

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS DEL DERECHO**

**TIPOS DE SEÑORÍOS JURÍDICOS EN EL
DERECHO ROMANO CLÁSICO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Autor: RENÉ ARMANDO VILLACURA MARTINEZ

PROFESORA GUÍA: SRA. ANA INÉS OVALLE

Santiago – Chile

2009

DEDICATORIA

Ofrezco esta investigación a mis Papás, a mi hermanita, a mi Mami y al Papá Armando (Q.E.P.D.), por el amor profundo que siempre me han profesado y sigue incondicional con el paso del tiempo, el cual siempre ha sido mutuo.

ABREVIATURAS

- .- **Cap.** Capítulo.
- .- **D.** Digesto.
- .- **Ej.** Ejemplo.
- .- **Ibíd.** En el mismo lugar, allí mismo, para señalar que la referencia, Tiene mismo autor, obra, pero distinta página(s) que la citada Anteriormente.
- .- **Loc. Cit.** Mismo autor, obra y página, que la cita anterior.
- .- **N°** Número.
- .- **N. del A.** Nota del autor.
- .- **Op. Cit.** Obra ya citada del autor.
- .- **p.** Página o Páginas.
- .- **Sig.** Siguiete.
- .- **Subt.** Subtítulo.
- .- **V.a.** Véase además.

INTRODUCCIÓN

Durante la historia de Roma, el derecho evolucionó desde el *Iure quiritium*, rígido y resguardado en una primera época a través de los pontífices; luego logra su máximo esplendor en la época clásica con el *Pretor* y los jurisperitos, quienes lo imaginaron y desarrollaron hasta lograr identificarlo con la sociedad romana, a través de la figura del derecho bonitario. Posteriormente en la época postclásica, observamos la pérdida de autonomía y libertad de los jurisperitos comenzando a consolidarse la cancillería imperial. Todas estas circunstancias, crearon los cimientos de las dos grandes tradiciones jurídicas conocidas en la actualidad como son, la continental y el *common law*.

Respecto al objetivo de este trabajo, se examinarán y analizarán lo que hoy en día se conoce, como derechos reales, siendo el más importante de ellos, el dominio y sus desmembraciones; en base a la importancia que tienen a todo nivel dentro de una sociedad.

Por la influencia actual del dominio, se ha optado por titular esta memoria, como “Tipos de señoríos jurídicos en el derecho romano clásico”, en la que hemos circunscrito su estudio, al qué creemos, es el período más brillante de la historia romana, como es la época clásica.

Sin perjuicio, no ha sido fácil esta aproximación, ya que, tanto los derechos reales como los señoríos jurídicos, como son conocidos en la actualidad, son difíciles de encuadrar en dicha época. En esta investigación se abordarán estos inconvenientes intentando entregar una visión didáctica respecto de éstos y enunciando las razones para aplicarlos o no.

En razón de lo anterior, hemos puesto énfasis en el estudio de la “época clásica” que se desarrolló aproximadamente entre el año 130 A.C., y el año 230, la que estuvo conformada por tres períodos; la primera época clásica o “Inicial”, que comprendió desde el 130 A.C., hasta el 30 A.C.; la “Alta o Central” desde el 30 A.C., hasta el 130 y la “Tardía” desde el 130 hasta el 230.

Respecto al método para realizar esta memoria, será el deductivo, partiendo de la lectura de fuentes y bibliografía recopilada, tratando así de entregar un trabajo didáctico y de lectura simple, pero no por esto menos riguroso.

Con todo, la idea basal de este estudio es tratar de constatar que los señoríos jurídicos desde sus inicios fueron un motor fundamental para la sociedad romana, en relación a distintos factores, como por Ej: los económicos, jurídicos, sociales, culturales, etc.; de ser así, esto podría servir para entender de una mejor forma, algunos cambios de criterios, razonamientos, tradiciones e incluso costumbres de vida que se produjeron a lo largo de la historia de Roma, situación que permitiría situarlos en

ciertos contextos históricos y así, analizarlos y confrontarlos con otras variables, circunstancia que mejoraría la comprensión de la evolución y desarrollo de algunas instituciones romanas.

En relación con lo anterior, se intentará verificar si fue posible con señoríos jurídicos regulados flexiblemente, lograr soluciones a las diferentes problemáticas planteadas por la sociedad romana, sin necesidad de realizar cambios mayores a los marcos prefijados. Esta situación es relevante, ya que, en la época clásica se encontraron conviviendo en paralelo dos tipos de derechos distintos, el *quiritario* y el *bonitario*, siendo el primero tremendamente importante en Roma, dado que, se había originado en la época arcaica y reglamentaba las diferentes instituciones con características de formalidad, algunas de éstas eran, las *res Mancipi*, la *Mancipatio*, etc., en cambio el segundo, era el derecho del *Pretor*, cual tuvo como finalidad, dar respuesta al avance de la sociedad romana, sin perder de vista el derecho de los *quirites*.

