

(9) D., XLI, 2, 23, § 1.

*sunt* (1); pero con el tiempo vino á reconocérselas capacidad (2).

8.º Ninguno *por medio de persona extraña*, pues se trataba de un acto personalísimo; más tarde, sin embargo, se admite la representación *ratione utilitatis et juris prudentia* (3). En otro caso, dice Paulo, ni poseería aquél á quien se entregó la cosa, porque no tenía *animus possidendi*; ni el que la había entregado, porque había cesado en su posesión.

Necesitándose que el *animus possidendi* vaya acompañado del *corpus*, ó sea, del poder físico sobre la cosa, resulta que varias personas no pueden poseer á la vez y en totalidad un mismo objeto; porque si bien muchas pueden formar intención de poseerle, es imposible que de hecho se encuentre en poder de cada una de ellas: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris... Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*, dice Paulo (4). Esto no impide que la posesión de una misma cosa corresponda *pro indiviso* á muchos (5); ni que, dividida una finca, cada uno posea la parte que se le adjudicó (6); ni, por último, que el dueño de una cosa sujeta á la servidumbre conserve la posesión corporal (*corporis*), y el que goza de la servidumbre tenga la posesión de su derecho, *juris*, que para diferenciarla de aquella se llama *quasi possessio*.

(B) *Objeto*.

Segun hemos dicho al principio, únicamente podían ser objeto de verdadera posesión las cosas corporales (7), nó las incorpóras (8); pero se admitió en las servidumbres una *quasi-possessio* (9).

No se reconoce posesión sobre las cosas que se hallan *extra commercium*; y, como tales, sobre las sagradas, religiosas y hombres libres (10).

(1) D., XLI, 2, 1, § 22.

(2) D., X, 4, 7, § 3, XLI, 2, 2.

(3) C., VII, 32, 1.

(4) D., XLI, 2, 3, § 5.

(5) D., XIII, 6, 5, § 15.

(6) D., XLI, 2, 26.

(7) D., XLI, 2, 3, pr.

(8) D., XLI, 3, 4, § 27.

(9) D., IV, 6, 23, § 2, XLIII, 16, 3, § 17; id. 19, 7.

(10) D., XLI, 2, 30, § 1.

Las cosas no susceptibles de posesion conservan este carácter aunque vengan á formar parte de una universalidad; porque la posesion se estima, nó respecto del conjunto, sino de cada uno de los objetos que la constituyen (1).

(C) *Manera de adquirirla.*

El hecho por el cual se adquiriera la posesion debe reunir el *animus* y el *corpus* en los términos siguientes :

(a) *Animus.*

Cuando adquirimos la posesion para nosotros mismos, basta que medie nuestra propia intencion.

Cuando la adquirimos por una tercera persona, se necesita :

1.º Que haya intencion por nuestra parte ; porque, como dice Paulo, *animo nostro, corpore etiam alieno possidemus* (2): de aquí, el adagio *ignoranti possessio non acquiritur*. Pero no es indispensable que formemos intencion en el momento mismo de comenzar á poseer nuestro representante; sobre este punto deben distinguirse tres hipótesis : 1.ª Si le hemos dado encargo expreso de que tome posesion, adquirimos esta desde que lo verifica, aunque iguoremos cuándo ha tenido efecto (3); por más que no comenzamos á prescribir hasta que tengamos conocimiento de la posesion tomada de nuestra órden (4). 2.ª Si una tercera persona toma oficiosamente posesion á nuestro nombre sin habérselo mandado, no la adquirimos hasta que ratifiquemos lo hecho (5). 3.ª No se necesita encargo anterior ni ratificacion posterior del interesado para adquirir la posesion por medio de su representante cuando aquél carece de voluntad, como el infante, el loco y las personas jurídicas (6); ni cuando el representante se halla sometido á la potestad del interesado que le ha concedido un *peculio*, *ex peculiari causa*, frase que excluye las adquisiciones ilegítimas (7).

2.º Que nuestro representante sea capaz de adquirir la posesion (8); pero los sometidos á potestad, aunque carezcan de inteligencia, adquieren para su jefe (9).

3.º Que la intencion de nuestro representante sea adqui-

(1) D., XLI, 3, 30, § 2.

(2) D., XLI, 2, 3, § 12.

(3) D., XLI, 1, 13, pr.; id. 2, 42, § 1.—C VII, 32, 1.

(4) D., XLI, 2, 49, § 2; id. 3, 47; id. 4, 2, § 11.—C. 32, 1.

(5) D., XLI, 2, 42, § 1.

(6) D., X, 4, 7, § 3; XIII, 7, 11, § 6; XLI, 1, 13, § 1; id. 2, 1, § 20.

(7) D., XLI, 2, 1, § 5; id. id., 3, § 12; id. id., 4, 24 y 44, § 1.

(8) D., XLI, 2, 1, § 9 y 10.

(9) D., XLI, 2, 1, § 5.

rir la posesion para nosotros ; porque si se propone adquirir-la para sí ó para un tercero , no somos poseedores (1). Esto, sin embargo , solamente tiene lugar cuando nos proponemos adquirir la posesion de una cosa *nullius* ó ajena sin la voluntad de su actual poseedor ; mas si hemos convenido con éste la entrega , nos constituimos poseedores cualquiera que sea la intencion de nuestro representante al recibirla , mientras no practique actos que nos desposean (2) ; *nemo sibi causam possessionis mutare potest.*

(b) *Corpus.*

No basta la intencion de poseer que tengamos nosotros ó nuestro representante : se necesita que uno ú otro practiquemos un acto capaz de poner la cosa á nuestra disposicion, esto es, la aprehension.

Las condiciones de este acto varían segun las circunstancias de la cosa cuya posesion intentamos conseguir : pueden ser cuatro muy distintas y que exigen formas progresivamente más rigurosas.

Si la cosa pertenece al mismo sugeto que va en lo sucesivo á continuar poseyendo en nuestro nombre , adquirimos la posesion con sólo que él declare que se constituye poseedor á nuestro nombre para en adelante , por más que siga teniendo el objeto en su poder. Basta pues el *animus*, porque la aprehension seria imposible (3). A este acto suele denominarse *constitutum possessorium*.

Si la cosa pertenece á un tercero y éste se halla conforme en trasferirnos la posesion , el acto se llama *tradicion* ; y como se limita á recibir una posesion ya creada que voluntariamente se nos entrega , puede practicarse en formas muy sencillas , como veremos en el § 40 de este título.

Si la cosa es *nullius* , tratamos ya de establecer una posesion que no existia y que deben respetar los demás hombres á quienes privamos del derecho que tenían á poseerla ; luego el acto debe revestir un carácter de publicidad suficiente para que todos tengan conocimiento de la nueva posesion. Denominase *ocupacion*, y de ella trataremos en el § 12 inmediato.

Por último , si la cosa es ajena y el poseedor no ha consentido entregarla , el acto necesita ser de condiciones bastantes á producir la pérdida de la posesion creada y el establecimiento de una nueva : los casos en que esto sucede pertenecen al extremo que sigue á continuacion.

(1) D., XLI, 2, 1, § 19 y 20. (2) D., XXXIX, 5, 13; XLI, 1, 37, § 6. (3) D., XLI, 2, 13, pr.—C. VIII, 54, 23.

4.º CÓMO SE PIERDE. — Una vez adquirida la posesion *animus et corpore*, segun acabamos de exponer, la conservamos miéntras subsistan reunidas estas dos condiciones; y se entiende que permanecen, hasta que ó renunciámos á nuestro propósito, ó acontezca algo que nos impida disponer de la cosa, sin que sea necesario renovar la intencion y ejercitar nuestro poder incesantemente (1): *tamdiu retinetur, quamdiu non amittitur*.

La perdemos, por el contrario, cuando desaparece una de aquellas condiciones ó ambas á la vez (2). Veamos los casos en que esto sucede, ya por parte del poseedor ó de su representante, ya del objeto poseido, ya del hecho que ejecute una tercera persona.

(A) DE PARTE DEL POSEEDOR Ó DE SU REPRESENTANTE.

La influencia del *animus* y del *corpus* en conservar y perder la posesion es muy diferente, segun poseamos por nosotros mismos ó por medio de representante.

Cuando poseemos en nuestro propio nombre, perdemos la posesion bien falte el *animus*, ó el *corpus*, ó ambas cosas: cuando por medio de representante, no la perdemos, porque á éste le falte el *animus*. Tratarémos separadamente los dos casos.

(a) *Posesion en nombre propio.*

*Falta del animus.*— Existe desde que formamos el propósito de no poseer en lo sucesivo, pues, como dice Paulo, la posesion *amitti et solo animo potest, quamvis adquiri non potest* (3). Ulpiano á su vez escribe: *Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit ut quisque constituit nolle possidere* (4). Fijese bien sin embargo que no es suficiente al efecto tener más ó ménos abandonada ú olvidada la posesion, sino que es necesario: 1.º Haber re-

(1) D., XLI, 2, 3, § 13.

(2) Paulo dice: *Quemadmodum nulla possessio acquiritur, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* (D., XLI, 2, 8; L., 17, 153.) De esta ley infieren algunos que sólo se pierde la posesion cuando faltan á la vez el *animus* y el *corpus*. No puede admitirse esta interpretacion: 1.º Porque en otros muchos textos se declara terminantemente lo contrario, segun veremos. 2.º Porque, exigiendo la posesion que concurren simultáneamente ambas circunstancias, debe por necesidad perderse tan luego como falta una de ellas. 3.º Porque la palabra *uterque* se usa por el mismo jurisculto en otros pasajes como equivalente á la de *alteruter* (D., XXXVIII, 10, § 13.)

(3) D., XLI, 2, 3, § 6.

(4) D., XLI, 2, 17, § 1.

suelto positivamente no volver á poseer (1). 2.º Que esta resolución se acredite, sin que baste presumirla: así, no se entiende, por ejemplo, que renuncia á la posesion quien haya comenzado reclamando la propiedad sin hacer mérito de la posesion (2).

De aquí resulta: 1.º Que las personas destituidas de voluntad no pueden perder la posesion por sólo la falta del *animus*, cual sucede al loco (3) y al pupilo sin la autoridad del tutor (4); pero si además de renunciar, entrega la posesion á un tercero, perderá ésta por más que la renuncia sea ineficaz (5). 2.º Que cuando el poseedor cae bajo la potestad de otro, cesa en la posesion (6); mas tengamos presente que el derecho nuevo reconoce á los hijos de familia la posesion de los peculios.

*Falta del corpus.* La produce todo acontecimiento que nos coloque en la imposibilidad física ó legal para disponer de la cosa. Tales son:

1.º La *perdida* del objeto en términos que ignoremos su paradero (7). No se entiende *perdido* el objeto colocado en cierto lugar, *custodiae causa*, por más que no recordemos el sitio, mientras no se apodere de él una tercera persona (8).

2.º La *fuga* de los animales, segun su naturaleza. Si son *fieros*, perdemos su posesion y dominio tan luego como recobran su primitiva libertad; y se entiende que la recobran cuando los perdemos de vista ó es muy difícil perseguirlos con resultado (9). Si *amansados*, cuando pierden la costumbre de ir y volver, *animus revertendi* (10). Si *mansos ó domésticos*, cuando los hayamos perdido, como cualquier otro objeto (11).

En ninguno de estos casos se consideraba al esclavo por más que se pretendiera equipararle á los irracionales. Su fuga era intencional y no podía admitirse que menoscabara los derechos de su dueño: éste continuaba poseyéndole y haciendo suyo cuanto adquiriese el esclavo fugitivo mientras

(1) D., XLI, 2, 3, § 6; id. id., 44, § 2; XLIII, 16, 1, § 25.—C. VII, 32, 4.

(2) D., XLI, 2, 12, § 1.

(3) D., XLI, 2, 27.

(4) D., XLI, 1, 11.

(5) D., XLI, 2, 29; id. 4, 2, § 15 y 16.

(6) D., XLI, 2, 30, § 3.

(7) D., XLI, 2, 25, pr.; id. id., 47.

(8) D., XLI, 2, 3, § 13; id. id., 44, pr.

(9) *Inst.* II, 1, § 12 y 14.—D., XLI, 1, 3, § 2; id. id., 5, pr.

(10) *Inst.* II, 1, § 15.—D., XLI, 1, 4 y 5, § 4 y 5; id. 2, 3, § 15; id. id., 16.

(11) D., XLI, 2, 3, § 13.

no se apoderase de él otro ciudadano ó sostuviera judicialmente que era hombre libre (1).

*Falta del animus y del corpus*, en cualquiera de los casos siguientes :

1.º Cuando fallece el poseedor; y sus herederos no adquirirán la posesion con sólo adir la herencia (2).

2.º Cuando cae en esclavitud ó cautiverio, segun ya se ha dicho.

3.º Cuando abandona el objeto, *derelictio* (3), aunque sea hijo de la necesidad, v. gr., cuando le arroja al mar para aligerar la nave y evitar un naufragio (4), si bien conserva el dominio (5).

4.º Cuando entrega voluntariamente el objeto á otra persona, *traditio* (6).

(b) *Posecion por medio de representante.*

El *animus* de nuestro representante influye poderosamente cuando se trata de adquirir la posesion, segun hemos visto; pero carece de toda importancia para perderla. Una vez adquirida, el *animus* reside en nosotros, y el *corpus* en nuestro representante de quien Celso dice *alium possessorem ministerio meo facio* (7) : es pues un instrumento de que nos valemos para poseer, *ministerium praestat nostrae possessioni*.

Consecuencias de este principio son :

1.ª Que no perdemos la posesion aunque falte la voluntad de nuestro representante, sea que muera, ó pierda la razon, ó de cualquier otro modo se constituya incapaz; porque todos estos sucesos únicamente inutilizan el instrumento de que nos valiamos, y nos colocan en el caso de empezar á poseer por nosotros mismos (8), ó de continuar poseyendo por medio del heredero de nuestro representante (9).

2.ª Que tampoco la perdemos porque nuestro representante forme intencion de poseer en nombre suyo; pues *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (10).

3.ª Que la conservamos igualmente aunque nuestro re-

(1) D., XLI, 2, 3, § 14; 13, pr.; 15, 47 y 50, § 1; id. 3, 15, § 1.

(2) D., XLI, 2, 23, pr.; 30, § 5; XLIII, 4, 1, § 15.

(3) *Iust* II, 1, § 47.—D., XLI, 2, 3, § 6; id. 7, 1 y 3.

(4) D., XLI, 2, 13, pr.

(5) *Inst.* II, 1, § 48.—D., XLI, 1, 58; id. 2, 21, § 1.

(6) D., XLI, 2, 3, § 9.

(7) D., XLI, 2, 18, pr.

(8) D., XLI, 2, 3, § 8; 25, § 1; 40, § 1; id. 3, 31, § 3.

(9) D., XIX, 2, 60, § 1.

(10) Parece autorizar la doctrina opuesta un fragmento de Papiniano (D., XLI, 2, 47); pero, leído con detencion, se ve que el juriconsulto no hace sino recordar la doctrina de los antiguos.

presentante la abandone ó facilite á un tercero la entrada en ella, miéntras éste no nos desposea por alguno de los medios que verémos en el extremo siguiente. Así entendemos la constitucion de Justiniano (1) que cortó las antiguas diferencias (2) y tan divididos trae á los escritores modernos.

Pero si nuestra posesion no depende de la existencia ó cambio de voluntad en nuestro representante, porque el *animus* reside en nosotros, podemos perderla cuando el que nos representa ejecute algun acto que constituya una desposesion *corpore*, porque este se lo hemos confiado. Perdemos pues la posesion :

1.º Cuando el mismo representante nos la usurpa; v. gr., el depositario sustrae la cosa depositada, *contrectatio* (3); el colono impide la entrada al dueño ó á quien éste vendió la finca, *dejectio* (4).

2.º Cuando entrega la cosa á otro que se propone adquirirla para sí, como sucede en caso de venta (5); mas nó si la recibe en concepto de poseer á nombre de otro, v. gr., mi depositario ó comodatario la entrega á un tercero en calidad de comodato ó depósito; mi colono arrienda la finca á otro (6).

(B) DE PARTE DEL OBJETO.

Perdemos la posesion :

1.º Si la cosa perece ó pasa á estar fuera del comercio; v. gr., el terreno se hace religioso ó le ocupa el rio ó el mar; el esclavo adquiere la libertad (7).

2.º Si la cosa es trasformada en otra especie distinta; como, si de lana se hace un vestido (8).

(C) DE PARTE DE UNA TERCERA PERSONA.

Debemos distinguir tres casos : 1.º Si tenemos abandonada la posesion. 2.º Si poseemos por nosotros mismos. 3.º Si poseemos por representante.

Cuando tenemos abandonada la posesion, la adquiere el que se apodera de ella, por más que sea viciosa, como dijimos en la posesion obtenida *clam*.

Cuando poseemos por nosotros mismos, no perdemos la

(1) C. VII, 32, 12.—D., XLI, 2, 25, § 2; id. id., 46.

(2) D., IV, 3, 34; XLI, 2, 31 y 40, § 1.

(3) D., XLI, 2, 3, § 18; XLVII, 2, 1, § 2; id. id., 67. pr.

(4) D., XLI, 2, 25, § 2; XLIII, 16, 12 y 18, pr.

(5) D., XLI, 3, 33, § 1 y 4.

(6) D., XLI, 2, 30, § 6.

(7) D., XLI, 2, 3, § 17; id. id., 30, § 1, 3 y 4.

(8) *Inst.*, II, 1, § 25.—D., XLI, 2, 30, § 4.

posesion por el solo hecho de que un tercero ocupe en todo ó en parte el objeto durante nuestra ausencia (1); pues continuamos poseyendo *animo* (2): es necesario que se haya apoderado empleando la fuerza (3), ó aprisionándonos (4), ó haciéndonos huir (5), ó impidiendo que entremos en la finca (6); ó que, teniendo conocimiento de la ocupacion (7), nos abstengamos por miedo de entrar en ella (8). Mientras no ocurra alguno de estos acontecimientos, conservamos la posesion aunque el terreno permanezca en nuestra finca (9).

Cuando ejercemos la posesion por medio de representante, la perdemos siempre que á éste se le priva de ella por cualquiera de los medios que acabamos de enumerar, aunque nosotros ignoremos el despojo (10); pero en tanto que nuestro representante conserve la posesion, no se pierde para nosotros aunque personalmente seamos expulsados (11).

Dos advertencias para concluir:

1.<sup>a</sup> En los casos expresados perdemos la posesion, bien el causante del despojo continúe en ella, bien la haya abandonado y apoderádose un tercero (12).

2.<sup>a</sup> Podemos emplear la fuerza para defender ó recuperar (*confestim, non ex intervallo*) la posesion que por la fuerza trata de quitársenos ó de que se nos ha privado (13), y en este segundo caso se entiende que no la hemos perdido (14); mas si nos aquietamos, la perdemos y necesitamos utilizar los medios legales para recobrarla.

### III.

## DOMINIO.

1.<sup>o</sup> DEFINICION Y NATURALEZA ORDINARIA DEL DOMINIO: LIMITACIONES DE QUE ES SUSCEPTIBLE.—No hallamos en los jurisconsultos romanos definido el *dominio*. Esta omision puede reconocer dos motivos: 1.<sup>o</sup> Que la idea abstracta del dominio se identificaba con el objeto sobre el cual se tenía,

(1) D., XLI, 2, 6, § 1; id. id., 18, § 3.

(2) D., XLIII, 16, 1, § 25.

(3) D., XLI, 2, 18, § 4.

(4) D., XLIII, 16, 1, § 47.

(5) D., XLIII, 16, 1, § 29.

(6) D., XLIII, 16, 3, § 8.

(7) D., XLI, 2, 46.

(8) D., XLI, 2, 3, § 8; id. id., 7, XLIII, 16, 1, § 24.

(9) D., XLI, 2, 25, § 2.

(10) D., XLI, 2, 44, § 2; XLIII, 16, 1, § 22 y 46.

(11) D., XLIII, 16, 1, § 45.

(12) D., XLI, 3, 4, § 22.

(13) D., XLIII, 16, 3, § 9.

(14) D., XLIII, 16, 17.

hasta el punto de tratarse el dominio en el presente título, como cosa corporal, separándole de los restantes derechos ó cosas incorpóreas que se dejan para el inmediato, como ya hemos notado. 2.º Que los demás derechos reales confieren una facultad determinada, y es por tanto fácil definirlos concretamente de suerte que se distingan unos y otros; pero en el dominio se presenta la cosa ilimitadamente sometida á la persona, de manera que comprende cuantas facultades puede tener el hombre sobre un sér físico, y no es dable expresarlas taxativamente: así se limitaron á llamarle *plena in re potestas* (1), *plenum jus* (2) etc. Pero ya que no puedan encerrarse dentro de los límites de una definición las innumerables atribuciones del dueño, pueden si contenerse las clases á que corresponden aquéllas; y bajo este concepto le definiremos: *El derecho de usar, disfrutar, vindicar y disponer de una cosa corporal sin más restricciones que las impuestas por las leyes reguladoras de la propiedad*. Veamos los términos de la definición.

El derecho de dominio confiere al propietario las facultades siguientes:

1.ª *De usar, jus utendi*, que le autoriza para servirse de la cosa en la forma que guste.

2.ª *De disfrutar, jus fruendi*, en virtud de la cual se utiliza de todos los frutos que la cosa produzca.

3.ª *De vindicar, jus vindicandi*, esto es, hacer valer sus derechos contra todo el que los desconozca, pudiendo al efecto ejercitar las acciones que en su lugar expondremos.

4.ª *De disponer, jus disponendi*, ó sea, cambiar su forma, consumirla ó traspasarla á otro.

*De una cosa corporal*. El dominio, como derecho real, supone una relacion directa entre la persona y un sér físico que de hecho la esté sometido, nó una simple relacion de persona á persona: el comprador, v. gr., de una cosa no es dueño de ella mientras no se le entrega, aunque haya pagado el precio y tenga derecho perfecto para que se le entregue (3).

*Sin más restricciones que las impuestas por las leyes regu-*

(1) *Inst.* II, 4, § 4.

(2) *GAYO*, I, 167.

(3) *D.*, XIX, 1, 40.—La relacion directa entre el hombre y la cosa que existe en todo derecho real puede quizá explicarnos la extension que dan las leyes á la voz dominio cuando la usan para designar aquéllos, sin embargo de tener cada uno su nombre especial: *dominium usufructus* (*D.*, VIII, 6, 3), *dominium hypothecae* (*D.*, XX, 1, 16, § 5.) etc.

*ladoras de la propiedad.* Todos los derechos del individuo necesitan subordinarse al criterio del Estado para que resulte el orden social y el bienestar comun (1). Las facultades que el dominio comprende han sido reguladas por las leyes, cuyas principales disposiciones son las siguientes :

En general corresponden al dueño las expresadas facultades tan latamente que puede ejercerlas aún con perjuicio de tercero ; v. gr., edificar en su terreno, aunque prive de la luz ó del tránsito (2) ; abrir un pozo y practicar obras, aunque corte las venas del pozo ó fundo inmediato (3) : de aquí, el adagio *qui jure suo utitur neminem laedit*.

La ley, sin embargo, prohíbe toda innovacion que, sin proporcionar ventaja al dueño, tenga por exclusivo fin ocasionar perjuicio ; cual sería cortar las venas de agua, nó para sanear la finca, sino para impedir que lleguen al predio vecino (4) ; levantar paredes con el único propósito de quitar las vistas que tiene otro edificio (5).

Prohíbe asimismo todo aquello que, si bien útil al dueño, produzca deterioro ó incomodidad al predio ajeno ; como, hacer excavaciones que pongan en peligro la finca inmediata ; recoger ó depositar aguas cuyas filtraciones ó vapores perjudiquen, etc. (6).

Finalmente, además de estas disposiciones generales, las han dictado especiales tanto para los predios urbanos como para los rústicos.

Con relacion á los urbanos fijan la distancia que debe mediar entre los edificios (7) ; la mayor altura que puede dárseles (8) ; las ventajas de que no puede privarse á los inmediatos (9) ; y la prohibicion de especular con las obras de arte separándolas de los edificios donde se hallan (10).

Para los rústicos establecen el disfrute de las aguas (11) ; cuándo se tiene derecho para hacer cortar las ramas ó arrancar los árboles de la heredad inmediata que perjudiquen (12) ;

(1) *Prolegómenos*, pág. 34.

(2) D., VIII, 2, 9, y 14.—C. III, 34, 8 y 9.

(3) D., XXXIX, 2, 24, § 12; id. 3, 21.

(4) D., XXXIX, 3, 1, § 12; y 2, § 9.

(5) Név. LXIII.

(6) D., VIII, 2, 19, pr.; id. 5, 8, § 5 y 7.; XXXIX, 2, 24, § 12.

(7) D., VIII, 2, 14; X, 1, 4, § 3; id. id., 17, pr.—C. VIII, 10, 9, 11 y 12.

(8) D., VIII, 2, 11, § 1; id. id., 24; XXXIX, 1, 1, § 17.—C. VIII, 10, 1 y 12.

(9) D., X, 1, 13.—C. VIII, 10, 11, pr. y 12, § 1.

(10) D., XVIII, 1, 52; XXX, 41, § 8 y 9; XXXIX, 2, 48.

(11) D., XXXIX, 3.

(12) D., XLIII, 27, 1, 2, y 6, § 2.—C. VIII, 1, 1.

los casos en que debe permitirse á un extraño la entrada ó el paso por el fundo (1); y la obligacion de tolerar que un tercero explote las minas ó canteras cuando el propietario no quiera verificarlo por sí mismo (2).

Tal es la naturaleza ordinaria del dominio reglamentado por las leyes; pero estas facultades, que corresponden al dueño por derecho comun, pueden hallarse limitadas, bien en conjunto, bien cada una de ellas en particular.

(A) *Limitacion del dominio en conjunto.* Tiene lugar en el caso de *copropiedad*.

Dos ó más individuos no pueden tener á la vez dominio entero sobre una misma cosa; pero pueden tenerle *pro indiviso*, de manera que corresponda el derecho de propiedad y las acciones que nacen de la misma á todos ellos (3) sin que ninguno le tenga á toda la cosa ni á parte determinada de ella: *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse; sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*, dice Ulpiano siguiendo á Celso (4).

Siendo, pues, jurídicamente divisible el dominio, cada uno de los copropietarios puede disponer libremente de su derecho, enajenando y transfiriendo á un tercero la parte alícuota, *pars indivisa*, que tiene en el derecho de propiedad (5), é hipotecarla (6). Mas, como la servidumbre es indivisible, ninguno de ellos puede establecerla, como no sea la de usufructo (7).

Por lo demás, cada uno de los condueños es árbitro de pedir en cualquier tiempo que la cosa se divida (8); pero, mientras esto no suceda, ninguna disposicion puede tomarse sin el consentimiento de todos ellos (9), salvo dos casos: 1.º Si uno de los copropietarios es el fisco, cuyas determinaciones deben respetarse (10). 2.º Si un edificio comun amenaza ruina y el condueño se niega á repararle, puede verificarlo

(1) D., VIII, 6, 14, § 1; X, 4, 9, § 1; XI, 7, 12; XLIII, 28, 1.

(2) C. XI, 6, 3 y 6. Siendo estas disposiciones de carácter administrativo, nos limitamos á consignar las leyes sin exponer su contenido.

(3) D., VI, 1, 35, § 3; id. id., 76.

(4) D., XIII, 6, 5, § 15.

(5) D., XVII, 2, 68.—C. III, 37, 1; IV, 52, 3; VIII, 54, 12.

(6) D., X, 3, 6, § 8; XX, 6, 7, § 4.—C. VIII, 21, un.

(7) D., VII, 8, 19; VIII, 1, 2; id. 3, 19, 28 y 34, pr.

(8) C. III, 37, 5.

(9) D., VIII, 2, 8 y 27, § 1; id. 5, 11; X, 3, 28; XIII, 6, 5, § 15; XXXIX, 3, 10.—C. IV, 52, 1 y 4.

(10) C. IV, 52, 4,

el otro, teniendo derecho á reclamar de su compañero la parte de gastos que le corresponda con los intereses legales ; bien entendido que si no paga en los cuatro primeros meses de concluida la obra , se hace dueño del edificio el que lo reparó (1).

Finalmente , en una pared comun puede hacerse todo género de pinturas y adornos ; y junto á ella , las obras que no perjudiquen ; pero sin derecho á indemnizacion cuando haya necesidad de repararla (2).