El presente trabajo está compuesto por tres capítulos, a través de los que se analizarán los planteamientos antes señalados:

En el primer capítulo, denominado “La *res* y los señoríos jurídicos”, será analizada la palabra “*res*”, su posible definición y las diferencias que tuvo con el término “cosa”, a continuación, la relación de la “*res*” con los vocablos “*bona*” y “*patrimonium*”; el estatuto jurídico de las cosas entre las que se encuentran las *res Mancipi* y *nec Mancipi*; la clasificación de las

cosas y finalmente, se tratará en este apartado la expresión “señorío jurídico”, el cual, actualmente es vinculado con el dominio, junto a la voz derechos reales y algunos términos latinos relacionados.

En el segundo capítulo, denominado “Señorío jurídico pleno”, se manifestará que en la etapa clásica sólo se trataba de la figura denominada *dominium*, además se intentará fijar su origen en razón de la evolución que esa figura tuvo en los distintos pueblos de la antigüedad; también se señalarán las formas que fue tomando a través del tiempo y sus distintas denominaciones; se presentarán sus requisitos, características, elementos y atributos que tuvo; en algunos casos se presentarán distintas opiniones de autores, las que serán en ciertos casos contrastadas entre si; posteriormente se intentará conceptualizar la expresión *dominium*, junto a los distintos tipos que existieron en Roma, en base al derecho de los *quirites*, al del *Pretor* y/o derecho *bonitario*; asimismo se mostrarán ciertas clasificaciones de los modos de adquirir, señalando cual fue la única de estas sistematizaciones conocida por las fuentes romanas, manifestándose también, que estos modos en el período clásico, fueron de carácter originarios y no derivativos, como se podría pensar, además se realizarán algunas descripciones de modos civiles y naturales; igualmente se presentarán ciertas formas de protección, en especial se intentará examinar el modo más importante de amparo que conocieron los romanos, cual fue denominada *actio reivindicatio* y sus respectivas prestaciones mutuas, las que son conocidas hasta nuestros días.

En el tercer capítulo, denominado “Señoríos jurídicos potenciales”, se describirán algunos arquetipos de éstos, como son, las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación, en relación con el primero, se detallará que en la época clásica eran sólo prediales y fue sólo en el período posterior que se incluyó la posibilidad de que llegaran a ser personales; se describirá su origen, algunas de sus características, las formas de constituir las y extinguirlas, también se mostrarán algunos tipos de éstas, como son, las rústicas, las urbanas entre otras y las maneras de protegerlas; en el caso del usufructo se presentará su origen y fin primitivo, también se indicarán cuáles fueron algunas de sus características, junto a los beneficios y obligaciones que tuvieron los usufructuarios, las formas de constitución y extinción, asimismo se analizará el cusufructo, cual fue regulado por los romanos a modo de respuesta ha ciertas circunstancias de su historia y con el fin de resguardar ciertos intereses de índole económico, además se revisarán las distintas maneras de ampararlo; finalmente, se tratarán el uso y la habitación, serán analizadas y se indicarán ciertas similitudes que tienen ambas figuras entre sí y en relación con el usufructo.

CAPÍTULO I

“LA RES Y LOS SEÑORÍOS JURÍDICOS”

1.1.- TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE RES, COSA, BIENES Y PATRIMONIO

La palabra *res* utilizada por los romanos clásicos, se asimila a la expresión *cosa*, circunstancia a nuestro entender, no del todo correcta. Por tal razón se comenzará presentando ciertos conceptos que al ser observados desde la perspectiva del derecho romano clásico, permitirán acercarse a la noción del vocablo *res*.

En primer lugar, D’Ors señala que: “...las cosas sirven al hombre y tienen un valor para él, el conjunto de cosas en propiedad de una persona, su patrimonio, constituyen sus bienes”¹. Como se puede apreciar de esta definición, no se remite expresamente a una esfera corporal o incorporeal, pero indica que la cosa tiene un valor y sirve al hombre, por tal razón, se infiere que D’Ors no otorga el carácter de cosa a cualquier entidad existente en la tierra, con lo cual relativiza esta noción, obligando a distinguir entre qué es cosa y qué no lo es; junto a esto, parece necesario aclarar que el vocablo propiedad o *proprietas* en la época clásica, no fue equivalente al término dominio o *dominium*, pues el primero sería más limitado.

Por su parte Iglesias indica que: “Cosa – *res* -, en sentido propio, es todo objeto del mundo exterior sobre el cual pueden recaer derechos. El campo de las cosas se limita a los objetos materiales o corpóreos – el *praedium*, el

¹ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona, España. Publicaciones del estudio general de Navarra XXIII, año 1960, p. 95.

servus, el *supellex*, la *pecunia numerata* -, y no todos, sino a aquéllos que son jurídicamente comerciables”². En su concepto, no todo objeto puede ser considerado cosa, señalando que *res* es aquella que tiene materialidad y es comerciable.

En este sentido, Guzmán manifiesta que la cosa sirve: “...para denotar dinámicamente una variada gama de objetos y situaciones que se ofrecen a los sentidos y a la intelección”, esta noción parece bastante amplia, a diferencia del término *res*, así pues, este último se refiere: “...a cualquier objeto constituido por materia, sea bajo una forma natural, sea con la forma artificial que le dieron la mano del hombre y sus instrumentos”, por esta razón, en Roma la expresión *res* fue confundida con *corpus*, pues el vocablo cosa deriva realmente de causa y no de *res*, ya que, la primera es más amplia que la segunda³.

En este planteamiento, la palabra *res* hace alusión a un enfoque material o corpóreo, ya sea por resultado de la naturaleza y/o la intervención del hombre; además podría ser posible sostener la diferencia existente entre los vocablos *res* y cosa, ya que, este último sería bastante más extenso, pues integra la posibilidad de la intelección, circunstancia ajena al término *res*, que sólo se presentaba en un plano corpóreo.

² IGLESIAS JUAN. *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*. Quinta edición revisada y aumentada. Barcelona, España. Ediciones Ariel, año 1965, p. 211.

³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*. Reimpresión de la primera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 1997 (Primera Edición 1996), tomo I, p. 429.

Por las consideraciones antes planteadas, el término cosa en este trabajo, se presentará con similitud a la voz *res*, es decir, en una esfera material, salvo afirmación en contrario.

Con todo, algunas *res* otorgaban beneficios y/o utilidades a sus titulares, éstas son denominadas por Volterra como “cosas en sentido jurídico”, es decir: “...aptas para satisfacer necesidades comunes a los hombres, que sean accesibles y tengan valor económico, en el sentido técnico que se atribuye a este adjetivo, es decir, que puedan cambiarse por otras”⁴.

Las cosas en sentido jurídico, tienen un vínculo con el término actual, denominado bien y éste es explicado en su plural por D’Ors como los que: “...reportan una utilidad, es decir, la ventaja de su uso”⁵, además, debían cumplir ciertos requisitos, a saber, ser útil, o sea, provocar una ventaja o beneficio para su titular; su fin era satisfacer necesidades humanas y tener valor económico, además de ser accesible e intercambiable por el hombre.

En relación con lo anterior, en Roma fueron conocidas también las locuciones *bona y patrimonium*. Para Guzmán estos vocablos habrían sido expresiones similares, pues significaban una unidad de bienes, los cuales no incluían las deudas; además señala que pudieron no contar con dueño actual, sin perjuicio, que posteriormente lograrán llegar a tenerlo. Junto a

⁴ VOLTERRA EDUARDO. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez. Reimpresión de la primera edición. Madrid, España. Editorial Civitas S.A., año 1991 (Primera Edición 1986), p. 288 a 290.

⁵ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*. Novena edición y revisada. Pamplona, España. Editorial Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra S.A., año 1997, p. 186.

esto, agrega Guzmán, que una persona pudo tener más de un patrimonio, Ej., los peculios⁶. Por su parte, D'Ors plantea que el *bona y patrimonium* en sentido amplio, si contenían a las deudas⁷.

1.2.- ESTATUTOS JURÍDICOS DE LAS COSAS

En la Roma clásica se evitaban las clasificaciones, pero con el afán de entregar cierta claridad respecto a los tipos de *res* y su tratamiento con las distintas instituciones, se hace necesario efectuar las siguientes clasificaciones y/o subcategorías⁸:

1.2.1.- *Res extra commercium* y *res intra commercium*

1.2.2.- *Res Mancipi* y *res nec Mancipi*

1.2.3.- *Res fundi* y *res ceterae*

1.2.1.- Res extra commercium y res intra commercium

Las *res extra commercium*, pueden ser definidas como: “Cosas sustraídas por el orden jurídico-no por su propia naturaleza-de la posibilidad de ser objeto de propiedad o derechos privados y de formar

⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 430 a 432.