(B) *Limitacion del dominio en cada una de sus facultades.*

Se entendia que el dominio se hallaba limitado parcialmente cuando le faltaba alguna de las facultades que comprende , nó cuando el propietario contraia simplemente una obligacion personal relativa á la cosa. Partiendo de esta base, si el dueño, v. gr., vendia la finca que tuviera dada en arriendo, el comprador no estaba obligado á respetar el contrato de arrendamiento celebrado por el vendedor, aunque no hubiera cumplido el plazo (3).

De dos maneras puede limitarse parcialmente el dominio : 1.<sup>a</sup> Segregando de él alguna de sus facultades que se cede á un tercero para que la ejercite ; en cuyo caso el dueño se somete á *sufrir* que otro tenga un poder parcial sobre su propiedad : 2.<sup>a</sup> Privándose al dueño el ejercicio de cualquiera de ellas, de suerte que *no pueda hacer* lo que sin la limitacion podria. Mas si el dueño se impone el compromiso *de hacer* algo en su propiedad, no hay limitacion del dominio ; porque ninguna de sus atribuciones consisten en *no poder hacer*, para que sea posible limitarla imponiendo el deber contrario : resultará pues sólo una obligacion personal (4).

Las verdaderas limitaciones se establecen por contrato, por última voluntad, por decreto del magistrado y por una ley especial. Su establecimiento nunca se presume , sino que debe probarlo la persona á quien interese (5) ; aunque se justifique, debe interpretarse estrictamente (6) ; y cuando se extingue, de cualquiera manera que sea, la propiedad adquiere su naturaleza ordinaria (7) , *optima maximaque*, como la llaman los juriconsultos (8).

(1) D., XVII, 2, 52, § 10.—C. VIII, 10, 4.

(2) D., VIII, 2, 13 y 19.

(3) C. IV, 65, 9.

(4) D., VIII, 1, 15, § 1.

(5) C. III, 3, 9 y 10.

(6) D., VII, 1, 68 pr.; VIII, 3, 13, § 1; id. id. 29; id. 4, 13, § 1.

(7) *Inst.* II, 4, § 4.—D., VII, 1, 3, § 2; VIII, 2, 30.

(8) D., XXI, 2, 75; L 16, 90 y 169.

Las limitaciones impuestas por leyes especiales son determinadas y previstas: las que establecen los particulares no pueden reducirse á número fijo, según indicamos al tratar de la clasificación de los derechos. Expondremos, pues, los casos en que tienen lugar las primeras, y mencionaremos algunas de las segundas para demostrar cómo se limitan cada una de las facultades que el dominio confiere.

*Facultad de usar.* Cuando el dueño concede á un tercero que pueda servirse del objeto, estableciéndose la servidumbre de *uso*.

*Facultad de disfrutar.* Si le otorga el derecho de percibir los frutos, que es en lo que consiste la servidumbre de *usufructo*.

*Facultad de vindicar.* Siempre que el dueño entrega á su acreedor una cosa como prenda, no puede reclamársela mientras la obligación subsiste. Otro tanto sucede cuando un objeto viene á constituirse accesorio de otro que es ajeno; si bien en este caso, más que el derecho de vindicar, suele perderse el dominio mismo, como veremos en el tratado de *acesion*.

*Facultad de disponer.* Tanto el derecho de transformar la cosa como el de enajenarla, que esta facultad comprende, pueden limitarse *positiva y negativamente*. Decimos que hay limitación *positiva* cuando el derecho de transformar ó enajenar puede ejercerlos una persona distinta del dueño; y *negativa*, cuando el dueño se halla meramente impedido para transformar ó enajenar, pero sin que un tercero pueda tampoco hacerlo. Tratemos por separado ambos casos.

*Limitación positiva de la facultad de disponer.* Nada impide que el propietario, en uso de su derecho, ceda á un tercero el ejercicio de esta facultad; pero bien entendido que desde el momento concluye de ser dueño si la trasfiere pura y completamente, y se reduce á un condueño si la trasfiere en parte, cual sucede en la enfiteusis. No es así cuando desmembra de su dominio cualquiera de las otras facultades, en cuyo caso permanece conservando el pleno dominio, si bien ménos provechoso; porque la de usar, disfrutar y vindicar son naturales al dominio, mas no constituyen su esencia como la de disponer.

*Limitación negativa de la facultad de disponer.* Ora que el dominio se grave con la prohibición de no transformar en cierto sentido, v. gr., en la servidumbre de *no levantar más alto*, ora con la prohibición de enajenar, el propietario continúa siendo dueño pleno; porque, si bien está privado del

ejercicio de estas facultades, tampoco una tercera persona puede ejercitarlas: no hay coparticipes en la facultad esencial.

Esta limitacion se impone por la ley respecto á los bienes de menores ó incapacitados, como ya sabemos; de los que constituyen el peculio adventicio de los hijos (1); de los inmuebles que forman la dote de la mujer (2); y de los que son objeto de un litigio (3). Puede ser tambien resultado de una providencia judicial (4). En todos estos casos la prohibicion de enajenar lleva consigo la nulidad de la enajenacion que se realice: pero cuando se ha impuesto por voluntad de los particulares, no siempre produce este resultado, como vamos á ver.

Para que sea válida y eficaz la prohibicion de enajenar impuesta por un testador, se necesita: 1.º Que exprese una justa causa ó constituida en beneficio de alguna persona: porque en otro caso, *talem legem testamento non possunt dicere*: 2.º Que no sea en fraude de los acreedores ó del fisco (5). Relativamente á la prohibicion de enajenar que el mismo dueño se impusiera, el Derecho nuevo (6) le concede facultad para hacerlo aún en los casos que prohibía el antiguo (7); pero de su compromiso resulta simplemente una obligacion personal por cuya inobservancia reclamará la otra parte los daños y perjuicios, sin poder anular la enajenacion verificada por el dueño (8). Tan sólo será ésta nula en dos casos: 1.º Si adquirió el dominio sometién dose á perderle cuando llegára cierta condicion ó plazo que en efecto se cumplen; porque, como el dominio adquirido es revocable, tambien lo son las enajenaciones que realiza (9), y como dice Ulpiano *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (10) *quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit* (11). 2.º Si el propietario ha hipotecado la finca

(1) C. VI, 6, 8, § 5.

(2) *Inst.* II, 8, pr.

(3) GAYO, IV, 117.—D., XLIV, 6, 3.—C. VIII, 37, 2 y 4.—Nov. CXII, cap. 1.

(4) D., XLI, 3, 12.

(5) D., XXX, 114, § 14.

(6) C. IV, 54, 9.

(7) D., II, 14, 61.

(8) D., XVIII, 1, 75; XIX, 1, 21, § 5; id. 5, 12; XLV, 1, 135, § 3.—C. IV, 54, 2 y 3.

(9) D., VI, 1, 41, pr.; XIII, 7, 13, pr.; XVIII, 2, 4, § 3; XXXIX, 6, 29.

(10) D., L, 17, 54.

(11) D., XLI, 1, 20, § 1.

y pactado con el acreedor que no la enajenará (1).

2.º SU HISTORIA EN ROMA.—Para formar la historia de la propiedad en Roma, basta recordar las diferentes ideas que acerca de la institucion hemos consignado en la Historia de su derecho, y desenvolver concisamente algunas de ellas.

Los romanos conocieron desde el principio tanto la propiedad pública como la privada.

Objeto de la primera el *ager publicus*, aumentó en proporcion de las conquistas; y, monopolizado por las clases dominadoras con sus *ocupaciones*, fué motivo perenne de las sangrientas discordias que en vano trataron de cortar las leyes *Licinias* y *agrarias*, ocasionando por fin la muerte de la república.

La propiedad privada se supone ya existente por las XII Tablas, cualquiera que fuese la distribucion del territorio al fundarse la ciudad; y no podía suceder otra cosa, dadas las ideas religiosas de aquel pueblo y la energia de su derecho privado. Es pues innecesario, al par que inverosímil, presumir que el sistema de esta propiedad fuera una imposicion de la clase plebeya; porque ni los plebeyos tuvieron en los primeros siglos el ascendiente que para ello se necesitaba, ni los romanos cambiaron nunca de instituciones súbitamente.

El carácter de la propiedad privada varió con los tiempos. Familiar en su origen, como lo exigía el culto y la constitucion de las *gentes*, vino á ser individual á medida que estas causas se debilitaron.

En la organizacion de la propiedad se marcan, como en todas las instituciones, las dos grandes fases del derecho romano. Durante los seis primeros siglos próximamente, es regida por los principios severos y exclusivos sobre los cuales se basa toda la legislacion de aquel pueblo militar y conquistador, que vive separado y en lucha con el resto del mundo; pero que una vez triunfante y en comunicacion con los vencidos, no puede moral ni políticamente conservar su rigor y exclusivismo.

Bajo el derecho romano puro, solamente se reconocía verdadera propiedad, garantida por el pueblo, cuando concurrían estas tres condiciones simultáneas:

(1) D., XX, 5, 7. § 2. La prevencion con que miraron los romanos cuanto pudiera menoscabar el carácter absoluto é irrevocable de la propiedad, y la falta de un registro público donde se consignáran las limitaciones que el dueño impusiera á su derecho, se reflejan en la multitud de leyes concernientes á la revocabilidad del dominio, que tan divididos traen á los romanistas de nuestros dias.

1.º Que el adquirente fuese capaz de dominio romano, *ex jure Quiritium*, aptitud que faltaba á todo el que no tenía ciudadanía, ó por lo ménos una de sus desmembraciones, el *jus commercii*.

2.º Que se tratara de adquirir un objeto susceptible del dominio absoluto romano. Carecían de esta cualidad las cosas *extra commercium* y los predios situados en territorios á los cuales no se les hubiera otorgado el *jus italicum*, como sucedía en las provincias, porque su propiedad pertenecía al pueblo ó al César, y los particulares únicamente gozaban una especie de usufructo (1).

3.º Que en el acto de la adquisición se observasen las solemnidades establecidas por el derecho romano, segun la naturaleza del objeto. Si la cosa era *nec mancipi*, bastaba la entrega en virtud de justo titulo (2): si pertenecía á la categoría de *mancipi*, necesitaba usarse de la *mancipatio*, ó de la *in jure cesio*, ó subsanar el defecto de ambas por la *usucapio* (3).

Tal era la severa ordenanza de aquel pueblo militar. A proporción que adelanta en sus conquistas, necesitó modificar los principios; porque ni las consideraciones políticas permitían desconocer completamente la capacidad jurídica de los vencidos, ni en el órden privado era posible abstenerse de comunicar con ellos. El *Praetor peregrinus* decide las cuestiones de los extranjeros y las de éstos con ciudadanos, nó por las leyes romanas dictadas exclusivamente para los romanos, sino por los principios universales de derecho, por el *jus gentium*, que cautiva por su equidad y sencillez á los mismos romanos y gana cada día más terreno en el tribunal del *Praetor urbanus*. Desde entónces, ya no carece de toda importancia la propiedad en cuya adquisición hubiera faltado alguna de las tres condiciones referidas. Hé aquí la transformación que se verifica en cada una de ellas.

1.º Falta de capacidad en el adquirente. Comienza por atribuirse ficticiamente la ciudadanía á un extranjero siempre que demande ó sea demandado en virtud de un titulo del cual nazca acción segun las leyes romanas (4): se admite que el extranjero puede tener dominio (5); y por fin Caracalla otorga la ciudadanía á todos los súbditos del Imperio.

(1) GAYO, II, 7 y 21.

(2) GAYO, II, 19 y 20.—ULPIANO, XIX, 7.

(3) GAYO, II, 22 y 41.

(4) GAYO, IV, 37.

(5) GAYO, II, 40.

2.<sup>a</sup> Susceptibilidad en el objeto. La nivelacion de los hombres traia consigo la de las cosas; y el Imperio debía consumir la unidad jurídica en todas sus esferas. Las ciudades de provincia se igualan entre sí, y más tarde con Roma y Constantinopla. Se introduce para los predios provinciales la *longi temporis possessio ó praescriptio*; que apenas difiere de la *usucapio* aplicable á los itálicos; y desde el tiempo de Diocleciano vemos llamarse *dominium ó proprietas* á la posesion legal de los primeros (1).

3.<sup>a</sup> Solemnidades en la adquisicion. Continúase exigiendo las formas antiguas para adquirir sobre las cosas *mancipi* la propiedad *ex jure Quiritium*., única que al principio existia; pero, aunque no se hayan usado, el adquirente no carece de todo derecho, las tiene *in bonis*. De manera que se establece al lado del *dominium Quiritarium*, *nudum jus Quiritium* (2), otro que se le ha denominado *bonitario*; cada uno de los cuales puede corresponder á diferentes personas mientras el adquirente del *bonitario* no complete el tiempo de la usucapion, porque entónces se hace dueño *pleno jure*, *id est, et in bonis et ex jure Quiritium tua res est*, dice Gayo (3). Y nótese que el dominio quiritario era puramente nominal, á la vez que el bonitario confería los verdaderos derechos de la propiedad (4), en tal manera que si un esclavo pertenecía en dominio quiritario á una persona y en bonitario á otra, sólo ésta le tenía bajo su potestad (5); podía manumitirle, conservando el derecho á sus bienes (6); hacia suyo cuanto adquiriese el esclavo (7); y, segun el dictámen de algunos jurisconsultos, el dueño quiritario no tenía derecho, ni áun sobre lo que el esclavo habia estipulado expresamente para él (8).

A pesar de todo, se conservan los principios antiguos. El dueño quiritario podía reclamar del bonitario la cosa, porque segun el derecho estricto no le habia transmitido legalmente

(1) *Fracm. Vat.*, 283 y 316.

(2) GAYO, I, 54.

(3) GAYO, II, 40 y 41.

(4) Tres cosas no eran permitidas al dueño simplemente bonitario: 1.<sup>a</sup> Imponer servidumbres *jure civili*; pero si *tultione Praetoris*. 2.<sup>a</sup> Conferir al esclavo, que manumitiese la calidad de ciudadano; solamente podia hacerle *latino* con arreglo á la ley Junia (GAYO, I, 167). 3.<sup>a</sup> Legar *per vindicationem* (GAYO, II, 196 y 222). Las tres restricciones desaparecieron con el tiempo, segun veremos.

(5) GAYO, I, 54.

(6) GAYO, I, 167.

(7) GAYO, II, 88.

(8) GAYO, III, 166.

su propiedad ; pero éste tenía contra el primero las excepciones *doli mali* y *rei venditae et traditae* para defenderse. Más tarde pudo también usar la acción *Publiciana*, cual si hubiera completado el tiempo de la usucapion, para pedir el objeto de cualquier poseedor (1).

Semejante estado de cosas no tenía razon de ser. Todos los súbditos eran ciudadanos : la distincion entre predios itálicos y provinciales era puramente nominal, é insostenible por consecuencia la que mediaba entre la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* : y el *nudum jus Quiritium*, una vana reminiscencia, porque la *mancipatio* y la *in jure cesio* estaban olvidadas. Justiniano borra definitivamente la letra muerta de las antiguas leyes que estaban en pleno desacuerdo con los hechos. En una de sus constituciones declara abolido el *nudum jus Quiritium*, que califica de *antiquae subtilitatis ludibrium, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum* (2). En otra constitucion refunde la usucapion y prescripcion : somete al mismo derecho los predios itálicos y provinciales é igualmente las cosas *mancipi* y *nec mancipi, inutilibus ambiguitatibus et differentis sublati* (3).

A partir de estas leyes, tanto de hecho como de derecho queda una sola propiedad, la del *jus gentium*, cuyos modos de adquirir vamos á examinar.

### 3.º MODOS DE ADQUIRIRLE : SU CLASIFICACION Y CONDICIONES GENERALES.

(A) *Modos de adquirir el dominio*. El dominio, como todos los derechos, se determina ó individualiza mediante un hecho (4). *Al hecho, pues, mediante el cual el individuo llega á ser propietario de una cosa determinada se llama medio de adquirir el dominio.*

En general, este hecho debe practicarlo el adquirente y consiste en tomar posesion de la cosa. Cuando esta es *nul-*

(1) D., VI, 2, 1; XXI, 3, 2 y 3, § 1; XLI, 1 52. Además de estos medios de proteccion que los Pretores crearon en beneficio del dueño bonitario, abrieron nuevos caminos para llegar á la propiedad romana, mediante la usucapion. Tales fueron la posesion que acordaban en favor del propietario que denunciaba un edificio próximo ruinoso ; del lesionado por un esclavo ajeno ; de los acreedores, cuando el deudor era insolvente ; y de las personas á quienes consideraban herederos. Por más que sólo les otorgasen la posesion, venian á ser dueños *jure civili*, una vez que poseian durante el plazo marcado para usucapir. Suele llamarse *pretoriana* la propiedad adquirida mediante estos procedimientos, de los cuales nos ocuparemos en sus respectivos lugares.

(2) C. VII, 25, un.

(3) C. VII, 31, un.

(4) *Prolegómenos*, pág. 39.

*lius*, evidentemente no llega á ser nuestra miétras no la aprehendamos; pero, aunque tenga dueño y hayamos estipulado con él que nos trasfiera su propiedad, no se nos trasfiere en efecto hasta que la poseamos; existirá un *titulo ó causa remota*, que nos dará derecho para pedir su entrega; pero nó el *modo ó causa próxima* que nos hace dueños. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (1). Fúndase esta doctrina en la necesidad de un hecho que por una parte fije el momento en que cesa nuestra relacion personal con el anterior dueño, empezando la directa sobre la cosa; y por otra, demuestre á los demas hombres que ella nos está sometida, para que respeten nuestro derecho.

Hemos dicho *en general*, porque existen casos en los cuales adquirimos por virtud solamente de una declaracion de la ley, sin que por nuestra parte sea necesaria la ejecucion de ningun hecho.

(B) *Clasificacion de los modos de adquirir el dominio*. Los modos de adquirir la propiedad se clasifican:

1.º Por su fundamento, en *naturales*, autorizados por el derecho natural, *jure naturali, jure gentium*; y *civiles*, creados por las leyes positivas de cada pueblo, *jure civili*. Sobre este punto dice el

§ 11. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse naturale jus, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim jura tunc coeperunt esse, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi coeperunt.

Los redactores de las Instituciones formaron este párrafo con las doctrinas de Gayo (2); pero introduciendo una variante muy esencial, que no han tomado en cuenta los que les han censurado. En tiempo de Gayo conservaban todavía alguna importancia práctica los antiguos modos de adquirir exclusivos de los ciudadanos romanos; por eso dice que son modos civiles los creados *jure proprio civitatis nostrae*, y menciona como tales la *mancipatio*, la *in jure cesio*, y la

(1) C. II, 3, 20.

(2) GAYO, II, 65.—D. XLI, 1, 1, pr.

*usucapio* (1). Cuando se escribieron las Instituciones, había concluido todo esto, tanto por desuso cuanto por las reformas de Justiniano citadas en el número anterior; por eso el texto no entiende ya por modos civiles solamente los que Roma estableció para sí propia, ni recuerda, como Gayo, cuáles eran, sino que se limita á consignar la doctrina general de que háy maneras de opinion fundadas en los principios del Derecho, al paso que otras han sido introducidas por las leyes positivas de los pueblos, obedeciendo á consideraciones de necesidad ó de pública utilidad. Ya veremos cuáles refieren las Instituciones á una y otra clase; pero todas ellas producen el mismo resultado, la propiedad individual; de suerte que, bajo el punto de vista práctico, esta division carece de importancia.

2.º Por la manera en que llegamos á ser dueños, se llaman *originarios* aquellos en virtud de los cuales adquirimos directamente la propiedad del objeto, v. gr., la ocupacion de una cosa *nullius*; *derivativos*, aquellos por los cuales se nos trasmite la propiedad que á otro pertenecía, v. gr., la tradicion del objeto comprado. Los primeros nos confieren el dominio con todas las facultades inherentes al mismo segun su naturaleza ordinaria; los segundos nos le traspasan con la extension ó limitaciones que le tenía nuestro causante; porque *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (2).

3.º Los derivativos se subdividen en *universales* y *singulares*, segun la naturaleza del titulo que nos autoriza para suceder al propietario anterior. Se denominan *universales* cuando somos llamados á suceder en la personalidad jurídica del que nos precedió, v. gr., la herencia; *singulares*, cuando no se nos trasmite esta representacion, sino únicamente bienes más ó ménos determinados, cualquiera que sea su importancia; v. gr., el legado (3). La principal diferencia entre los resultados prácticos que unos y otros producen es que en los primeros continuamos la personalidad jurídica de

(1) No se crea por esto que la *mancipatio*, *in jure cesio* y *usucapio* eran los únicos medios de adquirir reconocidos. Ulpiano, (XIX, 2) menciona además la *traditio* que, como sabemos, servía para transmitir las cosas *nec mancipi*; la *adjudicatio* hecha por el juez en los juicios divisorios; y la *lex*, por cuyo ministerio se adquiría el dominio en varios casos de herencia y en las ventas que el Estado hacía. Los tres primeros modos desaparecieron; pero los restantes se conservan en principio por la legislacion de Justiniano.

(2) D., XLI, 1, 20; L. 47, 54, 59, 175 y 177.

(3) GAYO, II, 97 y 98.—*Inst.* II, 9, § 6.—D., XLIII, 3, 1, § 13.

nuestro antecesor, y, como tales, le sustituimos en todos sus créditos y deudas; al paso que en los segundos permanecemos extraños á las relaciones jurídicas personales que aquél tuviera.

A los modos universales correspondían: la *herencia*, ya *directa*, ya *fideicomisaria*, la adjudicación de esta *libertatis causa*, la *bonorum possessio*, la *in manum conventio*, la *adrogatio* y la adquisición *ex Senatusconsulto Claudiano*.

Pertenecían á los modos singulares: la *ocupacion*, *accession*, *especificacion*, *confusion* y *comixtion*, *tradicion*, *adquisicion de frutos*, *usucapion*, *donacion*, *legado*, *fideicomiso singular* y *adjudicacion*.

Finalmente, las adquisiciones que tenían lugar por mera disposición legal, unas veces constituyen modos universales; y otras, singulares.

El órden que observan las Instituciones en la exposicion de esta doctrina es el siguiente. Tratan en primer término de los modos singulares, y despues de los universales; pero al llegar en los primeros á legados y fideicomisos singulares, intercalan la doctrina de sucesion testamentaria, como precedente necesario para entender aquéllos, y la *adjudicacion* es relegada al penúltimo título del libro IV, que se ocupa del *oficio del Juez*. Las adquisiciones en virtud de la ley se hallan diseminadas en los diversos títulos á cuyas materias se refieren.

(C) *Condiciones generales para adquirir el dominio*. Cada uno de los modos de adquirir el dominio requiere condiciones especiales que respectivamente manifestaremos; pero todos ellos sin distincion suponen que el sugeto sea capaz de adquirir, y el objeto susceptible de ser adquirido.

Respecto á la capacidad de la persona, el derecho antiguo contenía tres prohibiciones, de las cuales dos han desaparecido por completo y la otra subsiste, aunque sin resultados, en el nuevo.

1.<sup>a</sup> Faltaba la capacidad al que no fuera ciudadano ó no tuviera por lo ménos el *commercium*; pero desde Caracalla todos los súbditos del Imperio son ciudadanos, y por consecuencia capaces de adquirir.

2.<sup>a</sup> De entre los ciudadanos sólo tenían capacidad de adquirir para sí los *patresfamilias*, nó los descendientes sometidos á su potestad que adquirían necesariamente para el Jefe (1). La introducción de los peculios confirió á los hijos de familia capacidad para ser propietarios.

(1) GATO, II, 87 y 96.

3.º Aun el ciudadano y *paterfamilias* sólo tenía capacidad de adquirir para sí mismo, nó para un tercero (1). Este principio se sostiene todavía en tiempo de Justiniano. Con efecto, en el título 9.º inmediato, donde siguiendo al Emperador explanarémos toda esta materia, se dice *per extraneam personam nihil adquiri potest*; pero como á continuacion se reconoce que por ministerio de un extraño podemos adquirir la posesion, y la mayoría inmensa de los modos de adquirir consiste en la posesion, resulta que el principio viene á ser una letra muerta.

En cuanto á la susceptibilidad de las cosas para ser objeto de una adquisicion, solamente falta en las que se hallan *extra commercium*, enumeradas al principio del título; porque los predios itálicos y provinciales se han igualado.

4.º DOCTRINAS ESPECIALES DE LA OCUPACION, ACCESION, ESPECIFICACION, CONFUSION Y CONMIXTION, TRADICION Y ADQUISICION DE FRUTOS.

(A) OCUPACION.

Se entiende por ocupacion: *La aprehension de una cosa que no tiene dueño con intencion de adquirir su propiedad.*

Requíerese, pues, para que haya ocupacion:

1.º *Aprehension*, es decir, que sometamos el objeto á nuestro poder, mediante un acto material, ostensible, puesto que tratamos de privar á los demas hombres del derecho que tenían á ocuparle (pág. 271).

2.º Que la cosa *no tenga dueño*; porque si le tuviera, nuestra ocupacion seria un atentado contra la propiedad.

3.º Que la aprehension se verifique *con intencion de adquirir su propiedad*; porque en tanto llegarémos á ser dueños, en cuánto poseamos; y para adquirir la posesion no basta el *corpus*, sino que es indispensable el *animus* (páginas 268 á 271).

El fundamento de este modo de adquirir, primero de todos en el órden cronológico, es la facultad que al hombre pertenece de hacer servir para la realizacion de sus fines á los demas séres físicos (2). *Quod enim nullius est, id ratione naturali, occupanti conceditur*, dice Gayo (3).

Atendidas las cosas objeto de la ocupacion, suelen clasificar los autores este modo de adquirir con los respectivos nombres de *caza y pesca, ocupacion bélica, ocupacion propiamente dicha é invencion ó hallazgo.*

(1) GAYO, II, 95. (2) *Prolegómenos*, pág. 65. (3) D., XLI, 1, 3, pr.

(a) *Caza y pesca.*

§ 12. Ferae igitur bestiae, et volucres, et pisces, id est, omnia animalia, quae in terra, mari, coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno: plane, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest à domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur; cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.

§ 13. Illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. Quibusdam placuit, statim tuam esse, et eousque tuam videri, donec eam persequeris (1); quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent (2), ut eam non capias.

§ 14. Apium quoque natura fera est. Itaque, quae in arbore tua condecorant, antequam à te alveo includantur, non magis tuae esse intelliguntur, quam volucres, quae in tua arbore nidum fecerint; ideoque, si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos eae fecerint (3), quilibet eximere potest. Plane, integra re, si provideris ingredientem in fundum tuum, potes (4) eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen (5), quod ex alveo tuo evolaverit, eousque tuum esse intelligitur, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio est: alioquin occupantis fit.

§ 15. Pavonum et columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam; cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant: nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

§ 16. Gallinarum (6) et anscarum non est fera natura. Idque

(1) C. *persequaris.* (2) *Vulgo possunt.* (3) C. *si quos effecerint.*  
(4) C. *poteris.* (5) C. *quocumque.* (6) C. *autem.*

ex eo possumus intelligere, quod aliae sunt gallinae, quos feras vocamus, item alii anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinae tuae aliquo casu turbati turbataeve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuaeve esse intelliguntur; et, qui lucrandi animo ea animalia retinuerit (1), furtum committere intelligitur.

Son objeto de esta clase de ocupacion tanto los animales *feros* como los *amansados*, que ó no han tenido dueño, ó cuya posesion ha sido perdida por éste en los términos que ántes hemos dicho (pág. 273); pero nó los *mansos* mientras conserva la propiedad el dueño (2).

Para obviar dificultades, se declaran fieros las abejas, los pavos reales, las palomas y los ciervos; y mansos, las gallinas y los ánsares (3).

Podemos aprehenderlos indistintamente en terreno propio ó ajeno, porque no hay relacion alguna entre el dominio del suelo y el del animal; pero el dueño de la finca tiene derecho para impedirnos que entremos en ella (4).

Se entienden aprehendidos desde que ocurre un hecho que los somete físicamente á nuestro poder, v. gr., caer la fiera en un lazo preparado por nosotros y del cual no podía escapar (5), sin que baste herirla (6); encerrar las abejas en nuestro colmenar, ó coger las aves, no siendo suficiente que hayan posado ó anidado en un árbol nuestro (7).

(b) *Ocupacion bélica.*

§ 17. Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutum nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

El supuesto *à priori* como relacion internacional de las ciudades antiguas era el estado de guerra, y el extranjero carecia de derecho ante el romano, como éste ante aquél; doctrina que todavía consignaba explícitamente Pomponio en estas palabras: *In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque*

(1) C. *retinet.*

(2) D., XLI, 1, 1, § 1; 3, § 2; 4, y 5, pr.

(3) E., XLI, 1, 5, § 2, 3, 4, 5 y 6.

(4) D., VIII, 3, 16: XLI, 1, 3, § 1, y 5, § 3.

(5) D., XLI, 1, 55.

(6) D., XLI, 1, 5, § 1.

(7) D., XLI, 1, 5, § 2.

*foedus amicitiae causa factum habemus: hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit; et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat* (1).

Sí, pues, al extranjero se le consideraba fuera de toda ley, era lógico que el romano pudiera apoderarse de las personas y bienes del enemigo; porque, como no tenían dueño, eran objeto de la ocupacion (2). Así fué mirada la guerra como el mejor modo de adquirir; y como símbolo de la propiedad, la lanza, que figuraba en los tribunales y en las ventas públicas (*Sub hasta vendere*). Explicando Gayo porqué se usaba en los juicios una varita (*festuca*), nos dice: *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justí dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur* (3).

Por consecuencia de estos principios:

1.º Se hacían del primer ocupante las cosas del enemigo que se hallaban en el territorio romano cuando estallaba la guerra (4).

2.º Se hacían del Estado las personas y los bienes tanto inmuebles (5) como muebles (6) que por la fuerza de las armas se ocupaban al enemigo; si bien solía distribuirse á los soldados parte del botín ó de lo que producía su venta (7).

3.º Los Jefes militares concedían en ciertos casos el botín á los soldados; y entónces adquirían éstos directamente la propiedad de lo que ocupaban (8).

(c) *Ocupacion propiamente dicha.*

Califican con este nombre la ocupacion parcial de las cosas inmuebles que son *comunes* por naturaleza. En este caso se hallan las islas que se forman en el mar (9) y la parte del mar y de sus playas sobre la que se edifica (10) con la debida autorizacion (11).

(d) *Invencion ó hallazgo.*

(1) D., XLIX, 15, 5, § 2.

(2) GAYO, II, 69.—D., XLI, 1, 5, § 7, y 51, § 1; id, 2, 1, § 1, y 3, § 21.—*Historia*, pág. 28.

(3) GAYO, IV, 16.

(4) D., XLI, 1, 51, § 1.

(5) D., XLI, 1, 16; XLIX, 15, 20, § 1.

(6) D., XLVIII, 13, 13.

(7) AULO GELIO, XVI, 4.—DION. DE HALIC, IV, 24 y 50; VII, 65.—TITO LIVIO, III, 10; IV, 29 y 53; V, 22; VI, 4; etc.

(8) GAYO, II, 69.—D., XLI, 1, 5, § 7.

(9) D., XLI, 1, 7, § 3.

(10) D., XLI, 1, 14 y 30, § 4.

(11) D., XLI, 1, 50.

Bajo esta denominacion especial se comprende la ocupacion de las cosas muebles que nos encontramos y aprehendemos y carecen de dueño, bien porque nunca le han tenido, bien porque no puede justificarse á quien pertenecen, bien porque el propietario las haya abandonado. Veamos lo que las Instituciones declaran sobre estos casos.

§ 18. Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

Los objetos que deben su existencia á una fuerza natural, como son las piedras preciosas que el texto pone por ejemplo, se hacen inmediatamente del primero que las ocupa (1).

§ 39. Thesaurus, quos quis (2) in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito, invenerit, dimidium domino soli concessit (3). Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali (4) invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

*Tesoro*, nos dice Paulo, *est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat... Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus vel custodiae, condiderit sub terra, non est thesaurus* (5). Segun esto, para que se califique de tesoro y tengan aplicacion las leyes especiales sobre la materia, debe: 1.º Tratarse de un depósito oculto, *sub terra*; porque si se hallára á la vista, se regiría por los principios generales de la ocupacion. 2.º Ser antiguo, *vetus*, lo bastante, segun las circunstancias, para que no conste quien es su dueño: *ut jam dominum non habeat*; pues si consta y le ha ocultado con el fin de tenerle más seguro, *custodiae causa, non est thesaurus*. Por lo demás, no es indispensable que el objeto sea metálico, *pecuniae*, porque la ley de Leon, que despues citaremos, comprende los muebles en general: *id est, dice, condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia*.

La adjudicacion del tesoro sufrió muchas alteraciones, debidas sin duda á las circunstancias especiales del caso. Por

(1) D., VI, 8, 3; XLI, 2, 1, § 1.

(2) C. *quisque*.

(3) C. *dimidium inventori, dimidium domino soli*.

(4) C. *vel civitatis*.

(5) D., XLI, 1, 31, § 1.

una parte, tratándose de cosa sin dueño conocido, parece que debía adjudicarse al inventor, según las reglas generales de la *ocupación*: por otra, siendo probable que los objetos ocultos hubieran pertenecido á los antecesores del actual propietario de la finca, parece que milita á favor de éste cierta presunción de dominio.

El párrafo nos dice que Adriano resolvió la cuestión, nó por los principios rigurosos de derecho, sino *naturalem acquiritatem secutus*: disposición tanto más notable cuanto que, según se infiere de los historiadores, el fisco se incautaba de los tesoros ántes de Adriano (1). Antonino y Vero (2), y más tarde, Constantino, Graciano, Valentiniano y Teodosio (3) modificaron la constitución de Adriano, que últimamente fué restablecida en 474 por el emperador Leon (4).

De esta ley y del presente párrafo aparece:

1.º Que el tesoro hallado en nuestra propiedad es nuestro, bien le encontremos por acaso, bien le hayamos buscado de intento.

2.º Que el hallado en propiedad ajena, corresponde por mitad al inventor y al dueño del tesoro, sea un particular, el fisco, el César ó una ciudad.

3.º Que el hallado en lugar *nullius*, como sagrado ó religioso, es todo del inventor.

4.º Que el inventor solamente adquiere derecho al tesoro oculto en terreno ajeno ó *nullius*, cuando lo encuentra por acaso, *fortuitu, non data ad hoc opera*; de lo contrario, pertenece al dueño ó al fisco por entero.

5.º Que ni en terreno propio ni ajeno, ni *nullius*, podemos emplear medios reprobados para buscar el tesoro: *sine sceleratis ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa*.

§ 47. Qua ratione verius esse videtur, ut, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desiit (5).

Tan pronto como el dueño abandona definitivamente una cosa, *pro derelicto*, pierde la posesión y propiedad sobre ella:

(1) SUTTONIO: *Nerva*, 31. — TÁCITO: *Anales*, XVI, 1.

(2) D., XLIX, 14, 3, § 10.

(3) *Cod. Teod.*, X, 18, 1 y 2.

(4) C. X, 15, un.

(5) C. *desiit*.

viene á ser ésta *nullius*; y por consecuencia se hace del primer ocupante (1). *Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit*, dice Ulpiano (2). Próculo creía que el dueño conservaba la propiedad de la cosa abandonada mientras otro no la ocupase; pero Juliano y Paulo sostienen con Ulpiano que el abandono definitivo produce inmediatamente la pérdida del dominio, si bien no corresponderá éste á otra persona mientras no la ocupe (3).

§ 48. *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris, levandae navis causa, ejiciuntur. Hae enim dominorum permanent, quia palam est, eas non eo animo ejici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactas, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt.*

Muy distinto del abandono definitivo es el caso en que el dueño abandona los objetos apremiado por una necesidad, v. gr., aligerar la nave en medio de un naufragio; pues, como no lo hace para renunciar á su dominio, sino para libertarse de un peligro, conserva la propiedad, no son *nullius*, y el que se apodera de ellos comete un hurto (4). Otro tanto sucede respecto de las cosas que el dueño pierde inadvertidamente, como dice el texto, ó por infortunio; como en un naufragio (5). Así se expresa Javoleno: *Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest; quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. Idem juris esse existimo in his rebus quae jactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est* (6).

(B) ACCESION.

Bajo este nombre designan los escritores toda adquisición en virtud de la ley de lo que con el carácter de accesorio se incorpora más ó ménos inmediatamente á una cosa nuestra sin cambiar su naturaleza.

En Roma no se usó el nombre genérico de *accession* para comprender los casos de esta índole; pero todos ellos se hallan resueltos por su derecho; de manera que si el nombre no es romano, lo es sí la doctrina.

Decimos que es *adquisición en virtud de la ley*; porque para hacernos dueños del nuevo objeto no es necesario que

(1) D., XLI, 7, 2, pr.; id. id., 5, § 1.

(2) D., XLI, 7, 1.

(3) D., XLI, 7, 2, § 1.

(4) D., XLI, 1, 9, § 8; id. 7, 7.

(5) D., XLI, 1, 44.

(6) D., XLI, 2, 21, § 1 y 2.

tomemos posesion de él, como lo requiere la *ocupacion*. El legislador toma en cuenta la naturaleza del objeto que nos adjudica para exigir mayores ó menores condiciones : así, nos declara fácilmente dueños, cuando el objeto agregado es *nullius* ó de propietario desconocido ; á la vez que sólo en caso de necesidad ó de utilidad comun , cuando se le conoce.

*De lo que con el carácter de accesorio.* Ya sabemos que la cualidad de principal y de accesorio no es absoluta, sino relativa que la ley estima segun las circunstancias (págs. 255 y 256). En materia de accesion , verémos cuál ha sido el criterio de la ley en cada una de sus clases.

*Se incorpora más ó ménos inmediatamente á una cosa nuestra ;* porque no siempre el objeto extraño viene á formar con el nuestro un solo todo, cual sucede en la isla que se adjudica á nuestro campo por más que entre éste y aquélla corra uno de los brazos del rio (1).

*Sin cambiar su naturaleza ;* para diferenciar este modo de adquirir de los que luego examinaremos con los nombres de especificacion , conmixtion y confusion , donde se altera el modo de ser de las cosas en que tienen lugar.

Suele clasificarse la accesion en *natural* y *artificial* segun el hecho, en virtud del cual se incorpora un objeto extraño al nuestro, sea obra de la naturaleza ó del hombre. Resultado el primer caso de una fuerza mayor, no exige indemnizacion por parte del adquirente : lo contrario sucede en el segundo. Tratarémos con separacion de ambos.

(a) *Accesion natural.*

Da lugar á ella el curso variable de las aguas que proporciona aumento en ciertas ocasiones á las heredades. Cuatro casos de esta naturaleza nos presentan las Instituciones : *aluvion , avulsion ó fuerza del rio , cambio de cauce é isla.*

Dos observaciones son comunes á todos ellos :

1.<sup>a</sup> Que á este género de incrementos solamente dan ocasion los rios ; pero nó los lagos y estanques, porque éstos conservan siempre sus límites , *suos terminos retinent* (2).

2.<sup>a</sup> Que áun las agregaciones que proporcionan los rios, solamente son adquiridas por los campos *arcifinii*, que no tienen otros límites sino los naturales , *cujus fines arcentur*

(1) Sólo reconocemos que se adquiere por accesion cuando el objeto ajeno viene á ser dependencia del nuestro , á cuyo hecho suele denominarse *accesion continua* : la adquisicion de los frutos de nuestras cosas, llamada *accesion discreta*, entendemos que se realiza en virtud de una de las atribuciones del dominio, la facultad de *disfrutar*.

(2) D., XXXIX, 3, 24, § 3; XLI, 1, 12, pr.

*naturaliter* ; pero nó por los *limitati* que tienen determinada su extension : en este último caso, la porcion de terreno que el rio deja libre es *nullius*, objeto de *ocupacion*, y pertenece al primero que se apodera de ella (1). Tales son los principios legales ; mas atendida la dificultad de que un extraño pudiese aprovechar terrenos de poca importancia en general, y lo absoluto de las reglas contenidas en las Instituciones, que no distinguen clases entre los predios ribereños, hacen presumir que aquellos principios no estaban en observancia.

Ahora veamos el derecho establecido para cada uno de los expresados acontecimientos.

*Aluvion.*

§ 20. Praeterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur.

Se entiende por *aluvion* el acrecentamiento que recibe un campo ribereño con los materiales que le agrega el rio ó con el terreno que éste abandona, de un modo imperceptible : *quod ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat*, añade Gayo en las Instituciones, de donde se ha tomado el párrafo (2).

Siendo los materiales agregados de propietario desconocido, la ley los adjudica desde luego al único que puede aprovecharlos, y que por otra parte se halla expuesto á iguales mermas en la finca por la accion constante del rio. Para evitarlas, todo dueño puede fortificar la ribera de su finca sin cambiar el curso natural de las aguas (3).

*Avulsion ó fuerza del rio.*

§ 21. Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio appulerit (4) : palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse.

Diferente del *aluvion*, la *avulsion ó fuerza del rio*, segun el lenguaje de los escritores, consiste en el acrecimiento súbito que experimenta nuestro campo con la agregacion de un terreno arrancado por el rio y cuyo dueño es conocido. Esta última circunstancia no permite considerar desde luego el

(1) D., XLI, 1, 16; XLIII, 12, 1, § 7.—*Historia*, pág. 48.

(2) GAYO, II, 70.—D., XLI, 1, 7, § 1; id. id., 38.

(3) C. VII, 41, 1.

(4) C. attulerit.

terreno agregado como parte de la finca, cual sucede en el aluvion: conserva su dominio el antiguo propietario (1) y puede reclamarlo (2); mas si no lo hace durante largo tiempo, *longiore tempore*, y los árboles arraigan en el predio, cede á éste lo que se agregó (3).

### *Isla.*

§ 22. *Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. At (4) in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat (5), communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quod si aliqua parte divisum (6) flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulae redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus et fuerat.*

Ya sabemos que las islas formadas en el mar son *comunnes*; y por tanto, objeto de la ocupacion (pág. 293).

Las que se forman en los rios podian serlo de cuatro maneras, segun los jurisconsultos romanos: 1.<sup>a</sup> Reuniéndose materias diversas sobre la superficie de las aguas, pero sin adherirse al fondo del rio, *ut solum ejus non tangat*. 2.<sup>a</sup> Quedando rodeado un campo ribereño por las aguas del rio que vuelven á unirse más abajo, *cum agrum amnis circumfluit*. 3.<sup>a</sup> Dejando seca el rio una parte de su cauce natural. 4.<sup>a</sup> Acumulándose lentamente materiales sobre el cauce del rio hasta formar una eminencia.

La 1.<sup>a</sup> era pública, como el mismo rio (7).

La 2.<sup>a</sup> no constituía objeto de nueva adquisicion; el propietario de la heredad abrazada por el rio permanecía dueño: *causa proprietatis non mutatur* (8).

Las 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> se adjudicaban al que tuviera el campo más

(1) GAYO, II, 74.

(2) D., XII, 1, 4, § 2; XXXIX, 2, 9, § 2.

(3) D., XLI, 1, 7, § 2.—Segun la letra de esta ley, no cabe dada que el dueño del predio adquiere la parte del terreno agregado; porque, concertando con ella, *pars*, dice, *ex eo tempore videtur meo fundo ADQUISITA ESSE*. Pero como las Instituciones hablan en plural, *ex eo tempore VIDENTUR VICINI FUNDO ACQUISITAE ESSE*, siguiendo la lectura de la *Vulgata*, juzgan algunos escritores que Justiniano ha querido referirse solamente á los árboles y no á la parte de terreno. Nosotros creemos que usó del plural para comprender ambas cosas.

(4) *At deest*.

(5) *C. tenet*.

(6) *C. divisum est*.

(7) D., XLI, 1, 65, § 2.

(8) D., XLI, 1, 7, § 4; id. id., 30, § 2; XLIII, 12, 1, § 10.

próximo; porque la naturaleza del río es tal, que cuando cambia su curso, cambia también el carácter de su álveo; y es igual que se trate de solo el álveo ó de los materiales que sobre él se hayan amontonado (1). Este razonamiento de Pomponio nos aclara el sentido de las palabras ambiguas que Justiniano copió de Gayo (2). Según el texto, parece que sólo debía repartirse la isla entre los propietarios de ambas riberas cuando se hubiera formado precisamente en la mitad del río, *mediam partem fluminis teneat*; pero, diciéndonos Pomponio que debe adjudicarse como si se tratara del cauce mismo cuando el río le abandona, es evidente que á cada finca ribereña le corresponde en la isla aquella parte que confronte con ella hasta la mitad del río, pues así veremos que se halla terminantemente decidido para el caso (3). Esta solución se presenta por otra parte más equitativa; porque compensa proporcionalmente á las fincas, ya del terreno que el río ha podido mermarlas para la formación de la isla, ya del que nuevamente ocupe por la mayor extensión que han de tomar sus aguas.

Por último, considerada la isla como parte del campo al cual se adjudica, adquiere éste todo lo que por aluvion, avulsion, cauce seco ó por una isla que de nuevo se forme, pueda corresponder por su proximidad á la primera isla, aunque el campo se halle más distante que los de la ribera opuesta del terreno que nuevamente ha de adjudicarse (4).

*Cambio de cauce.*

§ 23. Quod si naturali alveo in universum derelicto (5), alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit, novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est, publici (6). Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus praedia possident.

§ 24. Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit. Neque enim inundatio speciem fundi commutat; et ob id, si recesserit aqua, palam est, eum fundum ejus manere, cujus et fuit.

El pasaje de Ulpiano, del cual se ha tomado el párrafo 23,

(1) D., XLI, 1, 30, § 2.

(2) GAYO, II, 72.—D., XLI, 1, 7, § 3.

(3) D., XLI, 1, 29 y 30, pr.; id. id., 65, § 2; XLIII, 12, 1, § 6.

(4) D., XLI, 1, 56, pr. y § 1; id. id., 65, § 3.

(5) C. *relictio*.

(6) C. *publicus*.

contiene algun detalle que han omitido las Instituciones. Cuando el rio, dice aquél, abandonando su cauce natural, empieza á correr por otra parte, el cauce primero corresponde á los que posean campos lindantes con las riberas en proporcion á la extension que cada uno de ellos tenga contigua á la ribera; y el nuevo cauce se hace público qual es el rio. Si despues de algun tiempo vuelve el rio á su antiguo cauce, se distribuye el que nuevamente abandona en la misma forma que se hizo con el antiguo: de manera que si en la primera desviacion ocupó todo un campo, aunque le abandone para volver á su cauce natural, ya no le recobra el antiguo dueño segun el derecho riguroso, *stricta ratione*; porque cesó de pertenecerle, *amissa propria forma*, y no le ha quedado resto del campo para reclamar la parte que pudiera corresponderle en el cauce seco. Pero, añade en seguida, *vix est, ut id obtineat* (1). Por lo demás, el principio sentado por Gayo, y reproducido en las Instituciones, era regla general que todos admitian (2).

A diferencia del caso anterior, una simple inundacion no da al campo inundado el carácter de público; y en su virtud permanece siendo del mismo dueño, como dice el § 24; *namque inundatio speciem fundi non mutat* (3).

(b) *Accesion artificial*. La accesion artificial es resultado de un hecho que el hombre ejecuta, y en ella vienen á unirse objetos correspondientes á varios propietarios de los cuales uno se hace dueño del conjunto. Estas dos circunstancias que la separan de la *natural* exigen que el legislador determine concretamente: 1.º los casos en que tiene lugar; 2.º cuál de los propietarios ha de quedar dueño del todo; y 3.º qué derechos corresponden al que pierde su dominio.

Respecto al primer punto, sólo puede sancionarse como caso de accesion aquel en que se unen dos cosas tan íntimamente que no pueden separarse sin grave deterioro; puesto que va á tener por consecuencia la expropiacion sin consentimiento del dueño, y esto únicamente lo autoriza la necesidad. Cuando, por el contrario, es posible separarlas, el dueño de la cosa accesoria puede ejercitar en primer termino la accion *ad exhibendum* para obtener la separacion y revindicarla en seguida (4).

(1) D., XLI, 1, 7, § 5.

(2) D., XLI, 1, 30, § 1; id. id., 33 y 56, § 1; XLIII, 12, 1, § 7.

(3) D., VII, 4, 23; XLI, 1, 7, § 6; id. id., 30, § 3.

(4) D., VI, 1, 23, § 2 y 5.



Haciéndose preciso declarar quién de los interesados adquiere la propiedad de las cosas unidas y no separables, se aplica el principio general de que lo accesorio cede á lo principal, *accessio cedit principali* (1). Acerca de lo que se reputa principal y accesorio, comparando los diversos casos resueltos por las leyes, parece que su criterio ha sido el siguiente. Cuando una cosa mueble se incorpora á otra inmueble, la primera es siempre accesorio de la segunda; como los materiales que se emplean en construir ceden al suelo. Cuando una cosa mueble se incorpora á otra mueble, se considera principal: 1.º aquella sin la cual no puede subsistir la otra; cual sucede con el pergamino sobre que se ha escrito: 2.º si ambas pueden existir separadamente, aquella que constituye la forma y da nombre al objeto, v. gr., el vestido, con respecto á los adornos que se le unen, cualquiera que sea el valor de estos; 3.º si no media ninguna de estas circunstancias, se llega á tomar en cuenta el respectivo valor y volúmen de los objetos (2).

Finalmente, los derechos que corresponden al dueño de la cosa accesorio, varían segun las circunstancias.

Si él es quien ha unido los objetos, pierde la propiedad del suyo; pero podrá obtener su valor cuando los haya unido de buena fe y el dueño de lo principal se los reclama; utilizará al efecto la excepcion *doli mali*, porque nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro (3).

Si la union ha sido hecha por el dueño de lo principal, el propietario de la cosa accesorio conserva sobre ésta el dominio, del cual no debe ser despojado por un hecho ajeno; mas, como no cabe separar los objetos sin considerable deterioro, no le es permitido reivindicarle mientras la union subsista, pero sí podrá entablar contra el dueño de lo principal diversas acciones, segun haya procedido. Cuando éste hubiere obrado de buena fe, ejercitará la accion *in factum* para obtener el precio de la cosa accesorio (4); cuando de mala fe, la *ad exhibendum*, por la cual, no siendo posible la separacion de los objetos, conseguirá que se le abone, sobre el precio de la cosa, todos los daños y perjuicios (5); y cuando hubiera mediado sustraccion, las penasles *furti* y *condictio furtiva*.

(1) D., XXXIV, 2, 19, § 3.

(2) D., XLI, 1, 27, § 2.—Acerca del criterio preferible sobre esta materia, V. *Prolegómenos*, pág. 74.

(3) GAYO, II, 76 y 77.—D., VI, 1, 23, § 4.

(4) D., VI, 1, 23, § 5.

(5) D., X, 4, 12, § 3.

Tales son los principios en materia de accesion industrial. Las Instituciones enumeran los casos en que se verifica más frecuentemente. Al trascribir sus párrafos, nos resta sólo hacer ligeras observaciones comprobando en cada uno de ellos la doctrina general que dejamos consignada ó notando lo que tiene de excepcional.

§ 26. Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et, qui dominus fuit purpurae, adversus eum, qui subripuit, habet furti actionem et conditionem, sive ipse est (1), qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen à furibus et à quibusdam (2) aliis possessoribus possunt.

Los colores ó adornos ajenos que se incorporan á un objeto nuestro ceden á éste como principal, aunque valgan más, *licet pretiosior*; pues sabemos que no es el valor lo que decide en primer término el carácter de principal y accesorio.

El párrafo supone que se empleó la púrpura por el que no era su dueño y que había sido hurtada: por eso dice que proceden las acciones *furti* y *condictio furtiva*. Omite resolver qué sucedería si no hubiese mediado hurto, ó si el empleo de la púrpura se debiese á su mismo propietario; estos casos se decidirán segun los principios que hemos consignado en la doctrina general.

§ 29. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit ejus dominus esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis injunctum, eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem, qua vocatur de tigno injuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt): quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam persecutus (3) tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

§ 30 Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus alienata intelligitur, utique si non ignorabat, in alieno solo se

(1) C. *sit*.

(2) C. *quibusque cui favet Theophilus πᾶσιτων*.

(3) C. *Vulgo consecutus*

aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit (1). Certe illud constat, si, in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonae fidei possessor fuit, qui aedificasset (2): nam scienti alienum esse solum, potest culpa objici, quod temere aedificavit (3) in eo solo, quod intelligeret alienum esse.

Siempre que se trata de una construccion en la cual el terreno y los materiales pertenezcan á diferentes dueños, el del suelo viene á ser dueño de lo construido, porque las cosas muebles que se unen á inmuebles son accesorias de éstas: *omne quod inaedificatur, solo cedit* (4).

Algo más explícitas las Instituciones en este caso que en el anterior, describen, aunque no completamente, la situación jurídica de los interesados, segun que la construccion se haya llevado á cabo por el dueño del suelo ó por el de los materiales. Veamos lo que resuelven en cada caso.

En la primera hipótesis, como el dueño de los materiales ninguna participación ha tenido en el hecho, no pierde la propiedad sobre los mismos ni por el uso que de ellos ha hecho un tercero sin contar con su voluntad, ni por prescripción ulterior (5); pero, aunque conserva el dominio de sus materiales, no podrá exigir que se le entreguen destruyendo lo construido. Quédanle, segun el texto, dos recursos: ó entablar desde luego la accion *de tigno juncto* para que se le abone el doble precio de los materiales; ó esperar á que la construccion se arruine por cualquiera causa, y entónces pedir la separacion de aquéllos por la accion *ad exhibendum* y revindicarlos en seguida.

A ser cierta esta doctrina del § 29, resultaría que el constructor sería siempre obligado á pagar el doble precio de los materiales, bien hubiese procedido de buena fe, bien de mala, faltándose á los principios generales de derecho y á los especiales que rigen en la materia. Ulpiano y Paulo nos enseñan que no puede intentarse la accion *ad exhibendum* sino contra aquél que empleó los materiales sabiendo que eran ajenos (6). Por otra parte, al comentar Ulpiano la ley de las

(1) C. *materiam tamen vindicare non potest.*

(2) C. *aedificavit.*

(3) C. *aedificaverit.*

(4) GAYO. II, 73.—D., VI, 1, 39, pr.; XLI, 1, 7, § 10 y 12.

(5) D., VI, 1, 23, § 7; XLI, 1, 7, § 11; id. 3, 23, § 2.

(6) D., VI, 1, 23, § 6; XLVII, 3, 1, § 2.

XII Tablas que introdujo la accion *de tigno juncto*, dice : *Lex XII Tabularum neque solvere permittit tignum FURTIVUM aedibus vel vineis junctum, neque vindicare : quod providenter Lex effecit : ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turvetur, sed in eum qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem* (1). Finalmente, rectificando Paulo el dictamen de Neracio sobre el derecho que tenga la mujer para pedir los materiales de su propiedad empleados en un edificio del marido, dice : *Sed in hoc solum agi potest, ut vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum, ex Lege duodecim Tabularum : neque enim FURTIVUM est, quod sciente domino inclusum est* (2). De estos pasajes se infiere que distinguian los siguientes casos :

1.º Si el constructor obró de buena fe, sería tenido á pagar solamente el precio de los materiales por la accion *in factum*.

2.º Si obró de mala fe, el precio de los mismos con los daños y perjuicios, por la accion *ad exhibendum*.

3.º Si los materiales fueron sustraídos, su precio duplicado, por la accion *de tigno juncto*.

4.º Si el dueño de los materiales no ha ejercitado ninguna de estas acciones, podrá reivindicarlos cuando se arruine lo construido, segun el § 29; pero en el Digesto figura un fragmento de Ulpiano en el cual se admite la reivindicacion de los materiales aún despues de haber ejercitado la accion *de tigno juncto*, sin duda por considerarla *penal* y nó *reipersecutoria* (3).

Segunda hipótesis : es el dueño de los materiales quien los ha empleado en suelo ajeno. Segun el § 30, pierde su propiedad definitivamente, y se entiende que los ha donado, si sabía que el terreno era de otro; de manera que no podrá reivindicarlos despues que se arruine lo construido, ni pedir indemnizacion. Mas si hubiera edificado con buena fe y poseyese la construccion, opondrá la excepcion *doli mali* al propietario del suelo cuando le reclame el edificio para recobrar el precio de los materiales y la mano de obra. Esta solucion no abraza todos los casos y es demasiado absoluta. Para completarla y rectificarla distinguiremos ante todo si el constructor posee ó nó; y en cada una de estas situaciones, si construyó de buena ó de mala fe.