⁷ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 179.

⁸ Para un mayor análisis de los estatutos jurídicos de las cosas, ver a GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 433 y Sig.

parte de un patrimonio particular, en consecuencia. Los autores incluyen entre ellas las *res divini iuris*, *res publicae* y *res comunes omnium*”⁹.

Según Volterra, son aquéllas que: “...ya sea por su naturaleza física, ya sea por su destino jurídico, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de particulares y que, sobre todo, no son enajenables”¹⁰.

Como se puede apreciar, este último planteamiento es más amplio que la primera definición, ya que, en el no se distingue entre el orden jurídico y el natural, sin embargo, existe un elemento común de ambas definiciones, relativo a que este tipo de *res* no se encontraba en el tráfico jurídico bajo ninguna circunstancia y por esta situación, no podía ser adquirida por los particulares, indistintamente a las características internas o externas que éstas tuvieran.

Con todo, las *res extra commercium* a su vez se pueden subclasificar en:

I).- *Res divini iuris*, éstas no podían ser: “...objeto de propiedad por parte de particulares porque son consideradas propiedad de los dioses y, en

⁹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid, España. Instituto Editorial Reus, año 1948, p. 525.

¹⁰ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 291.

la nueva concepción cristiana, porque están destinadas al culto”¹¹. Además se caracterizaban por su fuerte matiz religioso, incluso llegando a índoles divinos, aunque sin hacer distinciones respecto a la categoría divina a cual se otorgaban. Este fue el elemento que les daba el carácter para encontrarse fuera del comercio humano.

Las *res divini iuris* se subclasificaban a su vez en:

a).- *Res sacrae*, son aquéllas consagradas a los dioses superiores¹², en este sentido, Iglesias señala que estas cosas adquirirían su categoría a través de una ceremonia dirigida por un magistrado, quien era asistido por un sacerdote, este rito fue denominado *consecratio o dedicatio* y la forma de perder esta categoría se realizaba a través de otro acto denominado *profanatio*¹³. Por su parte Volterra complementa el planteamiento anterior al señalar que, según su parecer en el derecho romano antiguo, se requería además de la ceremonia de *consecratio*, una ley, un plebiscito o un senadoconsulto. Junto a esto, Volterra expone que, posteriormente la ceremonia era realizada por el emperador, hasta que en la época justiniana, sólo el obispo tuvo el poder de otorgar dicha calidad, mientras que el acto de pérdida era denominado *exauguratio*¹⁴. En tal sentido, Samper señala que la formalidad para desafectar estas *res* se denominaba

¹¹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 292.

¹² GAYO 2. 4. (*Instituciones Jurídicas de Gayo*, texto y traducción por Francisco Samper. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2000). Esta será la versión de las *Institutas* de Gayo, utilizada en este trabajo.

¹³ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 213.

¹⁴ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 292.

profanatio o *exauguratio*¹⁵. Con esta última idea, se disipa cualquier posible conflicto terminológico entre iglesias y Volterra, en lo referido a la designación del rito de desafectación de este tipo de *res*, entregando como resultado que ambos vocablos son correctos para dicha denominación.

En razón de los conceptos antes esgrimidos, podemos deducir que este tipo de *res* tuvo como característica la de ser ofrecida a las deidades superiores, bajo ciertos requisitos, los que como se señaló anteriormente, fueron evolucionando en el tiempo; Ej., de este tipo de *res*, son los templos.

En tal sentido, el papel del obispo adquirió gran importancia, tanto para su adquisición como para su pérdida, ya que, en el imperio romano por influjos posteriores del cristianismo, se encontraban consagradas a Dios¹⁶.

b).- *Res religiosae*, eran aquéllas destinadas al culto de los dioses inferiores¹⁷. Respecto de éstas, no era necesaria ceremonia alguna para su adquisición, existiendo como único requisito el que el dueño del terreno enterrará un cadáver humano en aquel sitio, sin perjuicio, que la *ley de las XII Tablas* prohibía realizarlos en la ciudad¹⁸.

En la época clásica, existieron ciertos conceptos asociados a las *res religiosae*, como el *sepulchrum*, que se trataba del lugar donde estaba

¹⁵ SAMPER FRANCISCO. *Derecho Romano*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso Universidad Católica de Valparaíso, año 1975, p. 113.

¹⁶ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 213.

¹⁷ GAYO 2. 4.