1.º El constructor posee y ha obrado de buena fe. Puede

(1) D., XLVII, 3, 1, pr. (2) D., XXIV, 1, 63. (3) D., XLVII, 3, 2.

oponer al dueño del suelo, cuando le reclame lo construido, la excepción *doli mali*. El resultado de esta excepción será, según el texto, indemnizarse del precio de los materiales y de la mano de obra, *pretium materiae et mercedes fabricorum*; pero en el Digesto se sanciona la doctrina de Celso, según la cual el demandante sólo está obligado á pagar el mayor valor que el terreno haya adquirido por la construcción, *usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est*, cualesquiera que sean los gastos hechos por el que edificó, pues en esto únicamente se enriquece á costa de otro. Hay más: no siempre son iguales las consecuencias que produce la falta de este abono por parte del demandante: si él hubiera hecho lo mismo, porque disponía de medios para ello y la obra estaba indicada, no la recobrará mientras no indemnice: si es pobre, y tiene afección especial al terreno, porque en él, v. gr., se hallan enterrados sus antecesores, deberá entregársele lo construido, pudiendo retirar el edificante todo lo que no deteriore el terreno: si, por último, le reclama para venderle en seguida, podrá quedársele el edificante por su valor actual, rebajando lo que importe la indemnización que tenía derecho á pedir (1).

2.º El constructor posee y ha obrado de mala fe. Es constante que no podrá oponer la excepción *doli mali* al dueño del suelo que reivindica: sin embargo, cuando no se trata de la reivindicación, sino de la petición de herencia, admite Paulo que el constructor tiene derecho á reembolsarse del mayor valor que ha dado á la finca, *non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere et id ipsum officio iudicis continebitur* (2); é igual derecho reconoce al arrendatario que en la finca arrendada hiciere obras necesarias ó útiles, no median-do convenio (3). Por otra parte, aunque no pueda exigir que se le paguen todos los materiales; una constitución de Gordiano le autoriza no sólo para reclamar el abono de las obras *necesarias* á la conservación de la finca, sino para retirar las *útiles* que puedan separarse sin deteriorarla (4); y Ulpiano cree que el comprador de buena fe puede llevarse cuanto edificó, *aedificium quod posuit*, sin perjudicar al dueño del área, por más que al construir supiera que el solar no era suyo (5).

3.º El constructor no posee, pero ha obrado de buena fe. No poseyendo, claro es que no hay términos hábiles para utilizar la excepción *doli mali*, porque no ha de ser demanda-

(1) D., VI, 1, 38. (2) D., V, 3, 38. (3) D., XIX, 2, 55, § 1. (4) C. III, 32, 5.  
(5) D., VI, 1, 37.

do; y como por otra parte ninguna relacion juridica le liga con el dueño del suelo, carece de toda accion para pedirle el valor de los materiales (1). Por lo demás, si ha sido privado injustamente de la posesion, utilizará los *interdictos* para recobrarla y colocarse de este modo en situacion más ventajosa. Respecto á los materiales mismos, si las leyes (2) sólo inhabilitan al constructor de mala fe para revindicarlos cuando se arruine la construccion, infiérese à *contrario sensu* que el de buena fe puede hacerlo.

4.º El constructor no posee y ha obrado de mala fe. Si nos atenemos al texto, no tiene derecho para revindicar los materiales despues que se arruine el edificio, porque se entiende que los ha enajenado voluntariamente, *quia voluntate ejus alienata intelligitur*. Esta frase parece que establece una presuncion *juris et de jure* de que el edificante ha donado sus materiales; tenemos, sin embargo, en el Código la constitucion de Caracalla, en la cual se sanciona terminantemente la doctrina opuesta: destruido el edificio, dice este Emperador, *ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide, sive mala aedificium exstructum sit: si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint* (3). Luego, por regla general, aún el constructor de mala fe puede recobrar sus materiales cuando el edificio se arruine; y habrá de probarse que tuvo ánimo de donar para impedirle el uso de este derecho.

§ 31. Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit: et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit. Antequam autem (4) radices egerit, ejus permanet, cujus et fuerat. Adeo autem, ex (5) quo radices egerit (6) planta, proprietates ejus commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicimus (7): rationem etenim non permittere, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

Si por derecho natural cede al suelo cuanto sobre él se

(1) D., VI, 1, 48; XII, 6, 33; XLIV, 4, 14.

(2) § 30.—D., XLI, 1, 7, § 12.

(3) C. III, 32, 2.

(4) *Ante enim quam.*

(5) *C. eo tempore quo.*

(6) *C. agit.*

(7) *C. dicamus.*

construye, porque *superficies solo cedit*, con mayor motivo se verifica esto respecto de las plantas que en un terreno se ponen, *si modo radicibus terram complexa sunt*, dice Gayo (1).

La base de que se partió en el derecho romano en materia de plantacion es que las plantas se nutren exclusivamente por sus raíces: por consecuencia, un árbol, bien se halle en pie, bien sea separado de la tierra, pertenece al dueño del suelo donde tiene ó ha tenido últimamente sus raíces, porque con la sustancia de ese terreno se ha formado. El árbol arrancado, dice Paulo, y colocado en otro sitio, mientras no arraiga, es del primer dueño; tan pronto como arraiga, cede al campo: y si nuevamente vuelve á ser arrancado, ya no pertenece al primer dueño; *nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam* (2).

Segun esto, la cuestion de propiedad sobre las plantas y sobre las construcciones difiere en dos puntos:

1.º Los materiales empleados en una construccion ceden al suelo tan presto como se unen á él; las plantas no son accesorias del terreno desde que se colocan en él, sino desde que arraigan.

2.º Para hacerse propietario de los materiales, basta serlo del área sobre la cual se ha construido; para serlo de una planta, no es suficiente que se halle colocada en terreno nuestro, sino que debe echar en él sus raíces.

De aquí las siguientes conclusiones del texto:

1.ª Si un árbol plantado en el fundo inmediato echa todas sus raíces en el nuestro, pertenece á nosotros y no al vecino.

2.ª Si el árbol plantado junto al confin de un campo extiende sus raíces al campo vecino, á cada uno de los dueños de ambas heredades corresponde la parte que se extienda sobre cada una de ellas (3). Cortado ó arrancado, se hace comun en la misma proporcion; porque ya no es demostrable la parte determinada del árbol que correspondia á cada heredad (4).

(1) GAYO, II, 73 y 74.

(2) D., XLI, 1, 26, § 2.

(3) D., XLI, 1, 7, § 13. id. id., 8.

(4) D., X, 3, 19, pr.—Pomponio dice: *Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cuius fundo origo ejus fuerit* (D., XLVII, 7, 6, § 2. Algunos entienden que el jurisconsulto se referia al caso de que únicamente penetrase en el fundo vecino la extremidad de las raíces. Otros creen que el derecho romano distinguia dos casos respecto al árbol plantado cerca del confin: 1.º Cuando se desarrollaba tanto que su tronco pasaba á ocupar parte de la heredad inmediata; y entonces era comun. 2.º Cuando sólo pasaban sus raíces á la propiedad vecina;

Nada nos dice el texto acerca de los derechos concedidos al que pierde el dominio sobre su planta. Debemos aplicar las mismas reglas establecidas para la edificación, según que la plantación se haya verificado por el dueño del terreno ó por el de la planta, de buena ó de mala fe, con dos modificaciones: 1.<sup>a</sup> Que al dueño de la planta se le otorgaba una reivindicación *útil*; pero no la acción *de tingo juncto* (1). 2.<sup>a</sup> Que no podrá reclamar el árbol cuando deje de estar adherido al terreno, como podría hacerlo respecto de los materiales; porque se ha transformado con las sustancias del último terreno (2).

§ 32. Qua ratione autem plantae, quae terra (3) coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificaverit si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quae diximus: ita, ejusdem exceptionis auxilio, tutus esse potest is, qui in (4) alienum fundum sua impensa bona fide conseruit.

La única diferencia que media entre la siembra, de que habla este párrafo, y la plantación, objeto del anterior, consiste en que las semillas ceden al suelo desde que se depositan en él; y son por consecuencia inseparables del mismo aún antes de comenzar á germinar (5).

§ 33. Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque (6) cedunt, ac si (7) solo cedere solent ea, quae inaedificantur, aut inseruntur: ideoque, si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse judicaris. Sed si à Titio petas, tuos libros tuasve membranas esse, nec impensam (8) scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est.

§ 34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabu-

y entonces pertenecía exclusivamente al dueño en cuyo suelo estaba plantado. Cualesquiera que sean los fundamentos racionales de esta distinción, nosotros sólo vemos en el pasaje de Pomponio una opinión individual contraria á lo que explícitamente consignan las Instituciones y textos citados, que únicamente toman en cuenta las raíces para adjudicar la propiedad del árbol.

(1) D., VI, 1, 5, § 3.

(2) D., XLI, 1, 26, § 2.

(3) C. *terrae*.

(4) C. *in deest*.

(5) GAYO, II, 75, —D., VI, 1, 53; XLI, 1, 9, pr.

(6) C. *que*.

(7) C. *ac solo*.

(8) C. *impensas*.

Iam picturae cedere; aliis videtur pictura (1), qualiscumque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si à domino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoverti; at si is, qui pinxit, possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide (2) possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim (3) palam est, quod, sive is, qui pinxit, subripuit tabulas (4), sive alius, competit domino tabularum furti actio.

Supuestos los principios en que se fundó el modo de adquirir por accesion, tanto lo que se escribiese como lo que se pintase en papel, pergamino ó tabla ajenos, deberia ceder á éstos, porque sin ellos no podia subsistir la escritura ni la pintura. Tal era la doctrina que profesaban los jurisconsultos más notables. Paulo la consigna en estos términos: Lo que en un papel mio se escribe ó en una tabla mia se pinta, inmediatamente se hace mio; aunque respecto de la pintura juzguen algunos lo contrario, *propter pretium picturae, sed necesse est*, continúa con insistencia, *ei rei cedi, quod sine illa esse non potest* (5). El argumento de Paulo no tenía réplica, dados los principios. Pero como éstos no eran sólidos, la opinion, inspirada en la equidad, rechazaba las consecuencias lógicas de los mismos; y adquirió tanta preponderancia, que Gayo se confiesa vencido por ella, limitándose á una ligera protesta. En efecto, despues de consignar que la escritura cede al papel, dice á continuacion: Pero en la pintura ha prevalecido lo contrario, *cujus diversitatis vix idonea ratio redditur* (6).

Justiniano consagra en el texto la opinion dominante. Segun ella, la escritura aunque sea con letras de oro, cede al papel ó pergamino en que se estampa; y viceversa, la tabla sobre que se pinta, cede á la pintura: sería ridiculo, nos dice, que la pintura de Apeles fuera accesion de una tabla despreciable. No es de extrañar que parecieran á Ulpiano poco satisfactorios los fundamentos de la distincion, si no se aducian otras razones más convincentes que la del texto. Verdad es que en la pintura se trata de una obra de arte concluida, y la escritura solia ser en aquellos tiempos una simple copia, pues

(1) C. *picturam*.

(2) VULGO *bonae fidei*.

(3) VULGO *autem*

(4) C. *tabulam*.

(5) D., VI, 1. 23, § 3.

(6) GAYO, II, 77 y 78.

no se conocia la imprenta ; pero tambien podia ser un trabajo original ó un modelo de caligrafia : en todo caso , pobre necesitaba ser un escrito para no superar al valor del papel. Lo que todo esto prueba es que se partia de principios equivocados.

Así decidida la cuestion de propiedad, veamos los derechos de ambos interesados.

Al caso de la escritura se aplican las reglas generales. El dueño del papel ó pergamino , los reclama como propietario del que ha escrito sobre ellos : si éste ha procedido de buena fe , o pone la excepcion *doli mali* para indemnizarse de su trabajo ; si de mala fe , le pierde.

Para el caso de la pintura se establece una doctrina que no guarda consecuencia ni con los principios generales de derecho , ni con los especiales de la accesion , ni siquiera con la distincion singular que acaba de tributarse á los pintores. Hé aquí lo que dice el texto :

*Si posee el dueño de la tabla y la reivindica el que la pintó, podrá oponérsele la excepcion doli mali, mientras no pague el precio de aquella.* Una vez decidido que el pintor se hace dueño , esta doctrina es completamente lógica y ajustada á los principios generales.

*Mas, si posee el pintor, el dueño de la tabla tiene una accion útil contra él.* Si esta accion útil fuera meramente personal, dirigida, como la *in factum* ó la *ad exhibendum* , á reclamar el valor de la tabla , en nada tampoco se desviaria de los principios generales, puesto que sin voluntad suya se veía privado de la tabla ; pero no es así , porque continúa : *en cuyo caso, si no paga el valor de la pintura, podrá ser rechazado por la excepcion doli mali, si el pintor posee de buena fe.* Luego cuando entable la accion útil y pague la pintura, no puede ser excluido y habrá que entregarle el cuadro. De aquí se deduce :

1.º Que la accion útil mencionada por el texto es la *revindicatoria*. Lo cual se comprueba por el pasaje de Gayo , de donde fué tomado el párrafo , y en el cual dice el jurisconsulto hablando de esta accion : *qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exolvat* (1).

2.º Que como se otorga la revindicacion ya al pintor, ya al dueño de la tabla, y necesariamente la ejercitará el que no posea contra el que esté en posesion , el poseedor será

(1) D., XLI, 1, 9. § 2.

quien pierda la propiedad, siempre que el demandante le abone el precio de la tabla ó de la pintura: en suma, tener la posesion es motivo decisivo para perder el dominio.

3.º Que cuando posea un tercero, habrá dos que puedan reivindicar el cuadro, sin que la ley decida quién de ellos ha de ser preferido.

4.º Que resulta ser á la vez igualmente propietarios del cuadro el dueño de la tabla y el pintor.

5.º Que con esto viene á tierra toda la preeminencia excepcional otorgada á la pintura.

Semejantes irregularidades y contradicciones sólo pueden explicarse, á nuestro juicio, teniendo en cuenta que se copió sin direccion el pasaje citado de Gayo que se escribía cuando la opinion luchaba todavía con los principios y querían conciliarse doctrinas opuestas.

(C) ESPECIFICACION.

§ 25. Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argento, vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculeianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam (1) reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat (2); si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque (3), veluti ex suo vino et alieno melle mulsum (4), aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.

Los juristas llaman *especificacion á la confeccion de un objeto nuevo con materia ajena, verificada por cuenta propia*.

(1) VULGO *príorem materiam*.

(3) *C. quis*.

(2) *C. fuerit*.

(4) *C. miscuerit*.

*sin anuencia de su dueño.* Es necesario, según esto, para que haya especificación :

1.º *Que se confeccione un objeto nuevo, speciem aliquam,* es decir, que el hecho no consista en añadir ciertas condiciones al objeto, conservando su forma primitiva, porque entonces sería caso de *accession*; sino que transforme la materia, creando una cosa que tenga distinto uso y nombre.

2.º *Que se haga con materia ajena, ex aliena materia;* porque las transformaciones que hace el dueño en cosas propias, son resultado de la facultad de disponer, nó un modo de adquirir lo que ántes fuera de otro.

3.º *Que se verifique por cuenta propia, suo nomine;* pues si la transformación se hiciera con el ánimo de que el objeto nuevo correspondiese al propietario de la materia, habría sólo continuación de dominio por parte de éste.

4.º Finalmente, *sin anuencia del dueño;* porque si éste autoriza el hecho, la propiedad del objeto se determinará por las cláusulas del convenio que haya mediado: pero nó por las reglas de la especificación (1).

Determinadas así las circunstancias del hecho, nos da á conocer Gayo en el mismo fragmento la diversa manera con que en su tiempo fué apreciado este hecho. Los Proculyanos, Nerva y Próculo, le referían á la *ocupación*; puesto que daba por resultado un objeto completamente nuevo, que ántes no existía, y por consecuencia debía ser del primer ocupante, es decir, del que le formó (2). Los Sabinianos, Sabino y Casio, le consideraban un caso especial de *accession*, en el cual el trabajo debía ceder á la materia; porque ésta subsistía no habiendo experimentado más que una modificación en su modo de ser, y por otra parte sin ella no hubiera podido formarse el objeto. Había, por último, quienes adoptando un término medio, que el jurisconsulto prefiere, *media sententiá recte existimantium*, daban la preferencia á la materia, cuando podía restituirse á su primitivo estado; y cuando no fuera posible, á la forma. Concluye haciéndose cargo de las hipótesis que se proponían como ejemplos correspondientes á uno ú otro caso, y niega que en el segundo de ellos se encuentre quien desgrana las espigas del trigo ajeno; *cum enim grana quae spicis continentur, perfectam habeam suam speciem, qui*

(1) D., XLI, 1, 25.

(2) Como cosa *nullius*, no respondería su primer ocupante de las obligaciones á cuyo cumplimiento estuviera afectá la materia en su anterior forma, ni sería furtiva por más que la materia hubiera sido robada.

*excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est, detegit* (1).

Justiniano adopta, como Gayo y Pomponio (2), la opinion media; pero, al tomar para este párrafo la doctrina y los ejemplos del jurisconsulto, deja sin copiar su último período en que rechaza el ejemplo de las espigas. ¿Consistirá en que su opinion fuese contraria á la de Gayo? ¿Será que las Instituciones se redactáran con demasiada precipitacion? (3).

Termina el párrafo diciendo que si se hubiera empleado para formar el objeto nuevo una parte de materia propia y otra de ajena, corresponderia sin duda al que le formó; porque no sólo puso el trabajo, sino parte de la materia. Decision tan absoluta parece que confiere al especificante el dominio del objeto siempre que para confeccionarle haya empleado alguna materia de su propiedad: mas, como esto se dice á continuacion de los casos en que la materia no puede reducirse á su primitiva forma; como los ejemplos que pone corresponden á esta clase; y como en el Digesto se consigna la doctrina general de que cuando se forma una nueva especie con materias pertenecientes á varios dueños, deben separarse si lo permite su naturaleza (4); es opinion muy admitida que sólo cuando son inseparables las materias tiene lugar la disposicion de Justiniano.

Hasta aquí, la cuestion de propiedad: veamos la de indemnizacion en las dos hipótesis.

Cuando el objeto se adjudica al especificante por no poder reducirse á su primitiva forma, el dueño de la materia puede exigir al especificante de buena fe el valor de ésta por medio de la accion *in factum*, puesto que un hecho suyo le priva de una cosa que le pertenecia; al de mala fe, el valor de la materia con los daños y perjuicios, por la *ad exhibendum* (5); y en caso de sustraccion, la responsabilidad consiguiente al hurto (6).

Cuando el objeto se adjudica al dueño de la materia, el especificante no tiene accion para reclamar el precio de su

(1) D., XLI, 1, 7, § 7.

(2) D., VI, 1, 5, § 1.

(3) Más singular es todavía que, adoptada por el Emperador la opinion media, se inserten como leyes en las Pandectas las opiniones contrarias (D., VI, 1, 61; X, 4, 12, § 3.)

(4) D., VI, 1, 5, § 1; XLI, 1, 12, § 1.

(5) GAYO, II, 79. — D., X, 4, 9, § 3; id. 12, § 3.

(6) D., XIII, 1, 13 y 14, § 3; XLVII, 2, 52, § 14.

trabajo; porque ninguna relacion jurídica existe entre ambos, ni el dueño de la materia ha practicado hecho alguno que le obligue. Si el especificante procedió de buena fe y posee, utilizará la excepcion *doli mali* cuando el dueño de la materia le reclame el objeto sin pagarle el valor de la obra. Si procedió de mala fe, pierde su trabajo.

(D) CONFUSION Y CONMIXTION.

§ 27. Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti, si qui vina sua confunderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et, si diversae materiae sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est: nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu, et non voluntate dominorum, confusae fuerint, vel diversae materiae, vel quae ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

§ 28. Quod si frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est, singula grana, quae cujusque propria fuerint ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint; sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut is (1) aestimet, quale cujusque frumentum fuerit.

Se ocupan estos párrafos del caso en que se hayan mezclado materias correspondientes á varios propietarios. Este hecho suele denominarse *confusion* si las materias mezcladas son líquidas ó liquidadas, y *conmixtion* si son sólidas. A tal nomenclatura puede haber dado lugar la forma en que las Instituciones exponen la doctrina; porque en el § 27 hablan de las primeras; en el 28, de las segundas; y hasta parece que se somete á diferentes reglas la mezcla de unas y de otras. Pero los jurisconsultos clásicos no hicieron semejante distincion. Ulpiano, por ejemplo, tratando de la mezcla de granos (materia sólida) dice *si confusum sit*; y ocupándose de la mezcla del plomo con plata (materias liquidadas), *si mixtum sit* (2). Ni podía ser otra cosa; porque ambas mezclas se rigen por los mismos principios: en definitiva, la ley atien-

(1) C. *ut ipse*. (2) D., VI, 1, 5, pr. y § 1.

de para resolver las cuestiones á la circunstancia de si son ó no separables las materias ; y no cabe decir que todas las materias sólidas admiten separacion, como lo reconoce el mismo Justiniano cuando equipara malamente la mezcla de trigos á la de ganados.

Trátase, pues, de unas ú otras materias, distinguiremos los tres únicos modos con que puede haberse hecho la mezcla : 1.º por voluntad de todos los dueños ; 2.º por voluntad de solo uno de ellos ; 3.º sin la voluntad de ninguno de los propietarios.

1.º *Por voluntad de todos los dueños.* Bien sean materias del mismo ó de distinto género, resulte ó no una nueva especie, el todo pertenece á quien ellos hayan convenido ; y en defecto de acuerdo previo, será comun (1).

2.º *Por voluntad de uno solo de los dueños.* El que no consintió, no debe perder la propiedad sobre su materia por un hecho ajeno. Si las materias son separables, podrá exigir su separacion y que se le entregue lo que le pertenece (2), aunque se haya formado un objeto nuevo (3). Si las materias no pueden separarse y son de la misma naturaleza, el todo se hace comun á prorata de la materia que de él corresponda á cada uno (4) ; pero si resultase una nueva especie, será de quien hizo la mezcla (5). En todo caso, el que mezcló las materias responde de los daños y perjuicios (6).

3.º *Sin voluntad de ninguno de los dueños.* Esto puede tener lugar por acaso ó por hecho de una tercera persona. Si la mezcla es debida al acaso, se hace comun de todos á prorata, ya las materias sean del mismo ó distinto género, y resulte ó no una nueva especie (7). Si la mezcla se ha hecho por un tercero, los dueños conservan su derecho : podrán reclamar su respectiva materia cuando sea separable, ó serán copropietarios del todo á prorata cuando no admita separacion ; mas en el caso de que se hubiera formado una nueva especie,

(1) D., VI, 1, 5, pr.; XLI, 1, 7, § 8.

(2) D., VI, 1, 5, § 1; id. id., 23, § 5.

(3) D., XLI, 1, 12, § 1.

(4) D., VI, 1, 3, § 2.—Javoleno presenta un caso en que no tiene aplicacion esta doctrina. Cuando un deudor, dice, paga con dinero ajeno sin ó contra la voluntad de aquél á quien pertenecen las monedas, éste permanece dueño de ellas ; pero si el que cobra las mezcla con las suyas de manera que no puedan distinguirse unas de otras, se hacen del que las recibió en pago, y el dueño reclamará de quien las entregó (D., XLVI, 3, 78.)

(5) D., VI, 1, 5, § 1.

(6) D., VI, 1, 4.

(7) D., XLI, 1, 7, § 3.

le corresponderá al que la formó, según las reglas de la especificación (1).

De todo resulta que la confusión ó conmixtion sólo es verdadero modo especial de adquirir cuando se mezclan sin previo convenio materias de diversos propietarios con las circunstancias siguientes: 1.<sup>a</sup> Que no puedan separarse: 2.<sup>a</sup> Que ninguna de ellas tenga el carácter de principal con respecto á las otras; pues de lo contrario sería caso de *accesion*: 3.<sup>a</sup> Que si su mezcla se debe á la voluntad de uno solo de los dueños ó á un tercero, no resulte una nueva especie; porque entónces sería caso de *especificación*.

(E) TRADICION.

La palabra *tradicion* en su sentido lato se emplea para designar el hecho por el cual se entrega una cosa por cualquier título; v. gr., de prenda (2), de usufructo (3), de comodato (4) de depósito (5), de arriendo (6), etc.

En el sentido estricto, como uno de los medios de adquirir el dominio, es el traspaso de de la posesion de una cosa verificado por el dueño á otro sugeto con intencion por parte de ambos de que el último se haga propietario de aquélla.

Las Instituciones desenvuelven esta doctrina exponiendo: 1.<sup>o</sup> el fundamentó y efectos de la tradicion; 2.<sup>o</sup> quién puede hacerla; 3.<sup>o</sup> cómo puede hacerse; 4.<sup>o</sup> á favor de quién puede tener lugar. Aunque no es el más lógico, seguiremos este órden para acomodarnos al texto en todo lo posible.

(a) *Fundamentos y efectos de la tradicion.*

§ 40. Per traditionem quoque, jure naturali, res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradit potest, et à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non et Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.

Principia el párrafo consignando que el modo de adquirir por la tradicion se funda en el *derecho natural*; porque nada hay tan conforme á la equidad natural como tener por valédera la *voluntad* del dueño que quiere trasferir una cosa suya á otro. Fijemos los conceptos que encierra esta proposicion.

(1) D., VI, 1, 5, § 1.

(2) D., XIII, 7, 1, pr.; L., 16, 238.

(3) D., VII, 9, 7 y 12.

(4) D., XIII, 6, 20.

(5) D., XVI, 3, 6.

(6) D., XIX, 2, 31.

Si la propiedad es un derecho natural, y una de las facultades que confiere es la de disponer, evidentemente se funda en el *derecho natural* la trasmision que el propietario haga en favor de un tercero y que éste acepta. Necesitase, pues, desde luego, como primer requisito, el concurso de ambas voluntades (1). Cuando tratemos de las obligaciones, expondrémos los casos en que son nulas por faltarles esta circunstancia: pero circunscribiéndonos á la tradicion, podemos decir que hay unidad de voluntades siempre que los interesados estén de acuerdo respectivamente en traspasar y adquirir la propiedad de una cosa determinada. Segun esto, no será obstáculo para su validez que el cedente se proponga transmitir por un título y el cesionario acepte por otro distinto, con tal que ambos títulos sean traslativos de dominio; pero sí cuando uno de ellos no lo sea, y cuando medie error acerca de la persona que recibe, de la cosa que se entrega ó de la pertenencia de ésta (2); pues semejantes clases de error versan acerca de un elemento esencial de la tradicion.

Mas en el *derecho positivo* no basta la simple voluntad del dueño y del adquirente; porque el dominio es un derecho *real*, una relacion directa entre el sugeto y el objeto que los demas hombres tienen obligacion de respetar, y exige por lo tanto un hecho que haga pública la trasmision (Págs. 259 y 287). Segun el derecho antiguo, este hecho consistía en la *mancipatio* ó en la *in jure cesio* cuando quería transmitirse el dominio de las cosas *mancipi*, las que constituían la propiedad especial romana, solemnidades que cayeron en desuso á medida que el *jus Quiritium* perdía su importancia; pero llenaban cumplidamente el objeto de dar publicidad á la creacion de los derechos y hacer constar la voluntad de los interesados (Págs. 284 á 286). Fueron, pues, reemplazadas por la *simple tradicion*, acto privado, insuficiente para que pueda ser conocido de todos el derecho adquirido, y poco expresivo para darnos á conocer la intencion de las partes (3).

Toda cosa corporal, continúa el texto, puede ser entregada; y una vez que el dueño la entrega, queda enajenada, aunque se trate de predios estipendiarios ó tributarios. He

(1) D., XLIV, 7, 55.

(2) D., XLI, 1, 35; id. 2, 34.

(3) Por esta razon los pueblos modernos han creado registros públicos en los cuales debe inscribirse el derecho adquirido si ha de producir efecto con respecto á terceras personas; pero esta reforma interesantísima sólo puede tener aplicacion cuando se trata de derechos referentes á cosas cuya individualidad es posible determinar.

aquí el efecto que produce la tradicion, la adquisicion del dominio siempre que reuna todas las condiciones que despues verémos. Se refiere el párrafo á las cosas corporales, porque las incorporeales no son susceptibles de verdadera tradicion, si bien se admite respecto á ellas una como tradicion. Declara que es aplicable á los predios estipendiarios y tributarios, porque en tiempo de Justiniano había desaparecido la diferencia entre los predios itálicos y provinciales (Pág. 286). Por lo demás, el adquirente se hará dueño de la cosa entregada en los mismos términos y con iguales derechos y gravámenes que su antecesor, porque es un modo *derivativo* (Pág. 288). Si la entrega se ha hecho bajo condicion suspensiva, no se trasmite la propiedad hasta que aquélla se cumpla (1); pero, una vez cumplida la condicion, se adquiere la propiedad sin necesidad de nueva entrega (2).

Esta doctrina general reconoce la excepcion que expresa el

§. 41. Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero (3) et traditae, non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam ex lege duodecim Tabularum, tamen recte dicitur, et jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit (4), dicendum est, statim rem emptoris fieri.

Cuando el título en virtud del cual se nos entrega un objeto es la compra venta, no adquirimos su dominio aunque se nos entregue miéntas no paguemos el precio convenido ó el vendedor se dé por satisfecho por la garantía que le ofrecemos en hipotecas, fiadores, etc., ó por la confianza personal que le inspira nuestro crédito (5). Supónese que el vendedor se ha determinado á entregar la cosa únicamente bajo la seguridad de recibir el precio.

(b) *Quién puede hacer la tradicion.*

§ 42. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius.

§ 43. Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum ad-

(1) D., XII, 1, 8; XLI, 2, 38, § 1; id. 4, 2; § 2, 3 y 4.

(2) D., XXXIX, 5, 2, § 5; id. 6, 29.

(3) C. *vero res*.

(4) C. *est*.

(5) D., XIV, 4, 5, § 48; XVIII, 1, 19 y 53; XL, 12, 38; § 12.

ministratio à domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

Puede verificar la tradicion, nos dice el texto, el mismo dueño ú otra persona en su nombre. Aunque la doctrina es tan clara como cierta, debemos hacer ligeras observaciones.

No basta ser dueño para traspasar la propiedad del objeto que se entrega: es necesario además tener la facultad de enajenar; pues hay muchos dueños que por carecer de ella, no pueden transmitir su dominio, segun ya indicamos (Pág. 282) y nos dirán las Instituciones en el título 8.º de este libro.

La tradicion hecha por tercera persona en tanto es válida en cuanto se halle expresamente autorizada por el dueño para verificarla. Esta doctrina se desenvuelve en el título 26 del libro III al exponer el contrato de *mandato*.

La tradicion realizada por quien no es dueño ni ha recibido de éste facultad para ello, si bien no traspasa desde luego el dominio, tampoco carece totalmente de resultados jurídicos; porque trasfiere la posesion con todos los efectos consiguientes, segun la buena ó mala fe que haya mediado por parte de quien la recibe (Pág. 267).

Por último, había un caso en que la tradicion hecha por quien no era dueño ni comisionado del dueño daba la propiedad. Sucedia esto en todo lo que se recibía del Emperador ó de la Emperatriz: el verdadero dueño carecia de todo recurso contra el adquirente; y sólo podia ejercitar, durante los cuatro primeros años, una accion personal contra el erario para obtener su indemnizacion (1).

(c) *Cómo puede hacerse la tradicion.*

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

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

Con sólo recordar las doctrinas que expusimos al tratar de la posesion, comprenderémos bien el fundamento de las que ahora consigna el texto.

Allí dijimos (Págs. 270 y 271) que para adquirir la pose-

(1) C. VII, 37, 2 y 3.

sion de una cosa necesitábamos tener intencion y verificar un acto capaz de poner el objeto bajo nuestro poder : que este acto debía revestir formas muy ostensibles cuando se trataba de constituir una posesion nueva , como sucede en la ocupacion de las cosas *nullius* ; puesto que por él se privaba á los demas hombres del derecho que tenian , como nosotros , á poseerlas : pero que si se trataba sólo de trasferirnos la posesion que otro ya tenia establecida , cual sucede en la tradicion , debía bastar cualquier acto suficiente á demostrar la voluntad de los interesados.

Hé aquí, pues, el sentido en que el § 44 nos dice que algunas veces la mera voluntad , sin necesidad de tradicion, basta para trasferir el dominio de las cosas. Lo que falta en los casos del texto es la entrega material del objeto ; pero no es la mera voluntad del dueño lo que trasfiere la posesion , sino un acto más espiritual que la tradicion fisica.

Los actos considerados bastantes para que la tradicion se entienda realizada, comprendidos y omitidos por el texto, son :

1.º La toma de posesion con anuencia del dueño (1) : y se entiende que hemos tomado posesion , no sólo cuando aprehendemos los objetos , sino tambien cuando los marcamos (2) , á no ser que las marcas se impriman con el único fin de evitar fraudes , *ne summutetur* (3).

2.º La autorizacion del dueño para que poseamos en adelante, como propietarios, un objeto que se hallaba ya en nuestro poder por otro título ; v. gr., en comodato , arriendo , depósito , etc. A esta manera de transmitir suele llamársela *tradition brevi manu* (4).

3.º La entrega que el dueño hace de las llaves del lugar donde se custodian los objetos que trasfiere , con tal que nos encontremos presentes á dicho lugar , pero sin necesidad de que se abra para ver los objetos (5).

4.º La entrega hecha por el dueño de los títulos en que consta su derecho de propiedad sobre la cosa que nos transmite (6). Este caso y el anterior se llaman por los comentaristas *tradition simbólica*.

5.º La declaracion por parte del dueño de que nos entrega la posesion de la finca , hecha á presencia de ésta : *si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat , vacuamque possessionem tradere dicat*, pone como ejemplo Cel-

(1) D., VI, 1, 77.

(2) D., XVIII, 6, 14, § 1.

(3) D., XVIII, 6, 1, § 2.

(4) D., XLI, 1, 9, § 5.

(5) D., XIII, 1, 74; XLI, 1, 9, § 6.

(6) C. VIII, 54, 1.

so; y Paulo justifica este procedimiento diciendo: *et argumento esse eas res quae propter magnitudinem ponderis, moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi si in re praesenti consenserint* (1).

6.º La órden que el comprador da al vendedor para que remita el objeto comprado á casa del primero (2), ó para que le entregue á un tercero que se halla presente (3). El mismo efecto produce la órden del acreedor á su deudor para que le presente el objeto que le debe (4). Los actos comprendidos en estos dos últimos números reciben comunmente el nombre de *tradicion longa manu*.

(d) *A favor de quien puede tener lugar la tradicion.*

§ 46. Hoc amplius, interdum et incertam personam collocata (5) voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce praetores vel consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant, quid eorum quisque excepturus sit; et tamen, quia volunt, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

Consistiendo la tradicion en el traspaso de la posesion, no puede tener lugar si la persona que recibe el objeto es incapaz de adquirir la posesion (pág. 268).

De la propia manera que el dueño puede autorizar á una tercera persona para que entregue la cosa, puede el adquirente valerse de un extraño que la reciba en su nombre y con los efectos que ya conocemos (págs. 270 y 271).

Las Instituciones omiten estas doctrinas, así como el caso más general de que el adquirente sea persona determinada, por considerarlo innecesario. Limitanse á decirnos que la tradicion puede hacerse á *persona incierta*; y para demostrarlo citan el ejemplo de los magistrados que arrojan monedas al pueblo en ciertas solemnidades.

El párrafo es un nuevo testimonio de cuánto habían cambiado las ideas. Los antiguos jurisconsultos solamente hubieran podido explicar este caso como compuesto de dos actos distintos y unilaterales; abandono por parte del magistrado y ocupacion por parte del que se apoderaba de las monedas, pues no comprendian que un acto juridico pudiera realizarse con persona incierta; por más que semejante explicacion fuera opuesta á la intencion de los magistrados que no las abandonaban *pro derelicto*, sino con voluntad de que pasasen

(1) D., XLI, 2, 1, § 21.

(2) D., XLI, 2, 18, § 2.

(3) D., XLI, 2, 1, § 21.

(4) D., XLVI, 3, 79.

(5) C. *Collata*.

á ser propiedad de uno de los presentes: Gayo (1) y Justiniano reconocen que el caso constituye un solo acto bilateral, y que la voluntad del propietario trasfiere el dominio, no obstante que se refiera á persona indeterminada.

(F) ADQUISICION DE FRUTOS.—En el idioma jurídico se comprende bajo la palabra *frutos* no solamente los productos naturales de una cosa, sino tambien las utilidades que á su dueño proporciona cuando la usa un tercero (2). Los primeros son llamados frutos *naturales*: las segundas, frutos *civiles*. A los naturales se les denomina *meramente naturales* ó *mixtos*, segun su produccion sea espontánea ó debida al trabajo del hombre sobre la naturaleza. Por último, tanto los meramente naturales como los mixtos reciben el nombre de *pendientes*, miétras se encuentran adheridos á la cosa que los produjo; *separados*, tan luego como son natural ó artificialmente segregados de la misma; *percibidos*, si ha tomado posesion de ellos el que disfruta la cosa; y *consumidos*, cuando ya no existen en poder de quien los percibió por haberlos destruido ó enajenado.

Las personas á quienes pueden corresponder los frutos de una cosa, mencionadas por Justiniano en este título, son: 1.º el propietario; 2.º el poseedor; 3.º el usufructuario; 4.º el colono. Veamos la doctrina referente á cada uno de ellos.

(a) EL PROPIETARIO.—Miétras los frutos se hallan *pendientes*, forman parte de la cosa que los ha producido: *fructus pendentes pars fundi videntur* (3). *Separados*, continúa la propiedad que sobre ellos ya tenía, sin hacerse necesario que adquieran el carácter de *percibidos* ni de *consumidos* (4). Consiguiente á este principio, dice el

§ 19. Item ea quae ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.

El texto menciona solamente la cria de los animales, porque es donde podía caber duda sobre si correspondía al propietario de la hembra ó al del macho; y decide con Pomponio y Ulpiano (5) que pertenece al dueño de la primera.

Los hijos de las esclavas son tambien del dueño que tenga la madre (6) cuando los dá á luz, nó cuando los concibió (7); si bien no se reputan frutos, como nos dicen las Institucio-

(1) D., XLI, 1, 9, § 7.

(2) D., VI, 1, 62.

(3) D., VI, 1, 44.

(4) D., XLI, 1, 2, 6, y 48, pr.

(5) D., VI 1, 5, § 2.

(6) G. III, 32, 7.

(7) D., XLI, 1, 66.

nes en el § 37 tomado literalmente de Gayo: *Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit* (1).

Si la cosa productiva es comun de varios dueños, á cada uno le corresponde en los frutos una parte proporcional á la que tenga en el dominio, por más que solo uno de ellos haya contribuido á la produccion, v. gr., sembrando; *quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur* (2).

Pero, aunque el dueño de una cosa hace suyos los frutos, deberá indemnizar á los que hayan cooperado para que se produjeran, con arreglo á los principios expuestos en la plantacion y siembra.

(b) EL POSEEDOR. Entre las clases de posesion enumeramos las de buena y mala fe, expresando los medios que para conservarlas otorgaba la ley á cada una de ellas. Ahora nos ocuparemos de los derechos que sobre los frutos de la cosa tiene el poseedor.

§ 35. Si quis à non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qua (3) justa causa aequè bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus, quos percipit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possiderit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sunt (4), cogitur restituere.

Este párrafo trata: 1.º del poseedor de buena fe, mientras el dueño no se presenta; 2.º del mismo poseedor, cuando el dueño aparece; 3.º del poseedor de mala fe.

1.º *Poseedor de buena fe mientras el dueño no se presenta.* Para exponer este caso, preferimos al texto el fragmento de Paulo, que sin duda tuvieron á la vista, pero desfiguraron los redactores de las Instituciones. Dice así el jurisconsulto: *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi à solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. Nec interest ea res, quam bonae fidei emi, longo tempore capi possit, necne* (5).

(1) D., XXII, 1, 28, § 1.

(2) D., XCVII, 1, 25, pr.

(3) C. Qualibet.

(4) C. sint.

(5) D., XLI, 1, 48, pr.

En tan breve pasaje se declaran con precision todos los extremos que necesitamos saber :

*Condiciones del poseedor.* Ha de poseer en virtud de un título legal y traslativo de dominio : *bonae fidei emptor*. Cuando tratemos de la prescripcion expondremos cuáles son esos títulos.

*Carácter jurídico del poseedor.* Respecto á los frutos, se le equipara al dueño ; *quod ad fructus attinet loco domini pene est*. Juliano emplea un lenguaje todavia más absoluto : *bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet quod dominis praediorum tributum est* (1). Y esto es indispensable; porque mientras no aparezca alguien que pruebe ser verdadero dueño , ni para la sociedad ni para el mismo poseedor hay otro propietario que él.

*A qué frutos tiene derecho.* Si no puede ménos de considerársele dueño , su derecho se extenderá á todos los frutos indistintamente : *non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes*. Ménos explicitas las Instituciones, nos dicen, es verdad , que hace suyos los frutos en general; pero como añaden que los adquiere *pro cultura et cura*, dan márgen á dudar si hará suyos tambien los frutos *meramente naturales* que se producen sin cultivo ni cuidado. Cual si Paulo hubiera previsto semejante razonamiento , añade en la ley citada : *Et ovium foetus in fructu sunt, et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiam si praegnantem venierint vel subreptae sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenibus uberibus venierint dubitari non potest. Idemque in lana juris est*. Véase , pues, cómo el cultivo y cuidado no ejercen la menor influencia en que el poseedor haga suyos los frutos. Por último , si tal fuera su título á los frutos, podría retener aquéllos que se debiesen á su trabajo , por más que el dueño se presentara ; y luégo verémos que no es así (2).

*Qué derechos adquiere sobre los frutos.* Los hace suyos; *suos interim facit* ; de manera que es completo dominio el

(1) D., XXII, 1, 25, § 1.

(2) Solamente figura en el Digesto un fragmento que parece apoyar la doctrina del párrafo. Dice Pomponio que la mujer ó el marido únicamente hacen suyos los frutos de la cosa donada por el otro cónyuge cuando su produccion se debe á un hecho del perceptor , y añade : *sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris* (D., XXII, 1, 45.) Pero nótese : 1.º Que en el caso se trataba de una adquisicion en virtud de título reprobado por el derecho , cual verémos que lo es la donacion entre cónyuges. 2.º Que sólo incidentalmente habla del poseedor de buena fe. 3.º Que aun en esta forma , no niega á *todo* poseedor de buena fe los frutos producidos espontáneamente , sino *cujuslibet*, es decir , á los que, como el cónyuge, poseen en virtud de un título ilegal. (C. V, 73, 2.)

derecho que adquiere. El adverbio *interim* no significa que ese dominio sea revocable, ó que sólo tenga sobre los frutos una posesion de buena fe que le habilite para prescribirlos; porque el mismo juriconsulto dice en otra parte, refiriéndose á la lana de las ovejas hurtadas, que el comprador de buena fe *nec usucapi debet, sed statim emptoris fit* (1). Gayo á su vez declara terminantemente: *In pecudum fructu, etiam fetus est, sicut lac, et pilus, et lana. Itaque agni, et hoedi, et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii* (2). No se opone á esto la obligacion que tiene de restituir al propietario, si apareciere, los frutos que conserve en su poder, como veremos despues.

*Desde cuándo hace suyos los frutos.* Desde el momento en que se hallan separados de la cosa que los produjo: *etiam priusquam percipiat, statim ubi à solo separati sunt*. La misma doctrina consigna Juliano: *Ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo à solo separati fuerint* (3). Esto era perfectamente lógico: teniendo posesion jurídica sobre la misma cosa productiva, la tenía igualmente sobre los frutos á medida que los producía; y por consecuencia no necesitaba tomar sobre ellos una nueva posesion, percibiéndolos (4).

*Sobre qué cosas le corresponden estos derechos.* Sobre todas las que posee de buena fe y con título justo, incluidas aquellas que no son susceptibles de adquirirse por prescripcion: *nec interest ea res, quam bona fide emi, longo tempore coepi possit, necne*. Acorde Ulpiano, decia: *Ex furtivis equis, nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur* (5). Nótese bien las dos diferencias que median entre la adquisicion de los frutos y la prescripcion de la cosa: 1.<sup>a</sup> Para ser dueño de los frutos, basta poseer de buena fe: para llegar á ser dueño de la cosa misma, por la prescripcion, se necesitan otros requisitos que veremos en su lugar. 2.<sup>a</sup> Siendo la buena fe el título que da derecho á los frutos, tan luego como aquélla falta, cesa el derecho; de suerte que es necesario tener buena fe cada vez que se han de adquirir frutos, porque hay tantas adquisiciones

(1) D., XLI, 3, 4, § 19.

(2) D., XXII, 1, 28, pr.

(3) D., XXII, 1, 25, § 1.

(4) Otro tanto y por idéntica razon veremos que sucedia respecto del enfiteuta, del que poseía en precario y del acreedor pignoraticio á quien se le hubieran concedido los frutos de la cosa.

(5) D., XLVII, 2, 48, § 6.

como períodos de frutos: viceversa, el tiempo de la prescripción corre aunque sobrevenga mala fe, con tal que se hubiere comenzado á poseer debidamente; porque se trata de una sola adquisicion: *hoc enim ad jus, id est, capionem; illud ad factum pertinere, ut si quis bona aut mala fide possideat*, dice Paulo (1); y Ulpiano á su vez: *Quaestio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta, et magis est ut singula momenta spectemus* (2). Tal era la opinion general; no obstante, Juliano sostenia que el poseedor de buena fe continúa siéndolo *quandiu evictus fundus non fuerit* (3).

2.º *Poseedor de buena fe cuando el dueño aparece*. Debe entregar al propietario que reivindica: 1.º la cosa; 2.º los frutos existentes, nó los consumidos: *de consumptis agere non potest* (4).

Mas, segun hemos indicado anteriormente, la obligacion de entregar los frutos existentes no se opone á que el poseedor venga siendo dueño pleno de ellos. Por eso, si los hubiere consumido, á nada quedaba obligado: por eso, la accion que el propietario de la cosa tiene para reclamar los frutos existentes es meramente personal, y no puede intentarla contra los terceros que hubiesen adquirido los frutos; por eso, en fin, si al poseedor no le es posible entregarlos de presente, se le admite fiador que responda de su abono en el plazo señalado (5).

3.º *Poseedor de mala fe*. Se entienden poseedores de mala fe:

1.º El que comenzó á poseer sabiendo que la cosa era ajena.

2.º El que comenzó á poseer de buena fe, pero más tarde sabe que la cosa no le pertenece.

3.º Todo poseedor tan luego como se le reclama la cosa judicialmente. Sobre este caso emplean las leyes dos locuciones distintas; unas veces dicen desde que *contesta á la demanda* (6); otras, desde que se *incoa la demanda* (7). Ulpiano consigna cuál era la verdadera jurisprudencia: *post litem contestatam*, dice, *omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo, post controversiam motam. Quamquam enim*

(1) D., XLI, 1, 45, § 1.

(2) D., XLI, 1, 23, § 1.

(3) D., XXII, 1, 25, § 2.

(4) D., XLI, 1, 40: id. 3, 4, § 9.—C. III, 32, 22.

(5) *Inst.* IV, 17, § 2.

(6) D., X, 1, 4, § 2; XXI, 1, 25, § 8; XXII, 1, 2.—C. III, 32, 17 y 22.

(7) *Inst.* IV, 17, § 2.—C. VII, 51, 2.

*litis contestatae mentio fiat in senatuconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur; coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur: qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur; hic est enim dolus praeteritus (1). Constantino justifica esta jurisprudencia con palabras ménos duras: Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae jure consistit; aliam, quae corpore; utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio, et taciturnitate firmatur: interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet (2).*

Así entendido, todo poseedor debe restituir con la cosa, no solamente los frutos percibidos (3), sino cuántos pudo percibir desde el momento en que se constituyó de mala fe (4); mas, para calcular cuántos pudo percibir, se tendrán en cuenta las circunstancias del dueño, nó las del poseedor. Por esto dice Papiniano: *Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset (5)*; y aplicando esta doctrina Gayo á la devolucion de un esclavo, sostiene que con él deben entregarse cuantas herencias y legados hubieran por su medio llegado al poseedor despues de comenzado el juicio: *nec enim sufficit, corpus ipsum restitui; sed opus est, ut et causa rei restitatur: id est; ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset (6).*

Para la restitucion de la cosa y de los frutos existentes ejercitará el dueño la accion *reivindicatoria*: para indemnizarse de los frutos consumidos, la *condictio*, esto es, una accion personal (7).

El poseedor á su vez puede reclamar del dueño el abono

(1) D., V, 3, 25, § 7.

(2) C. VII, 32, 10.

(3) D., XXII, 1, 25, pr.—C. III, 32, 17 y 22.

(4) *Inst.* IV, 17, § 2.—D., V, 3, 25, § 4; VI, 1, 33; XLII, 8, 10, § 20.—C. III, 31, 1; id., 32, 5; VII, 51, 2; VIII, 4, 4; X, 3, 1.

(5) D., VI, 1, 62, § 1.

(6) D., VI, 1, 20.

(7) D., X, 1, 4, § 2.—C. IV, 9, 3; IX, 32, 4.

de los gastos *necesarios*, y sacar los *útiles* sin perjudicar el estado anterior de la finca (1).

(c) EL USUFRUCTUARIO.

§ 36. Is, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur (2), quam si eos ipse perceperit. Et ideo, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad haeredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. (Eadem fere et de colono dicuntur.)

§ 37. In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac et pilus (3) et lana: itaque agni et haedi et vituli et equi (4) statim naturali jure domini sunt fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit.

§ 38. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarii summittere debet (ut et Juliano visum est), et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere debet, et quasi bonus paterfamilias (5).

El usufructuario ni es dueño de la cosa, ni tiene consideracion de tal como el poseeder de buena fe; por lo tanto no hace suyos los frutos hasta que los percibe, es decir, hasta que toma posesion de ellos, segun el principio general de que es indispensable la tradicion para que se nos trasmíta el dominio de una cosa ajena. Por esta razon dice el texto: *Non aliter fructuum dominus efficitur, quam si eos ipse perceperit* (6).

En comprobacion de esta doctrina, resuelve Paulo, adoptando el dictámen de Labeon (7), que si al morir el usufructuario dejase parte de la mies segada, pertenecería á su heredero; y la restante, al dueño del campo; porque se entienden percibidos *spica aut foeno caeso, aut uva adempta, aut excussa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit*. Y contraponiéndole al poseedor de buena fe, añade con Juliano: *Fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit; bonae fidei autem possessoris, mox, quam à solo separati sint* (8).

De la misma doctrina se infiere que si un extraño sustrae los frutos pendientes, aunque estén sazonados, el propietario

(1) C. III, 32, 5.

(2) C. *efficitur*.

(3) C. *pili*.

(4) C. *et succul*.

(5) C. *uti debet*.

(6) D., XXII, 1, 25, § 1.

(7) D., VI, 1, 73.

(8) D., VII, 4, 13.

como dueño de esos frutos , podrá ejercitar la *condictio furtiva* ; al paso que el usufructuario tendrá solamente la *actio furti* , porque le interesaba que no fueran sustraídos (1).

Tales son las aplicaciones de la regla general que consigna el § 36 ; pero esta regla tiene un caso de excepcion que, por no presentarle como tal el § 37, induce á confusion. Las crias de los animales pertenecen desde luego , *statim* , al usufructuario como al poseedor de buena fe (2).

La obligacion de reponer las cabezas ó las plantas , materia del § 38, es una de las varias que tiene el usufructuario : no pertenece á este lugar ; y de todas ellas nos ocuparemos al tratar del usufructo en el título IV inmediato.

(d) EL COLONO.

Después de consignar el § 36 que el usufructuario no hace suyos los frutos mientras no los percibe , y por consecuencia no los trasmite á sus herederos aunque se hallen en disposicion de recolectarse , añade : *Eadem fere et de colono dicuntur*. Cuando hayamos estudiado las materias de usufructo y arriendo , podremos apreciar la diferente condicion jurídica del usufructuario y del colono. Por lo que respecta á la adquisicion de los frutos , hay entre ellos una semejanza y una diferencia. Consiste la primera en que , no reconociéndosele al colono ninguna clase de posesion jurídica , tampoco podía ser dueño de los frutos hasta que los percibiese (3). Diferéncianse á la vez en que el derecho del usufructuario para percibir los frutos no se trasmite á sus herederos ; y sí el del colono.

5.º CASOS EN QUE SE PIERDE EL DOMINIO.

Consistiendo el dominio en que una persona tenga sometida á su voluntad por un título justo cierta cosa bajo el amparo de la ley , es consiguiente que la pérdida de este derecho provenga ó de la voluntad del propietario , ó de la falta de título , ó del cambio que sufra la cosa , ó de una disposicion legal.

(A) *De la voluntad del propietario.*

1.º Si renuncia su derecho , bien dejando el objeto abandonado , *pro derelicto* , á merced del primer ocupante (4) , bien manumitiendo á su esclavo (5).

(1) D., VII, 1, 12, § 5.

(2) D., XXII, 1, 28, pr.

(3) D., XXXIX, 5, 6; XLVII, 2, 61, § 8.

(4) *Inst.* II, 1, § 47.—D., XLI, 7.

(5) *Inst.* II, 20, § 16.—D., XXX, 35.

2.º Si le trasfiere á otra persona, con tal que tenga facultad de enajenar, de cuya materia se ocupa el próximo título VIII.

(B) *De la falta de título.*

Tiene lugar respecto al dominio revocable desde el momento en que se cumpla la condicion ó el plazo bajo los cuales fué aquél trasmitido.

(C) *Del cambio que sufra la cosa.*

1.º Cuando el objeto perece totalmente (1) ó se arruina la construccion levantada en la ribera del mar (pág. 245).

2.º Cuando la cosa pierde legalmente su aptitud para constituir propiedad individual; v. gr., huye el prisionero que teníamos en esclavitud (2), un rio público ó el mar ocupa nuestras posesiones (págs. 244 y 301); se da sepultura á un cadáver (págs. 247 y 249);

3.º Cuando los animales *fieros* recobran su libertad natural, y los *domesticados* pierden el *animus revertendi* (página 273).

(D) *De una disposicion legal.*

1.º La ley priva del dominio al que sufre la capitisdiminucion *máxima* ó *media*, cuyos bienes eran confiscados (3); y no los recobra, aunque se le indulte de la pena, mientras no consiga un rescripto imperial que se los conceda (4). La *mínima* producía igual efecto en beneficio del nuevo jefe doméstico, segun el derecho antiguo; pero nó en tiempo de Justiniano (pág. 117).

2.º Ante la imposibilidad de que una misma cosa pertenezca en dominio exclusivo á varias personas, la ley declara quién ha de ser propietario en los casos de accesion, especificacion, confusion, conmixtion y adquisicion de frutos que acabamos de exponer, y en el de prescripcion que constituye la materia del título 6.º inmediato

3.º Por una disposicion excepcional, el dueño se veía privado de reclamar su propiedad cuando de ella había dispuesto el Emperador ó la Emperatriz, debiendo limitarse á pedir indemnizacion (pág. 320).

(1) *Inst.* II, 20, § 16.

(2) *Inst.* II, 1, § 17.—D., XLI, 1, 7, pr.

(3) D., XLVIII, 20, 1, pr.—C. IX, 49, 2 y 6.

(4) C. IX, 51.

## TÍTULO II.

### De las cosas incorporales.

§ inicial. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.

§ 1. Corporales hae sunt, quae sua natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles.

§ 2. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt. Qualia sunt ea, quae in jure consistunt: sicut haereditas, usufructus (1) usus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in haereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex antiqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus haereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporale est. Eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.

Con el fin de presentar reunidas las varias clases de cosas que el derecho distingue, hubimos de anticipar la division de *corporales é incorporales*. Referimos á la primera categoría todos los *séres materiales* que afectan á nuestros sentidos; y á la segunda, los *derechos* (pág. 251): doctrina que comprueba el texto.

Clasificando luégo los derechos, los subdividimos en *personales y reales*, segun el objeto inmediato del derecho sea el hecho de otra persona ó un sér fisico: manifestamos la diferencia que media entre ambos respecto á su naturaleza y ejercicio; y dejamos para el título presente, consagrado á las cosas incorporales, la descripcion de unos y otros (págs. 258 á 260). Vamos, pues, á trazarla brevemente, ya que el texto se circunscribe á meras indicaciones y ejemplos.