¹⁸ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 292. "N. del A. Número 9".

enterrado el cadáver, sitio que no era enajenable; el *ius sepulchri*, la posibilidad de visitar el sepulcro y el *ius inferendi*, que permitía ser sepultado o sepultar a otros en ciertos terrenos¹⁹. En síntesis, estas *res* también se encontraban fuera del tráfico jurídico, ya que, eran consagradas a las divinidades inferiores, así es factible pensar, que por esta circunstancia no se requiriera ningún tipo de formalidad para alcanzar dicho status. Ej., de este tipo de *res* es el terreno de la tumba.

c).- *Res sanctae*, es aquella categoría que se encontraba fuera: “...de la posibilidad de ser objeto de propiedad privada en razón de una especial protección manifestada en la época pagana por ceremonias realizadas por los *augures*; tales son las puertas de las ciudades y las murallas, que si bien no estaban consagradas acarreaban la pena capital contra sus violadores”²⁰.

Respecto a esta clase, encontramos una enseñanza de Gayo en el Digesto que señala: “*Sanctae quoque res, veluti muri et portae (4), quodammodo divini iuris sunt*”²¹, su traducción es: “...También las <<cosas santas>> <o inviolables>, como las murallas y las puertas de la ciudad, son, en cierto modo, de derecho divino...”²². Este tipo de *res* podía protegerse a través de un interdicto que prohibía introducir o hacer algo en

¹⁹ Loc. Cit.

²⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 529.

²¹ D 1, 8, 1. (*Digesto* Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con notas de D. Ildefonso L. García del Corral). Este texto será utilizado para todas las citas en latín de este trabajo. La enseñanza de Gayo se encuentra en Institutas 2. 8.

²² D 1, 8, 1. (*Digesto* en versión castellana por Álvaro D’Ors, F. Hernández – Tejero, P. Fuenteseca, M. García – Garrido y J. Burillo). Este texto será utilizado para todas las citas en castellano.

lugar sagrado²³. Con todo, requerían una solemnidad para adquirir esta condición. Para D’Ors, se consagraban a través de una ceremonia especial denominada *inauguratio del pomerium de la ciudad*²⁴, en base a esta última opinión, debemos examinar el significado que tuvo la palabra *pomerium*.

Gutiérrez señala que *pomerium* fue la: “...explanada dentro y fuera de los límites de la ciudad, considerada como *sanctum*, y en la cual no se podía cultivar ni edificar y servía de límite para la determinación del *imperium militar*”²⁵. En relación a la misma expresión, se puede presentar otro concepto: “Zona libre que seguía el trazado de las murallas de Roma, donde los comicios centuriados, como no eran otra cosa que el ejército, no podían reunirse en el espacio limitado por él. Ningún ejército, embajador extranjero, ni divinidad ajena a Roma, podía pasar de esta zona sin un permiso especial. Este concepto fue sucesivamente ampliado por Servio Tulio, Sila, Claudio, Nerón y Vespasiano”²⁶.

En razón de lo descrito, la frase *inauguratio del pomerium* pudo ser entendida como la inauguración del sector contiguo de las murallas y de sus puertas.

Pero la denominación de esta ceremonia, no parece ser una situación pacífica en la doctrina, ya que, Volterra manifiesta que este rito se

²³ D 43, 6, 1 – 2 – 3.

²⁴ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 181.

²⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 473.

²⁶ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Sea, año 1962, p. 469.

denominaba *sanctio* y agrega además, que las faltas a este tipo de *res*, eran consideradas un *sacrilegium* y su sanción era la muerte²⁷, sin embargo, revisando el significado de la palabra *sanctio*, no se presenta del todo clara la relación que pudo tener con la institución planteada, dado que, fue la: “Sanción; parte de la ley en la que se preceptúan las consecuencias de su inobservancia; atendiendo a ella pueden distinguirse leyes perfectas, imperfectas y menos que perfectas”²⁸.

No obstante, si el término empleado por Volterra no fuese *sanctio* sino que *sanctus*, el vínculo con esta categoría sería directo, pues este último significaba: “Santo, sagrado, inviolable”²⁹.

Junto a esto, también debemos analizar el significado del término *sacrilegium*, que era la sanción en caso de infracción de este tipo de *res*.

En tal sentido, parece necesario recordar el relato de la fundación de Roma, en particular cuando Remo salta las murallas aradas por su hermano Rómulo, primer Rey de Roma y este último lo sanciona con la pena capital. Sin perjuicio de ser una leyenda y parte del imaginario colectivo, se logra inferir la importancia de esta categoría para los romanos.

Para Gutiérrez, la expresión *sacrilegium* significaba: “Sacrilegio; Violación de cosas sagradas. Delito público de sacrilegio”³⁰. En este

²⁷ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 294.

²⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 541.