#### (A) *Derechos personales.*

La facultad que atribuyen los derechos personales siempre es de la misma naturaleza; porque todos ellos consisten en poder exigir de otra persona una accion ú omision en provecho nuestro, sea que nos dé ó facilite determinado objeto, sea que ejecute ó se abstenga de ejecutar cierto hecho. Paulo describe la naturaleza de los derechos personales ú obligacio-

(1) C. ad usus.

nes con estas breves palabras : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum* (1). Pero, si esencialmente es una siempre la relacion jurídica que producen las obligaciones, varia mucho ya por el hecho que las da nacimiento, ya por las múltiples combinaciones á que se prestau. La materia de obligaciones ocupa los diez y siete últimos títulos del libro tercero y los cinco primeros del cuarto.

(B) *Derechos reales.*

Los derechos reales tienen de comun que todos ellos consisten en una relacion directa del hombre con las cosas ; pero varia hasta el infinito la naturaleza de las facultades que confieren : son tantas, cuantos los innumerables grados de poder que cabe ejerza el hombre sobre los séres de la naturaleza; desde la propiedad más absoluta hasta la más insignificante de sus fracciones. Prescindiremos del dominio, que ha sido ya objeto del título anterior, y daremos á conocer los demas derechos calificados de reales ; pero ántes consignaremos dos observaciones, que deben tenerse en cuenta al estudiar la legislacion romana acerca de este punto.

1.ª Parece natural que pudiendo el dueño traspasar á otro el conjunto de facultades que tiene sobre la cosa objeto de su propiedad, tenga igual libertad para trasferir cualquiera de ellas en particular, quedándose con las restantes ; porque á quien se le permite lo más, debe permitírsele lo ménos. Sin embargo, los antiguos romanos creyeron que era muy diversa la trascendencia de ambas operaciones. Cuando el dueño se desprende de todas las facultades reunidas, la propiedad permanece completa en manos del adquirente : si la enajenacion es ó no ventajosa, sólo afecta al bienestar del que fué propietario. Mas cuando desmembra el dominio, segregando una de sus facultades, desnaturaliza la propiedad de la cosa ; mengua su estimacion á los ojos de los demas hombres en mucho más de lo que pueda haber valido la facultad segregada ; y en ello sufre un detrimento la fortuna pública. Por esto aparecen todavía en las Pandectas vestigios de una legislacion que procuraba mantener la integridad del dominio (2); y aunque despues se otorgó en principio libertad absoluta para desmembrarle, fué bajo la condicion de que redundase en venta-

(1) D., XLIV; 7, 3, pr. (2) D., II, 14, 61.

ja de un tercero (1), y con otras precauciones que veremos en los respectivos tratados, y demuestran la prevencion con que fueron mirados los gravámenes perpétuos.

2.<sup>a</sup> Esta materia, como todas, se desenvolvió históricamente, á medida que lo exigieron las circunstancias económicas del pueblo, y en la forma que consentía el carácter espiritualista que su derecho adquiere progresivamente. Cuando estudiemos por separado cada uno de los derechos reales, veremos en su origen y desarrollo comprobada esta verdad: ahora basta que conozcamos su respectiva naturaleza para formar idea de las cosas incorporales á que se refiere el título.

(a) *Servidumbres*. El propietario, y algunas veces la ley, gravan una cosa con la prestacion de ciertos servicios en provecho de persona que no es su dueño, ó de finca que pertenece á otro. El propietario de la cosa gravada continúa teniendo sobre ella el dominio, pero menoscabado por los servicios que debe prestar; de manera que no es una propiedad libre, sino una propiedad que sirve, sujeta á *servidumbre*. Estos servicios pueden ser tan varios como las ventajas que una cosa es capaz de prestar; por cuya razon, si queremos saber el alcance de una servidumbre, necesitamos que se nos diga el género de servicio convenido. Las leyes han dado un nombre especial á los más frecuentes en la práctica; y los títulos inmediatos nos presentan su catálogo.

(b) *Enfitéusis*. En circunstancias normales, el dueño de una finca medianamente productiva, ó bien la utiliza por sí mismo, ó la cede en arrendamiento; pero cuando las ventajas que proporciona son mezquinas, ya por las condiciones del terreno, ya por encontrarse la propiedad muy gravada, prefiere el dueño traspasarla definitivamente á otro, que se encargue de aprovecharla y le pague un cánon anual moderado. Aquí ya no se trata, como en la servidumbre, de que la cosa preste á un extraño servicios concretos: se ceden á éste todas las facultades del dominio, inclusa la de disponer con ciertas restricciones; ni la concesion se circunscribe á persona determinada, puesto que el concesionario puede traspasar la finca por cualquier título, segun expondremos en el título 24 del libro tercero. Hé aquí la *enfitéusis*.

(c) *Superficie*. Apareció la *superficie* por idénticos motivos que la enfitéusis. Cuando el propietario de un terreno calculó que no le era ventajoso construir sobre él ó retener lo ya

(1) D., VIII, 4, 15; XXX, 114, § 14, etc.

construido, nació la idea de reservar para sí el dominio del suelo y traspasar á otro el derecho sobre lo que edificase de nuevo, ó de lo que se le entregaba ya edificado. El cedente continuaba siendo propietario del solar, y por consecuencia, según los principios legales, se le consideraba dueño también de la construcción como accesoria del suelo; pero el cesionario por su parte ejercía ordinariamente sobre el mismo edificio todas las facultades que confiere el dominio mientras duraba la concesión. Tal es la *superficie*, que examinaremos á continuación de la enfiteusis.

(d) *Prenda é hipoteca*. Como la moralidad y solvencia del obligado pueden cambiar con el tiempo, se recurrió á la garantía real que no desaparece, sujetando al cumplimiento de la obligación una cosa que ó bien se entregaba al acreedor (*prenda*) ó bien continuaba poseyendo el mismo dueño (*hipoteca*). Tanto en uno como en otro caso el que era propietario de la cosa obligada conservaba su dominio, por más que en la prenda renunciase la facultad de vindicar, supuesto que el acreedor retenía legítimamente aquélla en su poder. Mas en ambos casos transfería condicionalmente al acreedor la facultad de vender la cosa donde quiera que se hallára y cobrar-se de su precio, si la obligación no se cumplía, como veremos en el título XIV del libro III.

### TÍTULO III.

#### De las servidumbres.

- I. DOCTRINA GENERAL DE SERVIDUMBRES.—**1.º** Definición y naturaleza de la servidumbre.—**2.º** Principios comunes á toda servidumbre.—**3.º** Clases de servidumbres.
- II. SERVIDUMBRES PREDIALES (objeto del título).—**1.º** Circunstancias necesarias para su establecimiento.—**2.º** Principales servidumbres rústicas.—**3.º** Principales servidumbres urbanas.—**4.º** Cómo se establecen las servidumbres prediales.—**5.º** Cómo se extinguen.

#### I.

##### DOCTRINA GENERAL DE SERVIDUMBRES.

###### **1.º** DEFINICION Y NATURALEZA DE LA SERVIDUMBRE.

Definimos la servidumbre: *El derecho real que se constituye gravando una cosa con la prestación de servicios determi-*

nados en provecho exclusivo de persona que no es su dueño ó de finca que corresponde á otro propietario (1). Examinando los términos de la definicion comprenderemos la naturaleza de la servidumbre.

*El derecho real.* La voz servidumbre se emplea para designar ora la facultad de aprovechar los servicios de una cosa ajena (derecho de servidumbre), ora el gravámen de prestarlos que sobre ella existe (la servidumbre misma). En la primera acepcion, la servidumbre es un derecho real, una relacion directa del hombre sobre la cosa gravada, que puede hacer valer contra cualquiera que posea el objeto, por medio de la accion *confesoria* (2). Tal es el concepto *activo* de la servidumbre.

*Que se constituye.* Los modos de establecerse la servidumbre varian segun la clase á que pertenezca; pero siempre es indispensable probar su constitucion y latitud, como veremos en seguida.

*Gravando una cosa.* Este es el concepto *pasivo* de la servidumbre; una carga, una desmembracion en la propiedad de la cosa sujeta á servidumbre, que pasa desmembrada á todos los poseedores (3): y decimos en general *cosa*, porque hay servidumbres que pueden constituirse indistintamente sobre objetos muebles é inmuebles.

*Con la prestacion de servicios determinados.* En esto difiere la servidumbre de la prenda é hipoteca, que son constituidas para garantía, nó para que se *sirva* de ellas el acreedor. Añadimos que los servicios han de ser *determinados*, porque la enfiteusis y superficie se establecen igualmente en provecho del concesionario, pero es cediéndole *todas* las

(1) Ni las Instituciones ni el Digesto contienen una definicion general de la servidumbre. Pomponio escribe: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* D., VIII, 1, 15, § 1. En vista de este pasaje se ha definido comunmente la servidumbre un *derecho constituido en cosa ajena cuyo dueño tiene que sufrir ó no hacer algo en beneficio de otra persona ó de otra cosa*; pero esta definicion no conviene á solo el definido, porque todo derecho real consiste en que el dueño sufra ó no haga. El juriconsulto aplica á las servidumbres esta doctrina general, porque los demas derechos reales tienen objeto determinado y no hay peligro de que en ellos se quebrante el principio, al paso que en las servidumbres podría infringirse por los innumerables servicios que pueden proponerse.

Si de las leyes venimos á los escritores, hallamos en la mayoría de ellos un silencio que prueba la dificultad de formular una definicion satisfactoria de la servidumbre en general. Por nuestra parte, y con desconfianza, proponemos la que juzgamos más conducente á demostrar la naturaleza de la institucion.

(2) D., VIII, 3, 23, § 2; id. 4, 12; id. 5, 2; XVIII, 1, 67; XLI, 1, 20, § 1.—C. III, 34, 3.

(3) D., XXXIX, 1, 5, § 9; XLI, 1, 20, § 1.—C. III, 33, 2.

ventajas de la propiedad. Por lo demás, estos servicios pueden consistir ó en que el dueño de la cosa *no haga* en ella lo que podría hacer, v. gr., que no levante más alto, ó en *sufrir* que otro haga lo que no podría sin la servidumbre, v. gr., que atravesase por la finca: si por el contrario, el dueño prometiese *hacer* cualquiera cosa por su parte, valdría el compromiso, pero no habría desmembración de la propiedad, y nacería sólo una relación personal; pues ya sabemos que los derechos reales no reconocen á ningun individuo especialmente obligado (1) (págs. 259 y 280).

*En provecho exclusivo.* También se diferencia en esto la servidumbre de la hipoteca, prenda, enfiteusis y superficie, que pueden ser transferidas por el adquirente, cuando el derecho de servidumbre es inseparable de la persona ó finca en cuyo favor se constituyó.

*De persona que no es su dueño ó de finca que corresponde á otro propietario.* Con esto se expresan tres ideas cuyo desenvolvimiento veremos despues: 1.<sup>a</sup> Solamente se deben al título de servidumbre las ventajas que se obtienen de cosa ajena: 2.<sup>a</sup> A favor de cosas muebles no cabe constituir servidumbre. 3.<sup>a</sup> Las servidumbres son ó *prediales ó personales*.

#### 2.º PRINCIPIOS COMUNES Á TODA SERVIDUMBRE.

1.º La constitución de la servidumbre no se presume: debe acreditarla el que pretende tener derecho á ella; porque es una desmembración de la propiedad, y ésta es completa mientras no se pruebe lo contrario (2).

2.º Es nula toda servidumbre que se pretenda establecer, si no proporciona ventaja ó comodidad á tercero: *Quotiens nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas* (3). Sobre ser racional este principio, era lógico en un pueblo que miraba con desfavor los gravámenes de la propiedad.

3.º No cabe constituir servidumbre sobre una cosa propia ó en finca comun (4), ó entre dos fincas de las cuales una sea propia y otra comun (5); *nulli enim res sua servit* (6), *nullum praedium ipsum sibi servire potest* (7). El dueño,

(1) D., VIII, 1, 15. § 1; XVIII, 1, 81. § 1.

(2) D., VIII, 5, 10, pr.—C. III, 34, 4, 6, 8 y 9.

(3) D., VIII, 1, 15, pr.; id. 2, 3; id. 5, 8, § 1; XLIII, 20, 3, pr.

(4) D., VIII, 4, 6, § 1.

(5) D., VIII, 1, 14, pr.

(6) D., VIII, 2, 26.

(7) D., VIII, 3, 33, § 1.

pues, defenderá el ejercicio de sus derechos utilizando las acciones propias del dominio, mas nó las especiales que nacen de la servidumbre (1).

4.º El dueño del objeto gravado, no puede hacer cosa alguna que impida ó incomode el uso de la servidumbre (2), ni por tanto constituir nuevas servidumbres que perjudiquen á las ya constituidas (3), pero sí cuando puedan usarse todas á la vez (4). Debe además permitir en su fundo las obras necesarias para el establecimiento, conservacion y ejercicio de la servidumbre (5).

5.º El que tiene derecho de servidumbre debe á la vez ejercerle de la manera ménos onerosa para el objeto gravado (6): no puede establecer servidumbre sobre la que él tiene constituida á su favor (7), porque *servitus servitutis esse non potest* (8); pero si ceder á otro el ejercicio de la servidumbre en los términos que luégo veremos.

6.º Las servidumbres son física y jurídicamente indivisibles, salvo la de usufructo; porque, consistiendo en un hecho que ha de proporcionar determinada ventaja, no existen cuando el hecho no es completo; v. gr., si el dueño de un campo nos concediese pasar solamente hasta la mitad de él, no tendríamos la mitad de la servidumbre de paso, puesto que no podíamos llegar á nuestra finca. Esto no se opone á que se limite el uso de la servidumbre á sólo parte del predio dominante (9), ó á ciertas horas (10), ó á determinadas estaciones (11).

El carácter de indivisibles que tienen las servidumbres le muestra Ulpiano con estas palabras: *Per partes servitus imponi non potest, sed neque acquiri* (12). Este principio ejerce influencia en el número de personas que deben consentir para establecer la servidumbre, en la manera de constituirla, en los efectos de su constitucion, en su ejercicio y en su pérdida.

(1) D., VII, 6, 5.

(2) D., VIII, 2, 17, pr.; id. id., 20, § 6; id. 3, 13, § 1; id. id., 14, id. 5, 9.

(3) D., VII, 1, 15, § 7; VIII, 3, 14; XXXIX, 3, 8.

(4) D., VIII, 3, 2, § 1 y 2; id. 4, 15.

(5) D., VIII, 1, 10; id. 2, 20, § 1; id. 3, 3, § 3; id. 4, 11; XLIII, 19, 3, § 16; id. id. 4.

(6) D., VIII, 1, 9; id. 3, 24 y 29; XLIII, 19, 4, § 1; id. id. 5, § 1.

(7) D., VIII, 3, 33, § 17.

(8) D., XXXII, 2, 1.

(9) D., VIII, 1, 6.

(10) D., VIII, 1, 5, § 1.

(11) D., XLIII, 20, 5.

(12) D., VIII, 4, 6, § 1.

*Personas que deben consentir.* Una cosa, cuyo dominio pertenece á varios, no puede ser gravada con servidumbre sin que todos ellos consientan (1); ni puede establecerse á favor de una finca que pertenezca á varios sin igual requisito (2). Los condueños pueden dar su consentimiento á la vez ó separadamente (3): en el segundo caso, los que han consentido quedan obligados desde luego (4); pero, como el consentimiento del último confirma los demás, si ántes de consentir el último dueño, muere ó cede su parte uno de los que habían consentido, es ineficaz el consentimiento del último (5).

*Manera de constituiria.* Son nulos el contrato (6) y el legado (7) en que se imponga ó redima una servidumbre por partes, ó en que no se otorgue lo indispensable para el uso de la servidumbre: v. gr., si se concede el derecho de abreviar, pero negando el paso al sitio del agua (8).

*Efectos.* Estipulada una servidumbre, cada uno de los herederos del estipulante puede pedir el todo, y cada uno de los del promitente debe prestar el todo (9). Si se lega una servidumbre, cada uno de los herederos puede ser reconvenido por el todo (10); pero el heredero no deberá la servidumbre mientras no se le indemnice de la parte que puede retener por razon de la cuarta falcidia, cuando procede su deducción (11).

*Ejercicio.* Cuando son comunes los fundos á quienes se debe una servidumbre, cada uno de los dueños tiene derecho *in solidum* á ella (12). La sentencia favorable dictada á instancia de uno de ellos, favorece á los demás (13); pero si por su culpa perdiese el pleito, no perjudica á los condueños (14).

En todo caso, dividido el predio dominante, cada una de sus partes conserva el derecho de servidumbre (15).

*Pérdida.* Tampoco puede perderse por partes: ó se con-

(1) D., VIII, 1, 2; id. 3, 34; XXXIX, 3, 10, pr.

(2) D., VIII, 3, 19 y 28; id. 4, 5.

(3) D., VIII, 3, 11; id. 4, 6, § 2.

(4) D., VIII, 3, 11.

(5) D., VIII, 4, 18.

(6) D., XLV, 1, 72.

(7) D., VII, 8, 19; VIII, 1, 11.

(8) D., VIII, 3, 3, § 3.

(9) D., VIII, 1, 17; X, 2, 25, § 9; XLV, 1, 2, § 2.

(10) D., XXXIII, 3, 7; XXXV, 2, 80, § 1.

(11) D., XXXV, 2, 7.

(12) D., VIII, 5, 6, § 4; XLIII, 27, 1, § 5.

(13) D., VIII, 5, 4, § 3.

(14) D., VIII, 5, 19.

(15) D., VIII, 3, 23, § 3; id. id. 25.

serva toda la servidumbre, ó se pierde toda : *et magis est aut tota amittatur ; aut tota retineatur*, dice Ulpiano (1). Se conserva, pues, la servidumbre aunque ocurra alguno de los casos siguientes : 1.º Que el dueño de la finca dominante adquiere parte en la finca sirviente ó viceversa (2) : 2.º Que renuncie su derecho uno de los condueños del predio dominante, ó acepte la renuncia uno de los del sirviente (3) : 3.º Que la renuncie en parte el único á cuyo favor se halle constituida (4) : 4.º Que sólo se use en parte; v. gr., si el que tiene derecho para regar todo su campo, se limita á regar cierta porcion del mismo (5).

### 3.º CLASES DE SERVIDUMBRES.

La clasificacion de servidumbres que los romanos hacían nos la presenta Marciano en este breve pasaje : *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus: aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum* (6).

Segun esto, son todas las servidumbres ó *personales* ó *prediales*, y éstas se subdividen en *rusticas* y *urbanas*.

#### (A) *Servidumbres personales y prediales.*

*Personal, personarum, hominis* (7), *personalis* (8), es la que se constituye en provecho exclusivo de una persona determinada. No porque reciba el nombre de *personal*, deja de ser un derecho real, puesto que se constituye privándose el propietario de una de las facultades que tenía sobre la cosa gravada ; quiere darse á entender con aquel calificativo que el derecho de servidumbre es inherente al individuo, *cohaerit personae* (9), y no puede transmitirse á otro.

*Predial* es la constituida sobre una finca en provecho exclusivo de otra correspondiente á distinto propietario, *abstraccion hecha de su poseedor* ; de manera que la ejerce todo el que viene á ser dueño de ella.

Tal es la diferencia principal que media entre las servi-

(1) D., VIII, 3, 18.

(2) D., VIII, 1, 8, § 1; id. 2, 30, § 1.

(3) D., VIII, 3, 34.

(4) D., XLVI, 4, 13, § 1.

(5) D., VIII, 6, 2; id. id., 8, § 1; id. id., 9.

(6) D., VIII, 1, 1.—Las denominaciones de *afirmativas* y *negativas*, *continuas* y *discontinuas*, *aparentes* y *no aparentes*, fueron desconocidas por los romanos. Cuando expongamos los medios de adquirir y perderse las servidumbres, daremos á conocer las ventajas que estas distinciones proporcionan sobre el sistema romano.

(7) D., VIII, 3, 20, § 3.

(8) D., XXXIV, 3, 8, § 3.

(9) D., XXXIV, 3, 8, § 3.

dumbres personales y prediales; debemos, sin embargo, hacer tres observaciones para evitar conceptos equivocados.

1.<sup>a</sup> Los romanos aplicaron por excelencia el nombre de *servidumbres* á las prediales. El Digesto, el Código y las Instituciones tratan de ellas bajo el epigrafe *De servitutibus*; y en distintos libros ó títulos se ocupan de las personales sin calificarlas de servidumbres, aunque reconociendo que lo son (1).

2.<sup>a</sup> Las servidumbres que figuran en el catálogo de prediales degeneran en personales cuando se constituyen, nó en provecho de un fundo, sino en el de una persona determinada (2).

3.<sup>a</sup> Los casos que Justiniano presenta, ya de servidumbres prediales, ya de personales, debemos mirarlos como meros ejemplos de las más usuales; pero nada impide que el propietario imponga á su finca la prestación de cualquier otro servicio no expresado en la ley.

(B) *Servidumbres rústicas y urbanas; servitutes rusticae, servitutes urbanae* (3).

Para demostrarnos cuáles servidumbres prediales corresponden á las rústicas y cuáles á las urbanas, emplea Justiniano en este título el procedimiento de enumerar por separado las que pertenecen á cada clase; pero como pueden constituirse muchas más de las que expresa, era natural que se buscara un principio general por el cual se decidiese á qué categoría debían referirse los casos no previstos. Muchos son los criterios que al efecto se han propuesto: nosotros aceptamos el consignado por Paulo tan sutil y profundamente como suele hacerlo: *Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt* (4). Siguiendo esta distincion, calificaremos de *rústica* toda servidumbre para cuya constitucion baste solamente la idea del suelo, cuya existencia y ejercicio no demande la idea de algo que sobre el suelo se coloque; y de *urbana* aquélla que supone necesariamente la idea de una superficie, de alguna construccion. En efecto, cuando luégo examinemos los catálogos de las Instituciones, veremos que para las incluidas entre las rústicas, v. gr., atravesar por una heredad ajena, conducir aguas, etc., no es parte alguna ningun género de construccion; y que, por el contrario, las

(1) D., VII y VIII.—C. III, 33 y 34.—*Inst.* II, 3, 4 y 5.

(2) D., VIII, 2, 4 y 37; XXXIII, 3, 6; XLIII, 20, 1, § 43.

(3) D., VIII, 5, 1.

(4) D., VIII, 1, 3.

urbanas , v. gr. , edificar sobre la pared inmediata, no levantar más alto , no quitar las luces ó vistas, etc. , suponen de necesidad una construccion realizada ó por lo ménos la hipótesis de que se realice.

## II.

### SERVIDUMBRES PREDIALES.

#### 1.º CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS PARA SU ESTABLECIMIENTO.

§ 3. Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur , quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii , nisi qui habet praedium ; nec quisquam debere , nisi qui habet praedium.

Para la constitucion de una servidumbre predial se necesita el concurso simultáneo de estas circunstancias :

1.ª Sólo puede concederse por el propietario de una cosa inmueble al que lo sea de otra inmueble asimismo ; teniendo el primero capacidad para enajenar , y el segundo para adquirir (1). Si las cosas fuesen comunes , se necesita el consentimiento de todos los dueños ; como dijimos al tratar de la indivisibilidad de las servidumbres.

La finca gravada con servidumbre se denomina *predio sirviente* , y su valor disminuye en cuanto suponen los servicios á cuya prestacion se la somete : *jus fundi deterius factum per dominum* (2). La finca , en cuyo provecho se constituye , recibe el nombre de *predio dominante* , y su valor aumenta por la nueva *calidad* ventajosa que obtiene ; *¿ quid aliud sunt jura praediorum quam praedia qualiter se habentia , ut bonitas , salubritas , amplitudo* ? pregunta Celso (3). Ulpiano describe la constitucion de estas servidumbres : *Cum quis , posteaquam jus suum deminuit alterius auvit , hoc est , posteaquam servitutem aedibus suis imposuit* (4). Tanto el gravámen del *sirviente* , como la ventaja del *dominante* , se transmiten á todos los sucesores en las fincas mientras la servidumbre no se extinga (5).

2.ª La prestacion de los servicios ha de tener por objeto

(1) D., VIII, 4, 1, § 1; id., id., 6 y 8; id. 6, 11, § 1; XXXV, 1, 405.

(2) D., L, 16, 126.

(3) D., L, 16, 86.

(4) D., XXXIX, 1, 5, § 9.

(5) D., VIII, 3, 23, § 2; id. 4, 12; XLI, 1, 20 § 1.

exclusivo mejorar las condiciones ó satisfacer las necesidades del predio dominante, ó las de los ganados que se emplean para su cultivo (1). Si se establecen solamente en favor de su actual poseedor (2) ó en cuanto excedan de lo que el predio necesite, serán, cuando más, servidumbres personales (3).

3.<sup>a</sup> La situación topográfica de ambos fundos debe ser tal que haga posible el ejercicio de la servidumbre; circunstancia que los romanos daban á entender con la expresion de *fundum vicinum* (4). Pero esta vecindad no significa contigüidad, sino aptitud para utilizar los servicios en que consista la servidumbre: pondremos algunos ejemplos.

Tratándose de servidumbres urbanas, no pueden establecerse entre dos casas que por su distancia, ó por haber un monte intermedio, no alcanzan á verse (5); ni la de vistas ó luces, si la una no es obstáculo á la otra (6). Puede constituirse la de no levantar más alto, aunque haya entre las dos fincas un terreno ó camino público (7) ú otros edificios, obteniéndola tambien de éstos (8) á la vez ó sucesivamente (9); porque, de lo contrario, los dueños de éstos podrían levantarlos y, miétras permaneciesen elevados, tambien á la casa gravada podía dársela mayor altura (10).

En las rústicas, puede constituirse la de paso, aunque entre el dominante y sirviente haya otros predios, si sus dueños la conceden igualmente (11) ó un terreno ó camino público ó un rio vadeable (12).

4.<sup>a</sup> Que exista *causa perpétua*. No quiere decir esto que se ejerza sin interrupcion la servidumbre, sino que las condiciones de las fincas se presten á que el ejercicio de la servidumbre pueda tener lugar naturalmente en cualquier tiempo, sin que se haga imposible su continuacion ni necesite actos del dueño de la finca sirviente. Así, por ejemplo, no es servidumbre la concesion de un acueducto para aprovechar las aguas de un lago, de un estanque (13) ó de una cisterna; *nam*

(1) D., VIII, 3, 3, pr.

(2) D., VIII, 1, 8, pr.

(3) D., VIII, 3, 5, § 1; id. id., 6, 24 y 29.

(4) D., VIII, 3, 5, § 1; XX, 1, 12.

(5) D., VIII, 2, 33.

(6) D., VIII, 1, 39.

(7) D., VIII, 2, 1, pr.

(8) D., VIII, 5, 4, § 8; id. id., 5.

(9) D., VIII, 4, 7, § 1.

(10) D., VIII, 5, 6.

(11) D., VIII, 4, 7, § 1.

(12) D., VIII, 2, 1; id., 3, 38; XXXIX, 3, 17, § 2 y 3.

(13) D., VIII, 2, 28.

*cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam: ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit* (1); *nulla enim aqua dari potest, nisi quae perennis est* (2). Por la misma razon no constituía servidumbre el aprovechamiento de las aguas que la casa inmediata emplease para lavar su pavimento; *neque enim perpetuam causam habet quod manu fit* (3). Había, viceversa, causa perpétua en el aprovechamiento del agua pluvial; *at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur* (4).

En la práctica debió mitigarse el rigor de este principio, cuando vemos que Paulo escribe sobre el mismo caso que hemos tomado como ejemplo: *Servitus aquae ducendae, vel hauriendae, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet* (5). Cualquiera que sea el sentido de este fragmento, significa que la opinion era ménos exigente; lo cual se ve comprobado en la disposicion de Caracalla que admite derecho de servidumbre sobre el agua que del río extrae el dueño de la finca sirviente, á pesar de que supone un hecho por parte de éste (6). El principio se conservó, no obstante, porque es conforme á la naturaleza perpétua de la servidumbre: nadie seguramente calificaría de servidumbre la concesion que un propietario hiciera á su vecino de poder utilizar para su finca cierta porcion de materiales que las aguas hubiesen llevado al campo del primero.

5.<sup>a</sup> No pueden constituirse á término ó bajo condicion. Esta regla se hallaba en perfecta armonía con el carácter absoluto y perpétuo de la propiedad, de la cual son simples desmembraciones las servidumbres, y tambien con los modos de constituir las segun el derecho estrictamente romano, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, que no admitian semejantes modificaciones. Por esto, cuando las ideas y solemnidades cambiaron, el Pretor otorgó las excepciones *doli* ó *pacti* contra el que pretendia ejercer la servidumbre faltando á lo convenido. Papiniano consigna explicitamente esta doctrina: *Servitus ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui potest; sed tamen, si haec adjiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurreretur, contra placita servitutem vindican-*

(1) D., XLIII, 22, un. § 4.

(2) D., XLIII, 20, 1, § 5.

(3) D., VIII, 2, 28.

(4) D., VIII, 2, 28.

(5) D., VIII, 3, 9.

(6) D., VIII, 4, 2.

ti (1). Mas el legado ó la promesa de una servidumbre podía ser condicional (2), como podía ser eventual el ejercicio de la servidumbre, v. gr., establecerse para el caso de que un edificio se construyera (3), ó el agua fuese hallada (4).

## 2.º PRINCIPALES SERVIDUMBRES RÚSTICAS.

§ inicial. Rusticorum praediorum jura sunt haec : iter, actus, via, aquaeductus. Iter est jus eundi ambulandi hominis (5), non etiam jumentum agendi vel vehiculum; actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest, etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi : nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum.

§ 2. In rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

A tres grupos pueden reducirse todas las servidumbres de esta clase que enumera el texto : de paso, de aguas, y de utilizar algunos productos ó ventajas.

### (A) *Servidumbres de paso.*

Los interesados quedan en completa libertad de establecer las condiciones en que debe atravesarse por la heredad ajena (6); mas para cuando nada han pactado especialmente, ó descuidaron algun detalle, ó surge dificultad acerca de lo estipulado, la ley reglamenta esta servidumbre determinando los derechos que confiere, su extension y direccion, segun se haya constituido el *iter*, el *actus* ó la *via*. Debe advertirse que un mismo paso puede ser concedido á varios dueños junta ó separadamente (7).

#### (a) *Derechos que confiere la servidumbre de paso.*

El *iter—Jus eundi*, confiere el derecho de pasar por el fundo, bien á pié, á caballo (8), ó en silla ó litera (9). *Ambulandi* : no quiere decir que autorice al dueño del predio dominante para pasearse por mero esparcimiento, sino que tiene el derecho de libre circulacion, y no puede restringirsele

(1) D., VIII, 1, 4.

(2) D., XXXIII, 3, 3; XLV, 1, 98.

(3) D., VIII, 2, 23, § 1.

(4) D., VIII, 3, 10; id. 5, 24.

(5) C. *homini*.

(6) D., VIII, 1, 4, § 1; id. 4, 14; id. 6, 11, etc.

(7) D., VIII, 4, 15; XLIII, 20, 4.

(8) D., VIII, 3, 12.

(9) D., VIII, 3, 7, pr.

el paso al número de veces que exija indispensablemente el cultivo de su finca. *Hominis*: nó porque sea una concesion hecha á persona determinada, sino para excluir la conduccion de toda clase de ganados ó carruajes; por eso termina diciendo: *non etiam jumentum agendi vel vehiculum* (1).

El *actus*—*Jus agendi vel jumentum vel vehiculum*. Así como el *iter* solamente autoriza para *atravesar* en la forma que hemos visto, el *actus* da un derecho más extenso, el de *conducir* ganados, *armenta*, y áun carruajes, *vehiculum*, *plaustrum* (2). Como lo más comprende lo ménos, dice Justiniano, siguiendo á Ulpiano (3), que quien tiene el *actus* tiene también el *iter*, pero el mismo Ulpiano reconoce posible que se tenga el *actus* sin el *iter* (4) por convenio de las partes. No se opone á esto el que Paulo diga: *qui actu legato iter adimat, nihil adimit; quia numquam actus sine itinere esse potest* (5); porque el jurisconsulto se refiere al *iter*, al paso de la persona que conduzca los ganados, sin cuya circunstancia el *actus* legado sería imposible: luego debe el testador ó revocar el legado del *actus*, ó dejar subsistente el *iter* indispensable para su ejercicio.

La *via*—*Jus eundi, et agendi, et ambulandi*. Esta definicion no da idea clara de los derechos que confiere la *via*, puesto que la hace consistir en tener á la vez el *iter* y el *actus*; pero como el *actus* ya contiene ordinariamente el *iter*, no marca la diferencia que existe entre el *actus* y la *via*: debemos, pues, buscarla en otras leyes. Despues de haber definido Paulo el *iter*, añade: *Qui actum habet, et plaustrum ducere et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum, neutri jus est... Qui viam habent, eundi agendique jus habent: plerique, et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat* (6). Distinguense por tanto el *actus* y la *via*: 1.º El *actus* no siempre comprende al *iter*; la *via* sí. 2.º El *actus* solamente nos faculta para conducir lo necesario al predio dominante; la *via* nos autoriza para todos los usos que no perjudiquen á los frutos del predio sirviente.

(b) *Anchura del paso.*

La extension del *iter* y del *actus* será la que los interesados hayan establecido, *quae demonstrata est*, siempre que baste al ejercicio de la servidumbre constituida; porque si

(1) D., VIII, 3, 7, pr.

(2) D., VIII, 3, 7, pr.; id. id., 12.

(3) D., VIII, 3, 1, pr.

(4) D., VIII, 5, 4, § 1.

(5) D., XXXIV, 4, 1.

(6) D., VIII, 3, 7, pr.

han señalado una que no permita conducir ganados, será *iter*, nó *actus* (1). En defecto de convenio, se fijará por un árbitro (2). La ley no ha querido suplir el silencio de las partes con una disposición general, porque la anchura que exigen estas dos servidumbres varia en cada caso segun las circunstancias especiales.

La extensión de la *via* pueden tambien fijarla libremente los interesados; pero si no basta para el tránsito de carruajes, será *iter* ó *actus*, nó *via* (3). Cuando los particulares nada hayan prefijado, tendrá la anchura determinada por la ley (4), que es la de ocho piés en lo recto, *in porrectum*, y diez y seis en las vueltas, *in anfractum* (5). El legislador fija subsidiariamente la extensión de la *via*, porque puede conocerse cuánta necesita un camino para todo género de servicios.

(c) *Dirección del paso.*

Los dueños pueden marcar la que estimen oportuna; pero cuando no han concretado su voluntad, se suple la falta de expresión en los términos siguientes:

Si el paso se ha constituido sobre todo el fundo, nada puede hacer en éste su dueño que impida la servidumbre (6).

Si se ha designado un lugar, podrá pasarse por cualquiera parte de él (7).

Si únicamente se estableció la servidumbre sin marcar el sitio por donde debía usarse, corresponde la elección al dueño del predio dominante, con tal que se conduzca prudentemente, *civiliter*; *nam quaedam in sermone tacite excipiuntur*: así, no podrá intentar establecerla por la misma casa de campo, ni por medio de las viñas, cuando sea posible hacerlo por otra parte con igual comodidad para él y con ménos detrimento del fundo sirviente. En caso de suscitarse cuestiones, se resolverán por un árbitro. Una vez establecido el paso, no hay derecho para cambiarle en lo sucesivo (8).

Por último, si en el predio sirviente existiese un lago, puede atravesarse por él para llegar á la finca dominante, estableciendo la *servitus navigandi* (9).

(B) *Servidumbres de aguas.*

(1) D., VIII, 1, 13.

(2) D., VIII, 3, 13, § 2.

(3) D., VIII, 1, 13; id. 3, 23, pr.

(4) D., VIII, 3, 13, § 2.

(5) D., VIII, 3, 8.

(6) D., VIII, 3, 13, § 4.

(7) D., VIII, 3, 13, § 3.

(8) D., VIII, 1, 9; id. 3, 13, § 1 y 3.

(9) D., VIII, 3, 23, § 1.

De cuatro servidumbres relativas á esta materia se ocupan las leyes romanas: *aquaeductus*, *aquae immittendae*, *aquae haustum*, y *pecoris ad aquam appulsum*.

(a) *Aquaeductus*, *aquae ducendae*, *iter aquae*. La servidumbre de acueducto es el derecho de conducir el agua por un fundo ajeno, bien proceda el agua de la misma finca sirviente ó de otro punto más lejano. Tambien puede constituirse esta servidumbre otorgando á la vez permiso para buscar el agua que todavía no aparece, y conducirla en caso de hallarla. Labeon repugnaba que pudiera establecerse la servidumbre de esta manera, porque sería condicional; pero ya hemos visto cuánto varió la opinion sobre este punto (1). No hay obstáculo en que se conceda junta ó separadamente á muchos el derecho de conducir el agua por el mismo acueducto (2), ya en diversos dias ú horas, ya en iguales si el agua es suficiente (3): tampoco le hay en otorgar á uno el agua *quotidiana* y á otro la *aestiva*, de modo que el primero la aproveche toda en invierno y la comparta en el verano con el segundo (4). Cuando no se ha determinado la cantidad de agua concedida, debe fijarse por la costumbre, nó por la necesidad del predio dominante, mucho más si el sirviente la necesita (5). Finalmente, no se permite constituir acueducto por el mismo lugar que se hubiera establecido la servidumbre de *paso*, ni viceversa (6).

El acueducto no puede ser construido de mampostería. Es por el contrario lícito conducir el agua por medio de tubos para evitar su pérdida, si no se ha pactado lo contrario (7). pero debiendo abonar los perjuicios que ocasione al dueño del predio sirviente este género de conduccion, responsabilidad que no tendría si condujera el agua por un arroyo (*rivus*) y causase daño por crecimientos extraordinarios (8). La direccion del acueducto está sometida á las mismas reglas que acabamos de exponer para las servidumbres de paso (9). Su prolongacion nó puede exceder del terreno gravado; de suerte que si se concedió para llevar agua de un rio, y éste toma otra direccion, el acueducto no puede prolongarse hasta el

(1) D., VIII, 3, 10; id. 5, 21.

(2) D., XLIII, 20, 4.

(3) D., VIII, 3, 2, § 1 y 2.

(4) D., XLIII, 20, 5.

(5) C. III, 34, 6 y 12.

(6) D., VIII, 3, 14; XLIII, 20, 11.

(7) D., VIII, 3, 15; XLIII, 20, 17, § 1.

(8) D., VIII, 2, 18; id. 3, 20, § 1.

(9) D., VIII, 3, 21 y 26.

rio, porque sobre el terreno que deja seco no se impuso servidumbre, por más que pertenecerá al mismo dueño que el gravado con ella (1).

El dueño de la finca dominante puede hacer en el acueducto las reparaciones necesarias; profundizarle ó elevarle, no habiendo pacto en contrario; y exigir que en ambos lados se le deje el espacio indispensable para llegar á él y depositar los materiales que obstruyan el curso del agua (2).

Por último, el agua concedida no puede utilizarse más que para el fundo ó la parte del fundo en cuyo provecho se estableció, sin que sea permitido cederla á un tercero (3); pero Ulpiano entiende que si el dueño del predio dominante adquiriese un campo inmediato, podría utilizarla también para éste (4).

(b) *Aquae immitendae vel educendae in fundum*. De la misma manera que la servidumbre *aquae ducendae* nos autoriza para traer á nuestro fundo aguas ajenas, ésta nos faculta para que las aguas sobrantes del nuestro tengan salida al predio inmediato. No mediando pacto expreso, la finca sirviente sólo está obligada á recibir las aguas que tengan su nacimiento en la finca misma dominante, nó las que vengan á ésta de otro punto (5).

(c) *Aquae haustum, aquae hauriendae, haustum*, es el derecho de tomar directamente, sin acueducto, el agua del fundo ajeno; puede otorgarse á muchos y en las mismas formas que hemos dicho respecto del acueducto (6).

El que tiene el *haustum*, tiene también el *iter ad hauriendum*, bien se le haya dado el *jus hauriendi* y *adeundi*, bien sólo el *hauriendi*, bien el *adeundi ad fontem*. Esto, cuando se refiere á una fuente privada; porque, tratándose de un rio público, puede concederse el *iter*, mas nó el *haustum*, en razon á que su uso es de todos (7).

Quando este derecho se concede á todos los que sucedan en el dominio de la finca inmediata, constituye una servidumbre predial; y á este caso se refiere Pomponio al decir: *Hauriendi jus non hominis sed praedii est* (8). Nada impide, sin embargo, que pueda otorgarse en favor de una persona determinada, si bien degenerará entónces de su naturaleza ordinaria (9).

(1) D., XLIII, 20, 4.

(2) D., VIII, 4, 11, § 1; XLIII, 20, s.

(3) D., VIII, 3, 24.

(4) D., XLIII, 20, 1, § 16.

(5) D., VIII, 3, 29; id., 5, 8, § 5.

(6) D., VIII, 3, 2, § 1 y 2.

(7) D., VIII, 2, 10; id., 3, 3, § 3.

(8) D., VIII, 3, 20.

(9) D., XXXIV, 1, 14, § 3.

(d) *Pecoris ad aquam appulsum*. Confiere la facultad de abreviar los ganados en el predio ajeno. Lleva consigo implícitamente el *actus*, como el *aquae haustum* el *iter*; porque sin el derecho de *conducir*, sería imposible utilizarla. Del mismo modo que el *haustum*, sólo será servidumbre predial cuando se establezca en favor de todos los que vengan á ser dueños del predio dominante (1).

Puede conducirse únicamente el número estipulado de cabezas: si fuese mayor, hay derecho para impedir la entrada á las que excedan, porque cabe separarlas; pero no á todo el rebaño, como creía Trebasio, apoyándose en que formaban un conjunto (2).

(C) *Servidumbres de utilizar determinados productos ó ventajas*.

Pueden ser tantas como los objetos aprovechables que una finca contenga y las clases de servicios á que se presta. Enumeraremos las que con más frecuencia se mencionan en el Digesto.

*Jus pascendi*: el derecho de apacentar en el predio ajeno los animales que empleamos para cultivar el nuestro, ó aquéllos á cuya cría destinamos principalmente nuestra finca (3).

*Jus lapidinis vel cretae eximendi; arenae fodiendae; calcis coquendae; silvae caeduae*: derecho de extraer del fundo piedra, creta, arena, cal, ó estacas para nuestras viñas. Todos ellos constituyen servidumbres prediales si se establecen para el uso del fundo inmediato. Bajo esta precisa condicion se incluan en la misma categoría el derecho de trillar las mieses, de almacenar los frutos, y hasta de tener una cabaña (*tugurium*) en la finca vecina (4).

### 3.º PRINCIPALES SERVIDUMBRES URBANAS.

§ 1. Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sunt (5). Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat. ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; et ne alius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiat.

(1) D., VIII, 3, 4 y 6, § 1; XXXIV, 1, 14, § 3.

(2) D., XLIII, 20, 1, § 48.

(3) D., VIII, 3, 3, pr.; id. id., 4.

(4) D., VIII, 3, 3, § 1 y 2; id. id., 5, § 1; id. id., 6.

(5) C. *sint*.

Examinaremos las servidumbres que menciona el texto é indicaremos despues algunas otras de entre las innumerables que pueden constituirse.

1. *Ut onera vicini sustineat (oneris ferendi)*. Derecho de edificar sobre una construccion vecina y de exigir á su dueño que la conserve en el estado que tenia al constituir la servidumbre. Por esta última circunstancia suele llamársela servidumbre *anómala*; pues, contra los principios generales, el propietario de la finca sirviente puede ser compelido á hacer. Paulo y Ulpiano nos dan á conocer cómo vino á sancionarse semejante doctrina. Una vez autorizados para construir sobre la pared inmediata, y siendo inevitable que más ó ménos tarde se hará necesario repararla, ó habia de admitirse que nosotros costeáramos esta reparacion, ó que fuese cargo de su dueño. Ahora bien, no pareció justo lo primero, porque nos obligaría á reconstruir perpétuamente una pared ajena: hubo, pues, de optarse por lo segundo, que la pared fuera conservada por su propio dueño, tanto más cuanto era lógico que prestase la condicion indispensable para el uso de la servidumbre. Hé aquí la razon de insertarse al constituir esta servidumbre para obviar dificultades, la cláusula *paries oneris ferendo, uti nunc est ita sit*, la cual no significa, dice Paulo, que la pared ha de ser siempre la misma, porque esto es imposible, sino que ha de conservarse del mismo modo para que soporte la servidumbre: esta cláusula concluyó por sobreentenderse, aunque no se hubiera expresado. No faltaron jurisconsultos que la estimáran contraria á la naturaleza de las servidumbres; prevaleció sin embargo el dictámen opuesto, por exigirlo así lo excepcional de la *oneris ferendi*. Por lo demás, el dueño del predio afecto está obligado, no individualmente, sino en cuanto posee, *haec autem actio in rem magis est, quam in personam*; y en su consecuencia puede eximirse de la obligacion, abandonando la pared (1). Esta accion corresponde sólo á los dueños de los predios dominantes contra los de los sirvientes: los primeros pueden ejercitarla *in solidum*, pero no puede intentarse contra los segundos solidariamente (2). La reparacion debe hacerse en la forma que se haya establecido, ó con mayor solidez, pero nó con ménos (3). Mientras duran las obras de reparacion, debe el

(1) D., VIII, 2, 33; id. 5, 6, § 2.

(2) D., VIII, 5, 6, § 3 y 4.

(3) D., VIII, 5, 6, § 5 y 7.

propietario de la finca dominante apuntalarla á su costa (1).

2.<sup>a</sup> *Ut in parietem liceat tignum immittere (tigni immitendi)*. Se diferencia de la precedente : 1.<sup>o</sup> En que sólo nos autoriza para apoyar las vigas ú otros materiales de nuestro edificio en el inmediato (2) ; pues *tigni appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet* (3). 2.<sup>o</sup> En que no confiere derecho para obligar al dueño del sirviente á que repare su construccion (4) , sin duda porque no es absolutamente indispensable para la existencia del dominante.

3.<sup>a</sup> *Ut stillicidium vel flumen recipiat (stillicidii vel fluminis recipiendi, avertendi, immittendi)*. El derecho de que las aguas pluviales que caen sobre nuestro edificio viertán sobre el fundo ajeno , bien gota á gota (*stillicidium*), bien reunidas en una canal (*flumen*). El dueño del predio dominante puede hacer todas las variaciones que mejoren la condicion del sirviente, v. gr., elevar ó retirar la caída de aguas; pero no aquéllas que la empeoren, v. gr., rebajarla, prolongarla, cambiarla de sitio, etc. El dueño del sirviente podrá elevarle, mas conservando el *stillicidium* (5) : si lo verifica con permiso del que tiene la servidumbre, se entiende perdida ésta (6).

4.<sup>a</sup> *Ut stillicidium vel flumen non recipiat (stillicidii vel fluminis non recipiendi)*. Ni las Instituciones ni el Digesto dan á conocer esta servidumbre, que se limitan á nombrar sin definirla. Faltando textos legales, preferimos la explicacion de Teófilo, á quien debemos suponer versado en la legislacion de su país. Despues de poner este jurisconsulto un ejemplo de la servidumbre *stillicidii recipiendi*. continúa : *ó bien tienes tú sobre mi terreno un derecho semejante, y nos convenimos en que ya no verterás sobre mi casa ó mi terreno el agua de tu tejado ó de tus canales*. Segun esto, la servidumbre *stillicidii non recipiendi* consiste en el derecho de que el edificio inmediato no vierta sobre el nuestro las aguas pluviales, cuando ántes se hallaba sometido á recibirlas, bien porque se hubiera constituido la servidumbre por uno de los medios ordinarios, bien porque la impusiera un estatuto local en provecho recíproco de los edificios, de lo cual quedan todavía vestigios en

(1) D., VIII, 5, 8, pr.

(2) D., VIII, 5, 14, pr.; L, 16, 242, § 1.

(3) D., XLVII, 3, 1, § 1.

(4) D., VIII, 5, 8, § 2.

(5) D., VIII, 2, 20, § 3 y siguientes; id. id., 21.

(6) D., VIII, 6, 8, pr.

el Código (1). Ciertamente es que en el día vemos aquí más que constitución de servidumbre una extinción de la que había, pero los romanos lo apreciaban de muy distinta manera; y por eso, cuando en un caso idéntico se libertaba el edificio de la servidumbre *altius non tollendi*, no ejercitaba su dueño la acción *negatoria*, sino la *confesoria*, la que compete á quien sostiene que le corresponde una servidumbre: *uti si quis agat jus sibi esse altius aedes suas tollendi*, dicen las mismas Instituciones (2).

5.º *Ne altius tollat (Altius non tollendi)*. El derecho de impedir que el edificio gravado se eleve á mayor altura de la convenida (3). No veda esta servidumbre la colocación de plantas sobre el edificio (4). Puede imponerse aunque entre las dos fincas existan construcciones ó terrenos en la forma que dijimos con otro motivo (pág. 343). Si en la finca sirviente hubiera alguna pared común á otra finca no gravada, el condeño de esta pared puede elevarla cuanto guste; porque á él no le obliga la servidumbre, ni su condeño pudo gravarla por sí solo (5). Por último, en caso de suscitarse cuestiones sobre la altura que puede darse al edificio, se nombra un árbitro (6).

A la servidumbre contraria, *altius tollendi*, es aplicable lo dicho respecto de la *stillicidii non recipiendi*.

6.º *Ne luminibus officiatur*. El derecho de impedir que el dueño vecino disminuya las luces de nuestra finca, bien elevando su edificio (7), bien poniendo otros objetos (8). Mientras no disminuya las luces, no quebranta la servidumbre aunque nos prive del sol y nuestra finca pierda esta ventaja; pero si tuviéramos una estufa ó azotea, no podrá quitarnos el sol. Todavía se estimó contrario á esta servidumbre el que por hacer desaparecer la construcción ó los árboles inmediatos, resultase incomodidad para nuestra finca con la refracción de la luz (9). Pueden ser objeto de esta servidumbre, no sólo las

(1) C. VIII, 10, 1 y 12. § 1; id. id., 14, al fin.

(2) IV, 6, § 2.—D., VIII, 5, 2.—Algunos opinan que esta servidumbre consiste en el derecho de prohibir que el edificio inmediato vierta las aguas pluviales fuera del nuestro, á quien conviene recibirlas. No aceptamos esta manera de ver, porque entendemos que se opone á la naturaleza general de las servidumbres y al nombre de la de que se trata.

(3) D., VIII, 5, 4, § 8.

(4) D., VIII, 2, 12.

(5) D., VIII, 2, 25, § 1.

(6) D., VIII, 2, 11, § 1.

(7) D., VIII, 2, 4.

(8) D. VIII, 2, 15.

(9) D., VIII, 2, 17, pr. y § 1 y 2.

luces que al presente gozamos, sino las que tengamos en lo venidero (1) : á falta de expresion, se entiende que hemos comprendido estas últimas cuando estipulamos simplemente *ne luminibus officiat*, y que nos hemos referido sólo á las existentes cuando se ha convenido *lumina quae nunc sunt, ut ita sint* (2).

El Digesto se ocupa de otras muchas servidumbres urbanas : hé aquí las más frecuentes :

*Luminum*. Derecho de utilizar las luces del predio vecino (3).

*Prospectus* ó *ne prospectui officiat*. Derecho de impedir que en el predio gravado se haga nada capaz de minorar las vistas del nuestro (4).

*Protegend*. Derecho de sacar el alero de nuestro tejado sobre el fundo inmediato (5).

*Projiciendi*. Derecho de construir en nuestro edificio algo que avance sobre el inmediato sin descansar en él; como balcones, galerías, etc. (6).

Finalmente, las que facultan para dar salida por la finca vecina á cuanto puede incomodar en la nuestra; v. gr., el humo, *fumi immittendi* (7), las inmundicias, *cloacae mittendae* (8) etc.

#### 4.º CÓMO SE ESTABLECEN LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

§ 4. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis hæredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiat, eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere; vel ut patiat, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

Ante todo debemos notar que las servidumbres pueden constituirse ó por via de *translatio*, ó por via de *deductio*. Consiste el primer procedimiento en gravar una finca, que se continúa poseyendo, á favor de otra vecina; y el segundo en reservarse el derecho de servidumbre sobre la finca que se trasfiere, á favor de otra que se conserva.

Dos solos medios presenta el texto para constituir las ser-

(1) D., VIII, 2, 22.

(2) D., VIII, 2, 23.

(3) D., VIII, 2, 4 y 40.—C. III, 34, 8.

(4) D., VIII, 2, 3, 12, 15 y 16.

(5) D., VIII, 2, 1 y 2; IX, 2, 29, § 1.

(6) *Inst.* IV, 6, § 2.—D., VIII, 2, 1 y 2; L, 16, 242.

(7) D., VIII, 5, 8, § 5, 6 y 7.

(8) D., VIII, 4, 7; XLIII, 23, 1.

vidumbres : el convenio y la última voluntad ; pero debemos añadir la prescripción , la ley y la adjudicación .

(A) *El convenio.*— Tanto en este lugar como en el título siguiente dice el Emperador que las servidumbres se establecen por pactos y estipulaciones, *pactionibus atque stipulationibus*. En los dos pasajes copió Triboniano desacertadamente á Gayo (1), sin fijarse en que el jurisconsulto no consigna una regla general, sino que se limita á un caso concreto y por las razones especiales que aduce. Recordemos ligerísimamente algunas ideas, y veremos que si en tiempo de Gayo pudo sentarse aquella doctrina, en el de Justiniano no tiene razon de ser.

Consistiendo las servidumbres en una desmembración de la propiedad, natural es que la constitución de aquéllas tenga la misma historia que el traspaso de ésta (págs. 283 y siguientes). Ahora bien, mientras se conservó la diferencia entre los predios itálicos y provinciales, cuando había de constituirse alguna servidumbre sobre los primeros, se usaba de los medios civiles, la *mancipatio* ó la *in jure cessio*; para la servidumbre rústica, porque era *res Mancipi*, y sólo la *in jure cessio* para la urbana y personal, porque eran *res nec Mancipi* (2). Cuando, por el contrario, se trataba de gravar con servidumbre predios provinciales, como no eran susceptibles de la *mancipatio* ni de la *in jure cessio*, se recurría al medio del *jus gentium*, á los convenios y tradición (*pactionibus*), estipulándose (*stipulationibus*) á la vez una pena contra el que se negase á cumplir lo convenido ; porque no cabía establecer verdadero derecho de servidumbre, supuesto que el poseedor de un predio provincial no tenía sobre éste verdadera propiedad, la cual pertenecía al César ó al pueblo (3).

Mas llegó el tiempo en que se igualó paulatinamente la condición jurídica de los hombres y de las cosas ; la ley reconocía derechos al extranjero ; y la posesión de los predios provinciales fué llamada *dominium proprietatis* : desde entónces las servidumbres que sobre ellos se constituían, mediante convenio y entrega, eran protegidas por el Pretor (4).

Finalmente, desconocidas la *mancipatio* y la *in jure cessio*; abolido el *nudum jus quiritium* ; nivelados todos los súbditos

(1) GAYO, II, 31.—D., VII, 1, 3, pr.

(2) GAYO, II, 29.

(3) GAYO, II, 31.

(4) D., VI, 2, 11, § 1; VII, 4, 1, pr.; VIII, 3, 4, § 2.

del Imperio ; destruida toda diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec Mancipi*, y entre los predios itálicos y provinciales; vinieron á establecerse las servidumbres por medio del *jus gentium*, el convenio y la tradicion. No se comprende, pues, cómo aparece en el texto una doctrina que sólo hicieron necesaria circunstancias históricas, y cuyos últimos recuerdos borró precisamente el mismo Justiniano.