²⁹ *Ibíd.*, p. 542.

sentido, Ulpiano en el Digesto expone que: “*Sacrilegii poenam debebit Proconsul pro qualitate personae, proque rei conditione, et temporis, et (2) aetatis, et sexus vel severius, vel clementius statuere; et scio multos et ad bestias damnasse sacrilegos, nonnullos etiam vivos exussisse, alios vero in furca suspendisse. Sed moderanda poena est usque ad bestiarum damnationem eorum, qui manu facta templum (3) effregerunt (4), et dona Dei noctu tulerunt. Ceterum si qui interdium modicum aliquid de templo tulit, poena metalli coërcendus est, aut si honestiore loco natus sit, deportandus in insulam est*”³¹, en castellano es: “El Gobernador de la provincia debe fijar la pena de sacrilegio más severa o más benignamente en atención a la condición de la persona y circunstancias de la cosa, tiempo, edad y sexo; y tengo noticia de que muchos han condenado a los ladrones sacrílegos a luchar con las fieras, algunos incluso a ser quemados en vida, otros a la horca; pero la pena debe ser graduada hasta el máximo de la condena a luchar con las fieras, en el caso de aquellos que violaron templos por la fuerza y se llevaron de noche los donativos hechos a la Deidad; en cambio, él que se llevó del templo acaso un objeto de poco valor debe ser castigado con la pena de mina y, si se trata de persona de un nivel más alto, debe ser deportado a una isla”³².

Como se puede apreciar de este pasaje de Ulpiano, queda muy bien identificada la gravedad de la sanción al sacrílego, cual por regla general significaba una especie de pena capital para el condenado, la que debía

³⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 541.

³¹ D 48, 13, 6.

³² D 48, 13, 7 (6).

ajustarse a criterios de justicia, es decir, atender a las condiciones y circunstancias del infractor al momento de fijar el castigo del caso concreto.

Esta clase de *res*, adquirió su categoría de *extra commercium* por la intervención de los *augures* en sus ceremonias, así estas *res* se encontraban fuera del comercio humano, no por motivos divinos o religiosos como las subcategorías anteriores, sino que por lo importante que eran para la defensa y seguridad de Roma, tanto en lo relacionado con sus propios ejércitos, circunstancia que se pudo observar en lo expuesto por los límites del *imperium militar*, como con los particulares, pues trataron siempre los romanos de evitar de todas formas que estas *res* se encontrarán en sus manos, en razón de los eventuales acuerdos con los enemigos, situación que presentaría una gran vulnerabilidad para los intereses de la ciudad, además de los respectivos efectos que traería como consecuencia dicho escenario.

II).- *Res extracommercium humani iuris*³³, eran: "...de derecho humano o profanas en contraposición a *res divini iuris*, que se encuentran afectadas al uso de los hombres y que se subdividen en *res comunes*, *res publicae*, *res universitatis* y *res privatae o res singulorum*"³⁴. El criterio para encontrarse fuera del comercio humano, al parecer no se debió a índoles

³³ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 294. "Según las Institutas de Justiniano".

³⁴ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 526.

divinas, religiosas o de seguridad para Roma, sino que, por no haber sido accesibles y/u otorgar ventaja a los particulares.

Las *res extra commercium humani iuris* se pueden subdividir en:

a).- *Res comunes omnium*, eran aquéllas: “...cuya propiedad no pertenece a nadie, por estar sustraída de la propiedad particular, y su uso es común a todos los hombres...”³⁵. Respecto a esto, Marciano en un pasaje del Digesto señala: “*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*”³⁶, es decir: “...son comunes a todos por derecho natural el aire, el agua corriente, el mar y con él sus costas”³⁷. Otro concepto que se encuentra en la doctrina, es aquel que: “...aunque son útiles e indispensables para la vida, están disponibles en cantidades superiores a las que se necesitan por parte de los hombres y, por tanto, son bienes no económicos, gratuitos, no canjeables”³⁸; además se debe mencionar que en caso de posibles daños a estas *res*, se podía invocar la *actio iniuriarum*, con el fin de solicitar una indemnización por dicho perjuicio³⁹; posteriormente, en la etapa justiniana, la clasificación fue extendida a las riberas del mar⁴⁰.

³⁵ *Ibíd.*, p. 525.

³⁶ D 1, 8, 2, 1.

³⁷ D 1, 8, 2, 1.

³⁸ VOLTERRA EDUARDO. *Op. Cit.*, p. 295.

³⁹ IGLESIAS JUAN. *Op. Cit.*, p. 215 y 216. “N. del A. Número 29”, las cosas comunes a todos los hombres como el aire, el mar y sus playas como lo decía el jurista Marciano. En la misma cita, Perozzi señala que esta categoría no es romana sino bizantina.

⁴⁰ ARANGIO - RUIZ VINCENZO. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la décima edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires, Argentina. Editorial De Palma, año 1952, p. 190.

Con todo, estas *res* se encontraban fuera del tráfico jurídico, aunque sin lugar a dudas generaban ventajas y/o beneficios al hombre, no obstante, el problema radicaba en otros aspectos, ya que, no tenían un valor económico intrínseco, lo cual se producía debido a que existían cantidades mayores de *res* en relación con las necesidades de éstas, es por tal razón, que no pudieron ser adquiridas por los particulares, pues eran utilizadas por todos.

b).- *Res publicae*, éstas no eran susceptibles de adquisición por los particulares, pues su uso es común a todos y eran consideradas propias del pueblo romano⁴¹; podían ser obra del hombre y en tal caso, para ser adquiridas requerían la celebración de una ceremonia designada *publicatio*.

En caso de perturbación o molestias, su protección y/o amparo se conseguía a través de dos instrumentos, la *actio iniuriarum* y en particular, el interdicto que prohibía se edificara en terrenos públicos y además no hacer, ni introducir nada en éstos⁴², este último resguardaba incluso, lo que pudo perjudicar o realmente afectaba los caminos públicos, además dentro de las características de este interdicto, se encontraban el ser perpetuo, popular y de utilidad pública⁴³.

A diferencia de las *res communes omnium*, las *res publicae* contaban con titularidad en el dominio, sin embargo, no se encontraban en el patrimonio

⁴¹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 528.

⁴² Al respecto, véase IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 217; D 43, 8, 1 y D 43, 8, 2, 3.

⁴³ D 43, 8, 2, 31 – 34 – 44.

de ningún particular, ya que, estaban fuera del comercio humano, no obstante, esta figura recaía en el pueblo romano, pero su uso era público, dado que, producían beneficios a todos.

Con todo, las *res intra commercium o in commercio*, fueron aquellas que pudieron ser parte de relaciones jurídicas entre particulares y además eran enajenables⁴⁴, es decir, estaban dentro del tráfico jurídico, ya que, podían ser parte de un *bona o patrimonium* de un particular, en razón de contar con características de ser factible su adquisición y además generaban beneficios para el hombre.

Dentro de la categoría de *res intra commercium*, se deben incluir algunas *res humani iuris*, que pudieron o no tener dueño actual⁴⁵.

I).- Aquéllas que eventualmente contaron con dueño actual:

a).- *Res publicae*, las que, según Volterra, servían para satisfacer necesidades individuales, se encontraban en el tráfico jurídico, eran enajenables y propias de los romanos como por Ej., los esclavos públicos⁴⁶; la diferencia con las otras *res publicae* antes examinadas, era el tipo de

⁴⁴ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 291.

⁴⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 434 y Sig.

⁴⁶ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 296 y 297.

necesidad que satisfacían, pues en este caso se trataba de la esfera individual y no así de la colectiva.

b).- *Res privatae*: “cosas objeto de propiedad privada, integrantes del patrimonio de una persona y susceptibles de transmisión y adquisición. Se les denomina también *bona y pecunia*”⁴⁷. Estas *res* eran parte del comercio entre particulares a través de diferentes actos para ser adquiridas, pues no tenían restricciones intrínsecas y/o extrínsecas.

En caso de no haber contado con dueño actual, las *res humani iuris* se pudieron clasificar en:

a) *Res derelictae*: “Cosa abandonada; aquellas a cuya propiedad ha renunciado su titular por un acto de abandono”⁴⁸, se encontraban dentro del comercio, no tenían titular actual, pues el dueño por hechos positivos, abandonó y/o renunció a su titularidad, en caso de cumplirse estos requisitos, cualquier persona podía adquirirlas, pero en caso de no ser el dueño quien realizaba estos hechos y existiendo aprehensión de la *res* por parte de un tercero, se configuraba la figura del *furtum*.

⁴⁷ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 528.

⁴⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 525.

b) *Res nullius*: “cosa de nadie; cosas que carecen de dueño, bien por no haberlo tenido nunca o bien por haber desaparecido la titularidad del anterior propietario”⁴⁹, se encontraban en el tráfico jurídico, no contaban con un titular actual; sin embargo, el concepto presenta una noción amplia, pues incluye a las *res derelictae*, ya que, las *res nullius* deben remitirse solamente a las que jamás habían contado con un dueño.

c) *Res hostiles*, eran propias de los súbditos, por regla general se convertían en botín de guerra al estar tomadas por Roma, se encontraban dentro del comercio humano, salvo que un tratado hubiese amparado estos bienes⁵⁰.