En vista de estos precedentes creemos que las palabras del texto *pactionibus atque stipulationibus* significan que para constituir las servidumbres por medio de convenio, necesita reunir éste las formalidades exigidas para ser válido, de lo cual nos ocuparemos en el tratado de *obligaciones*. Mas aunque el convenio sea perfectamente legal, no adquirirá el derecho real de servidumbre la persona en cuyo favor se constituya mientras no se verifique la entrega del fundo ó comience á ejercitarle con la tolerancia del constituyente, según la clase de servidumbre : tal es nuestra opinion á pesar de hallarse combatida por numerosos y distinguidos escritores. Nos apoyamos en los siguientes fundamentos históricos, racionales y legales : 1.º Desusados los antiguos modos *civiles* de transmitir la propiedad, vinieron á ser reemplazados por el modo del *jus gentium*, que era la simple tradicion (págs. 285 y 318) ; luego necesariamente debió emplearse el mismo procedimiento para la constitucion de servidumbres que no son sino fracciones de la propiedad, y como tales, se establecian en lo antiguo con las mismas formalidades que ella, la *mancipatio* y la *in jure cessio*. 2.º Siendo las servidumbres derechos reales, que podemos hacer respetar indistintamente á todo el que nos perturbe en su ejercicio, indispensable debe ser que todos puedan tener noticia de su establecimiento por medio de un acto que se realice públicamente ; y es incomprendible que los mismos para quienes esta doctrina es evidente cuando se trata del dominio, la nieguen respecto á las servidumbres, que son igualmente derechos reales. 3.º El principio romano sobre esta materia le consignan Diocleciano y Maximiano diciendo : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (1). Más concreto Paulo, escribe : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat : sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum* (2) : y no cabe suponer que este

(1) C. II, 3, 20. (2) D., XLIV, 7, 3, pr.

pasaje se refiere solamente á la obligacion en la que se promete constituir una servidumbre; ya porque comprende los efectos de toda obligacion, ya porque Modestino declara terminantemente: *Si quis fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem* (1). De todo lo cual se infiere que el simple convenio produce sólo relacion jurídica personal entre los interesados que pueden obligarse recíprocamente á cumplir lo prometido, mas no un derecho real que pueda hacerse efectivo contra terceras personas: y esto mismo lo comprueban las leyes que no conceden ni los interdictos posesorios ni la accion *Publiciana* al que no se halla en posesion de la servidumbre (2).

En este sentido hablan el texto y cuantas leyes declaran que las servidumbres *se constituyen por convenio*; y la prueba de que no suponen adquirido desde luego el derecho real es que la misma locucion emplean para la servidumbre cuya prestacion ordena el testador á su heredero (*legado per damnationem*), en cuyo caso nadie seguramente admite que ésta quede constituida desde luego por la cláusula testamentaria (3). Hay, es cierto, servidumbres que no se prestan á la entrega, como son las *negativas* y las que se constituyen por *deductio*; pero esto únicamente demuestra que el sistema de la tradicion es imperfecto, segun ya dijimos, y que debe reemplazarse por otro aplicable á todo derecho real (4).

(B) *La última voluntad.*

En su última voluntad puede constituir servidumbre el dueño de un fundo, bien legándole con la obligacion de prestar cierta servidumbre á favor de otro predio que deja á distinta persona (*deductio*), bien disponiendo que una finca de la herencia ó del heredero esté sujeta á determinada servidumbre en provecho de otra finca que pertenece al legatario (*translatio*) (5). Cuando en el título XX de este libro estudie-mos la materia de *legados*, veremos las diferentes formas que para legar se conocieron, los objetos á que se aplicaba cada una de ellas y los diversos efectos que producian.

(C) *La prescripcion.*

En el título VI inmediato expondremos las razones que el legislador ha tenido en cuenta para establecer que el poseedor

(1) D., VIII, 1, 11.

(2) D., VI, 2, 11, § 1; VIII, 1, 20; id. 3, 1, § 2.

(3) D., VII, 1, 3, pr.

(4) Esta es una de las muchas ventajas que proporcionan los Registros modernos.

(5) D., VIII, 1, 5, pr.; id. 2, 31; id. 4, 16.

de una cosa adquiriera su dominio cuando sin interrupcion la posee durante cierto número de años y con las circunstancias que la ley marca. El derecho romano anduvo vacilante sobre aplicar esta doctrina á las servidumbres: hé aquí su historia.

En los primeros siglos debió admitirse la usucapion de las servidumbres, pero ignoramos la extension con que lo fué; porque una ley *Scribonia*, que se supone dictada al principio del Imperio, abolió este medio de adquirir las servidumbres (1), y por consecuencia no quedaron vestigios de la legislacion primitiva. Dos son los motivos en que se fundaba esta abolicion, segun Paulo y Ulpiano: 1.º Que la servidumbre, como cosa incorporal, no es susceptible de verdadera posesion: 2.º Que aun en su ejercicio no presenta ordinariamente el carácter de continuidad que ofrece la posesion de los objetos corporales. La primera circunstancia concurría en todas las servidumbres: la segunda, en las rústicas y personales (2). Desde entónces se profesó como principio general que las servidumbres no se adquirian *per se*, es decir, separadamente, por medio de la usucapion, sino tan sólo cuando se usucapiera la finca dominante (3).

A pesar de esta doctrina, los magistrados y los emperadores reconocen indispensable amparar el ejercicio de las servidumbres, por más que no se hayan adquirido segun el derecho estricto, cuando se han ejercitado *diuturno usu, longa quasi possessione, longi temporis consuetudine*, no sólo contra el dueño del predio sirviente, sino contra todo el que impida su uso (4). Esta divergencia entre la teoría y la práctica se comprende fácilmente. Por una parte debió sentirse la necesidad de proteger todo estado posesorio (pág. 264): por otra, la disposicion de la ley *Scribonia* no se extendía á los predios provinciales, porque respecto de ellos no había *usucapio*, sino *longi temporis praescriptio*, la cual, bien que no confiriera el derecho de servidumbre *jure civili*, era título bastante para que el Pretor la hiciese respetar; y en ésta, como en tantas otras instituciones, el *jus gentium* iba sobreponiéndose al *jus civile*.

Llegó por fin la época de Justiniano; consuma la igualdad de derecho para todo el Imperio, y refunde en una la

(1) D., XLI, 3, 4, § 29.

(2) D., VIII, 1, 14, pr.; XLI, 1, 43, § 1; id. 3, 10, § 1.

(3) D., XLI, 3, 10, § 1; id. id., 44, § 5.

(4) D., VIII, 5, 10; XXXIX, 3, 1, § 23; id. id., 26; XLIII, 19, 5, § 3.—C. III, 34, 1 y 2.

usucapion y la prescripcion. A contar de esta fecha, las servidumbres pueden adquirirse por medio del uso, con tal que concurren las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Posesion, ó llámese *cuasi-posesion*, que consiste en el ejercicio de la servidumbre. Como toda posesion (pág. 262), requiere la intencion de ejercitar un derecho propio (1), siendo indiferente por lo demás que le use él mismo ó en su nombre cualquiera otra persona (2).

2.<sup>a</sup> Que la posesion no se haya adquirido *nec vi, nec clam, nec praecario* (3), sino por voluntad ó á lo ménos con aquiescencia del poseedor de la finca sirviente (4).

3.<sup>a</sup> Que se posea de buena fe. Aunque no exista disposicion que exprese literalmente esta circunstancia, de hecho se suponía cuando dice Ulpiano, tratando de la servidumbre de acueducto: *Si tamen jure ducere se putavit; cum non in jure sed in facto erravit... qui se putat suo jure uti: non eum, qui scit se nullum jus habere, et utitur* (5).

4.<sup>a</sup> Que se continúe poseyendo sin interrupcion (6) durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y á veces treinta ó cuarenta, en la forma y para los casos que diremos al tratar de la *prescripcion* (7).

(D) *La ley.*

No creemos que merezcan el nombre de *servidumbres legales* las restricciones que el legislador pone al ejercicio del dominio, reseñadas al tratar de este derecho (pág. 278), porque no somete la propiedad á servicios en favor de perso-

(1) D., VIII, 6, 25; XLIII, 19, 1, § 6; id. id., 7; id. 20, 1, § 19.

(2) D., XLIII, 19, 1, § 7; id. id., 3 § 4.

(3) D., VIII, 5, 10; XXXIX, 3, 1, § 23; XLIII, 20, 1, § 10.—C. III, 4, 1.

(4) C. III, 34, 2.

(5) D., XLIII, 20, 1 § 10 y 19.

(6) C. III, 34, 2; VII, 32, 10.

(7) C. VII, 33, 12.—V. C. II, 41, 5 y Nov. CXXXI, cap. 6.<sup>o</sup>—En algunos pasajes se habla de la posesion inmemorial, pero ni vemos que se mencione como circunstancia indispensable, ni creemos que pueda exigirse en ningun caso despues de las reformas de Justiniano. D., XII, 3, 28, pr.; XXXIX, 3, 2, § 1; XLIII, 20, 3, § 4.

Las alternativas que se observan en el derecho romano aceptando y rechazando sucesivamente la prescripcion para las servidumbres dimanar de que unas son susceptibles de adquirirse por el solo uso, y otras no. Los juriscultos vislumbraron esta diferencia, pero no llegaron á determinarla. Los modernos la formulan con claridad: dividen las servidumbres en *aparentes* y *no aparentes*, segun que presenten ó no signos exteriores de su existencia: y en *continuas* y *discontinuas*, segun que su ejercicio sea incesante, ó necesiten por el contrario hechos actuales del hombre. Clasificadas así, la mera posesion por cierto tiempo es bastante para adquirir las que reunen el doble carácter de continuas y aparentes; más para adquirir las que carecen de una de estas dos circunstancias, exigen titulo, sin que baste la sola posesion.

nas extrañas, y únicamente prohíbe lo que es indispensable para armonizar los derechos de todos, aquello de que se abstendría un dueño de buena fe. Ulpiano, sin embargo, nos habla de un caso en que la ley autorizaba para exigir la servidumbre de *iter* en favor del que no tuviera paso á un sepulcro propio, debiendo consultar el juez el menor daño del predio é indemnizando á su dueño el concesionario (1); y Javoleno consigna la obligacion de prestar la *via* el dueño de una heredad inmediata al camino público cuando éste se arruina (2).

(E) *La adjudicacion.*

En los juicios divisorios tenía el juez facultades muy amplias, mientras se hallase pendiente la adjudicacion. Podia constituir servidumbres en favor del coparticipante sobre las fincas comprendidas en la particion (3), nó sobre las que fueran extrañas á ella (4); y hasta le era permitido adjudicar la propiedad á uno de ellos y el usufructo á otro (5).

5.º CÓMO SE EXTINGUEN.

Las servidumbres prediales se extinguen en los casos siguientes: 1.º Renuncia por parte del que la tiene constituida á su favor. 2.º Cumplimiento del término ó de la condicion bajo que fué constituida. 3.º Revocacion de los derechos del constituyente. 4.º Destrucion del predio dominante. 5.º Destrucion del predio sirviente. 6.º Confusion. 7.º No uso ó prescripcion extintiva.

(A) *Renuncia.*

La renuncia que un dueño hace de su propiedad convierte la cosa en *nullius*; pero la renuncia de la servidumbre envuelve una enajenacion en favor del propietario de la finca sirviente, cuyo derecho se halla desde entónces libre de la restriccion en que consistia la servidumbre (6). Bajo tal concepto exigia el derecho antiguo las mismas solemnidades para la renuncia que para la constitucion de las servidumbres, ó sea, en las rústicas la *remancipatio* ó la *in jure cessio*, y sólo esta última en las urbanas (7). Abolidos estos procedimientos, la renuncia pudo hacerse, bien expresamente, bien por hechos que acrediten sin género alguno de duda la inten-

(1) D., XI, 7, 12, pr.

(2) D., VIII, 6, 14, § 1.

(3) D., X, 2, 22, § 3; id. 3, 7, § 1.

(4) D., X, 3, 18.

(5) D., VII, 1, 6, § 1; X, 2, 16, § 1 y 2; id. 3, 6, § 10.

(6) D., VIII, 1, 14, § 1; id. 3, 20, pr.; id. 4, 17.

(7) GAYO, II, 29.—PAULO, III, 6, 28 y 32.

cion de renunciar; v. gr., si permito edificar en el área sobre la cual tenía la servidumbre *stillicidii recipiendi*, ó hacer algo que obstruya el paso en la de *iter* (1). Pero la renuncia como la constitucion, se interpreta estrictamente: así, por ejemplo, cuando se tienen dos clases de servidumbre sobre el mismo predio y sólo se renuncia una de ellas, no se entiende comprendida la otra, por muy relacionadas que estuviesen; como, las *stillicidii recipiendi* y *altius non tollendi* (2). Debemos también recordar que si la servidumbre pertenece á varios, la renuncia necesita ser hecha por todos ellos; pues la servidumbre es indivisible (3).

(B) *Cumplimiento del término ó de la condicion.*

Aunque, segun el derecho estricto, la constitucion de las servidumbres prediales no podía someterse á término ó condicion, el Pretor hacía respetar lo convenido por medio de la excepcion *pacti ó doli* (4): quedaron, pues, equiparadas en este punto á las personales, y se extinguían, como dirémos de éstas, apenas terminaba el plazo por el que se hubieran establecido, ó se realizára el acontecimiento que, en forma de condicion resolutoria, se hubiera prefijado.

(C) *Revocacion de los derechos del constituyente.*

Cuando el que constituye la servidumbre sobre su finca tiene solamente en ella un dominio revocable (pág. 282), todos los gravámenes que imponga serán también revocables necesariamente; pero subsistirán los que á favor de la misma finca se hubiesen establecido ántes de la revocacion (5). Por idéntico motivo, los gravámenes que el enfiteuta y el superficiario imponen, se extinguen cuando terminan sus derechos (6).

(D) *Destruccion del predio dominante.*

Siendo indispensable la existencia de dos predios para que haya servidumbre predial, se extinguirá ésta cuando uno de aquéllos perece; sin embargo, no concluye para siempre. Restablecido el dominante en la misma forma que tenía, v. gr., levantado de nuevo el edificio, renace la servidumbre, siempre que esto se verifique ántes de completarse el tiempo por el cual veremos que se pierden las servidumbres no usándolas (7).

(E) *Destruccion del predio sirviente.*

(1) D., VIII, 6, 8, pr.

(2) D., VIII, 2, 21; id. 3, 20, pr.

(3) D., VIII, 2, 32; id. 3, 34, pr.

(4) D., VIII, 1, 4, pr.

(5) D., VIII, 6, 11, § 1.

(6) D., XX, 1, 31.

(7) D., VIII, 2, 20, § 2.

No sólo se extingue la servidumbre cuando el predio sirviente desaparece en totalidad, por la razón que hemos dicho, sino también cuando sufre un cambio tal que constituye impedimento para el ejercicio de aquélla; pero revive la servidumbre tan luego como el fundo se rehabilita (1) si esto sucede antes de trascurrir el plazo marcado para perderla por no uso (2); y aún después de él, si no se repara por voluntad de su dueño (3). Paulo cita un rescripto por el cual se decidió lo que ya Papiniano juzgaba cuestionable, á saber, que si una fuente se agota y vuelve á manar después del tiempo señalado para extinguirse las servidumbres por no uso, continúa el derecho (4).

(F) *Confusion.*

Se verifica cuando las fincas sirviente y dominante vienen á ser propiedad de una misma persona (5). Extingue la servidumbre, porque nadie puede tenerla sobre cosa propia: *nemo ipse sibi servitutem debet* (6); y no renace aunque uno de los predios sea después enajenado, á no imponerla de nuevo expresamente (7). Mas para que las servidumbres se extingan por la confusión, es necesario: 1.º Que sea *total*; por eso no basta al efecto que el dueño del fundo sirviente adquiera parte del dominante, ó viceversa (8). 2.º Que sea *permanente*, sin que baste la transitoria ó accidental; v. gr., aunque en manos del heredero se confunden todos los bienes de la herencia, por la adición, no se extinguen las servidumbres que median entre los predios legados y los hereditarios (9); aunque la dote pase al dominio del marido, se conservan las servidumbres existentes entre los predios dotales y los del marido (10).

(G) *No uso ó prescripción extintiva.*

Los seis modos anteriores de extinguirse las servidumbres se aplican indistintamente á todas las prediales, bien sean rústicas ó urbanas; pero cuando se trata de su extinción por no haberlas ejercitado durante el período legal, es distinta la condición de unas y otras. Las rústicas se pierden por el *simple no uso* del dueño de la finca dominante, aunque el de la sirviente ningún acto ejecute contrario á la servidumbre; mas para perder las urbanas se necesita que el dueño

(1) D., VIII, 2, 31.

(2) D., VIII, 6, 14, pr.

(3) E., VIII, 6, 18 § 2.

(4) D., VIII, 3, 34 y 35.

(5) D., VIII, 6, 1.

(6) D., VIII, 4, 10.

(7) D., VIII, 2, 30, pr.; id. 4, 10.

(8) D., VIII, 2, 30, § 1; id. 3, 27 y 34.

(9) D., VIII, 1, 18; id. 4, 9; XXX, 116, § 4.

(10) D., XXIII, 5, 7, § 1.

del predio sirviente adquiera por *prescripcion* la libertad de éste ejecutando algo que impida el uso de la servidumbre. Fúndase la diferencia en que las rústicas atribuyen un *jus faciendi*, consisten en que el dueño del fundo dominante practique algún acto, v. gr., el *iter*; y por consecuencia se pierden si durante mucho tiempo no lo practica: las urbanas, viceversa, confieren ya un *jus habendi*, como la *tigni immittendi*, ya un *jus prohibendi*, como la *altius non tollendi*; por consiguiente su uso continúa sin interrupción mientras el dueño del sirviente no ejecuta hechos que lo impidan.

Esta doctrina era inconcusa en tiempo de los jurisconsultos clásicos: después veremos si rige en la época de Justiniano. Dice Gayo: Las servidumbres urbanas perecen también por el no uso como las rústicas; pero hay la diferencia de que no perecen absolutamente por el no uso, sino cuando al mismo tiempo el vecino usucape la libertad; v. gr., si tu casa debe á mí la servidumbre de no levantar más alto ó de no privarme de las luces, aunque yo por el tiempo establecido tenga cerradas las ventanas, no pierdo la servidumbre, á no ser que tú, durante ese mismo tiempo, hubieres levantado tu edificio; en otro caso, si tú nada haces, conservo la servidumbre. Si tengo la *tigni immittendi*, y yo arranco las vigas, perderé la servidumbre si tú cierras los huecos que aquellas ocupaban; pero si nada haces de nuevo, la conservo (1). Paulo, á su vez, escribe: Puede usucapirse la libertad de las servidumbres, porque la usucapion que abolió la ley Scribonia fué aquella por la que se constituían, nó aquella que daba la libertad extinguiendo la servidumbre. Si pues te debo la servidumbre de no levantar más alto, y por el tiempo establecido conservo la mayor altura que he dado á mi edificio, queda extinguida la servidumbre (2). Veamos ahora ciertos detalles referentes á la prescripción extintiva, al no uso, y al tiempo señalado para aquella y éste.

(a) *Prescripción extintiva.*

1.º Para la prescripción *adquisitiva*, inclusa la de servidumbres, se necesita buena fe de parte del que prescribe, según indicamos anteriormente; mas para la *extintiva*, creemos que no es indispensable: 1.º Porque ni en los fragmentos trascritos de Gayo y Paulo, ni en otro alguno, se exige ó presupone. 2.º Porque las servidumbres se pierden por el simple no uso durante el plazo señalado, y esto ocurre siempre que

(1) D., VIII, 2, 6. (2) D., XLI, 3, 4, § 29.

el dueño de la finca dominante deja que se consume la prescripción.

2.º El dueño del predio sirviente no prescribe la libertad de éste cuando impide el uso de la servidumbre con actos negativos; v. gr., si me pertenece la *tigni immittendi* y el vecino deja de levantar la casa gravada durante el plazo marcado para prescribir (1).

3.º Aunque ejecute un acto positivo contrario á la servidumbre, si lo verifica á título de *precario*, tampoco prescribe la libertad respecto del que le otorgó el permiso por más que prescriba contra un tercero que no le autorizó y á quien debía servidumbre de igual género (2).

(b) *No uso*.

1.º La pérdida por el *no uso* supone que la servidumbre está ya constituida. Si te vendiera, dice Pomponio, parte de mi fundo bajo condicion de que por esa parte había yo de conducir el agua á la parte del campo que me quedaba, y transcurriese el plazo legal ántes de establecer yo el acueducto, no pierdo yo mi derecho, porque no hubo conduccion del agua; pero si ya hice el acueducto y no le usé, le pierdo (3).

2.º Para que haya *no uso* se necesita que ni el dueño de la finca dominante haya ejercitado la servidumbre á título de derecho, ni otra persona alguna en nombre de aquél (4); como un representante, usufructuario, poseedor de buena ó mala fe, trabajador, huésped ó amigo (5).

3.º Como la servidumbre es indivisible, el uso que haga de ella uno de los condueños, ó la circunstancia de que contra uno de los mismos no corra la prescripción, la conserva para los demas (6); pero han de ser condueños del fundo á que se deba la servidumbre, porque si ésta es comun para fundos de distintos propietarios, v. gr., un acueducto para varios campos, el que no la usa, la pierde, sin que acrezca á los otros, sino que liberta en parte al predio sirviente (7).

4.º Por el mismo principio de indivisibilidad, basta para conservar una servidumbre ejercitarla parcialmente: v. gr., que use del *iter* el que tiene el *iter* y *actus*, para conservar

(1) D., VIII, 6, 18, § 2.

(2) D., VIII, 2, 32, pr.; id. 4, 17.

(3) D., VIII, 6, 19, pr.

(4) D., VIII, 6, 6; id. id., 22 y 25; XLIII, 19, 3, § 4.

(5) D., VIII, 6, 5, 20, 21 y 24.

(6) D., VIII, 6, 5, 6 y 10.

(7) D., VIII, 6, 16.

el *actus* (1); ó que use del *iter* sobre un campo cuando le tiene sobre varios (2); ó que lleve el agua á parte del campo aunque no la conduzca al último límite de él (3). Mas sobre el uso parcial de las servidumbres debemos hacer dos observaciones: 1.<sup>a</sup> Que ha de recaer sobre lo que constituye la esencia de la servidumbre, nó sobre lo que es accesorio: por esto, si el que tiene el *haustum*, no hace más que ir á la fuente sin sacar el agua, pierde el *haustum* y el *iter* (4). 2.<sup>a</sup> Cuando los servicios en que consiste la servidumbre han sido otorgados en actos separados, el uso de uno de ellos no conserva los demás, porque se reputan diferentes servidumbres: si primeramente, dice Paulo, se me ha concedido el agua nocturna, despues, por otra concesion, la diurna, y durante el tiempo señalado he usado sólo de la nocturna, pierdo la servidumbre de la diurna, *quia hoc casu, plures sunt servitutes diversarum causarum* (5).

5.<sup>o</sup> El que ejercita la servidumbre de un modo diferente del marcado en su constitucion, la pierde; v. gr., usa de otra agua de la concedida (6) ó la usa en horas distintas de las establecidas (7); si bien podrá resultar que adquiriera una nueva servidumbre por la prescripcion. Viceversa, no se pierde la servidumbre cuando se usa con mayor latitud; por ejemplo, atraviesa con mayor carga, conduce más ganado de lo que se concedió; etc. (8).

6.<sup>o</sup> El *no uso* extingue las servidumbres aunque proceda de ignorancia: v. gr. no sepa el legatario que se le ha dejado una servidumbre (9). Las termina igualmente, bien provenga de imposibilidad física, como, si el rio ocupa un campo sobre el cual tengo el derecho de paso, ó si entre dos casas alza un tercero la suya de manera que aquéllas ya no puedan deberse la *altius non tollendi*; bien de haber sido despojado por la fuerza: sin embargo en estos casos puede obligarse á restablecer la servidumbre cuando desaparezca el obstáculo (10).

(1) D., VIII, 6, 2.

(2) D., VIII, 3, 13; id. 6, 8, § 1.

(3) D., VIII, 6, 9.

(4) D., VIII, 6, 17.

(5) D., XXXIX, 3, 17, pr.

(6) D., VIII, 6, 18, pr.

(7) D., VIII, 6, 10, § 1.

(8) D., VIII, 6, 11, pr.

(9) D., VIII, 6, 19, § 1.

(10) D., VIII, 5, 6, pr.; id. 6, 14, pr.; XLI, 3, 4, § 27; XLIII, 16, 9, § 1; id. id., 10 y 11.

(c) *Plazo.* Antes de Justiniano se perdían las servidumbres cuando no se ejercitaban durante dos años seguidos (1). En el caso de que no fuera permitido usar la servidumbre más que en cierto mes ó estación del año, ó en meses ó años alternos, se duplicaba el tiempo; pero si podía usarse en días alternos ó diariamente aunque fuese en horas determinadas, se extinguían por el plazo comun de los dos años (2). Justiniano prolongó este período á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes para todas las servidumbres (3). Más tarde exceptuó de esta regla la servidumbre cuyo uso no fuera permitido sino un solo día en cada quinquenio, la cual no se extinguiría hasta pasados veinte años sin usarla (4). Infiérese, por último de sus constituciones (5) que cuando se trate de bienes no sujetos, como veremos, á la prescripción ordinaria, se necesitaría el trascurso de treinta ó cuarenta años respectivamente.

Tales son las únicas innovaciones que juzgamos se propuso hacer el Emperador en esta materia, conservando por lo demás toda la doctrina expuesta anteriormente; pero los modernos escritores se hallan muy divididos sobre la inteligencia de las reformas de Justiniano. Para unos, declaró innecesaria la prescripción extintiva, sancionando como bastante el simple no uso para extinguir todas las servidumbres indistintamente: para otros, hizo todo lo contrario; abolió el no uso y quiso que sólo se perdieran las servidumbres por la prescripción extintiva. No debemos extrañar pareceres tan opuestos, porque á todo se prestan las leyes de Justiniano que vamos á reseñar.

En 530 dictó una constitucion en la cual declara que el usufructo no se pierde por el no uso, sino únicamente por la muerte del usufructuario y por la destruccion de la cosa usufructuada; de manera que debe conservarle mientras viva, pues acontecen innumerables causas por las cuales no puede el hombre gozar de lo que le pertenece: y termina con esta excepcion: *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur; quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere* (6). Hé aquí el fundamento de los que,

(1) PAULO, I, 17, 1.

(2) D., VIII, 6, 7.

(3) C. III, 34, 13.

(4) C. III, 34, 14.

(5) C. H, 41, 5.—VII, 39, 8.—Nov. CXXXI, cap. 6.º

(6) C. III, 33, 16, pr. y § 1.

haciendo extensiva á todas las servidumbres esta disposicion referente al usufructo, sostienen que ninguna servidumbre se extingue por el simple *no uso*, miéntras *no prescriba* el dueño de la finca dominante la libertad de ésta con todos los requisitos que veremos son indispensables para prescribir el dominio. Pero obsérvese: 1.º Que la constitucion habla sólo del usufructo, y nunca sería razonable extenderla á las servidumbres prediales cuya naturaleza es diferente. 2.º Que áun concretándola al usufructo, se expresa de muy distinta manera en la nueva que luégo publicó.

Con efecto: al año siguiente (531), recuerda Justiniano su anterior disposicion; pero lo hace en términos que más bien parece una declaracion opuesta. Así como hemos resuelto, dice, que el usufructo no se pierda por el *no uso* de uno ó dos años, sino por el de diez ó veinte, *ita et in caeteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non bienio... sed decenio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis* (1). Esta doctrina la reproduce en el mismo año cuando declara que se necesita el *no uso* de veinte años para perder la servidumbre que sólo es permitido usar una vez por cada quinquenio (2). Hé aqui á su vez el fundamento de los que suponen innecesaria la *prescripcion extintiva* y suficiente en todos los casos el *no uso* para dar fin á las servidumbres; pues la ley dice que *toda servidumbre se perderá no usándola por diez ó veinte años*, porque quiere igualarlas en todo, *ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis*, quitando todas las diferencias que las separaban, *explosis differentiis*. Pudiera sostenerse esta opinion ciñéndonos rigurosa y exclusivamente á la letra de la ley: notemos, sin embargo, que fué publicada en 531, precisamente cuando se estaban confeccionando las Pandectas; de manera que los redactores de éstas no pudieron ménos de tenerla á la vista; y á pesar de todo no la creyeron incompatible con la doctrina de la *prescripcion extintiva* cuando insertaron en el Digesto los fragmentos que la conservan y razonan (3).

(1) C. III, 34, 13.

(2) C. III, 34, 14.

(3) Mas comprensivas y sencillas las legislaciones modernas, establecen que las servidumbres se pierden por el *no uso* durante cierto plazo, el cual empieza á contarse para las *discontinuas* desde que dejan de usarse, y para las *continuas* desde que tiene lugar un acto contrario á la servidumbre (pág. 359, nota).