1.2.2.- Res Mancipi y res nec Mancipi

Esta distinción surgió en la época arcaica, en razón de los bienes estables - identificables y los inestables - no identificables.

Los primeros se denominaban *res Mancipi* y en la sociedad agraria se destinaban a la producción, se transmitían de generación en generación y existía un interés colectivo sobre éstos, por lo cual para ser transferidos se requería un modo solemne, por Ej., la *Mancipatio* o la *in iure cessio* y cierta publicidad⁵¹. Según Gayo, en este tipo de *res* se encontraban: los predios en

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 528.

⁵⁰ *Op. Cit.*, p. 526.

⁵¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Op. Cit.*, p. 437.

suelo itálico; las servidumbres rústicas; los esclavos y el ganado mayor de tiro y carga que generalmente es domado por el cuello o el lomo⁵². Prácticamente fue un catálogo de *numerus clausus* y no aumentó con el paso del tiempo.

Por su parte Iglesias agrega, que eran transmisibles por modos solemnes, es decir, por *mancipatio* e *in iure cessio* y además señala casos que requirieron algún requisito especial para enajenar, como por Ej., el caso de las mujeres, que sin la *auctoritas tutoris*, no lograban dicho objetivo respecto a las *res Mancipi*⁵³. El término transmisión antes mencionado, se entiende en sentido amplio, dado que, alude a la *mancipatio* e *in iure cessio*, cuales eran modos de adquirir entre vivos por lo general, es más, este tipo de *res* siempre fue objeto de *dominium quiritario*. Junto con lo anterior, Samper manifiesta que este tipo de *res* fue la fuente de la fortuna familiar⁵⁴.

Existen dos teorías respecto a esta clase de *res*, la primera promovida por Bonfante, quien es de la opinión, que en un principio tenían índole familiar, por tanto, daban lugar a la propiedad colectiva y posteriormente a la individual, siempre manteniendo su fin original, por su parte, la segunda proposición es formulada por De Visscher, quien señala que estas *res* se encontraban sometidas al *mancipium del pater familias*, pero circunscritas

⁵² GAYO 2. 14 A – 16. Se realiza esta salvedad, ya que, por regla general, los animales que se pueden domar por el cuello son *res Mancipi*, salvo los salvajes.

⁵³ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 217.

⁵⁴ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 114.

a su esfera de *imperium* y *potestas*, a diferencia de lo que ocurría con las *res nec mancipi*, las que estaban dominadas por la esfera económica del *pater*⁵⁵.

Sin embargo, estos planteamientos no son antagónicos y pueden ser perfectamente complementados entre si, dado que, la idea de Bonfante apunta al contenido de este tipo de *res*, esto se observa al manifestar que en su origen tuvo un objetivo familiar, indistintamente a si la titularidad de la *res* se encontraba en una esfera colectiva o individual, en cambio, De Visscher señala que la diferencia entre las *res mancipi* y *nec mancipi*, se refería al área en que se encontraban en el *mancipium* del *paterfamilias*.

Con todo, si las *res* eran inestables - no identificables, se trataba de una *res nec mancipi*⁵⁶, es decir: “cosa que no admite mancipación; categoría de cosas en número ilimitado, definibles por oposición a las denominadas *res mancipi* y que en el ámbito de la economía originaria romana, en que la diferencia se produce, representan los objetos de menor valor para la economía agrícola. Son, por exclusión, todas las cosas que no tienen la categoría de *res mancipi*”⁵⁷, en la época arcaica romana, no tuvieron el peso que fueron adquiriendo posteriormente, ya que, por sus características sirvieron para el cambio y el consumo, pues satisfacían las necesidades del día a día, además pudieron ser transferidas por *traditio* o por *in iure cessio*.

⁵⁵ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 299.

⁵⁶ GAYO 2. 16 – 19.

⁵⁷ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 528.

Esta clasificación comenzó a debilitarse a causa de la jurisprudencia clásica, en base a lo que D’Ors plantea como: “La creciente complejidad y suntuosidad del mobiliario doméstico influyó, sin duda, en la extensión de la reivindicatoria a todas las cosas, lo que significaba la abolición de la antigua diferencia más decisiva, pero no debe perderse de vista que, en cierto sentido, esta extensión es puramente conceptual, ya que, la dificultad para la identificación de algunas cosas subsiste como impedimento para la reclamación de una propiedad sobre las mismas”⁵⁸.

Esta distinción permaneció vigente, en razón de la exclusiva posibilidad de interponer la *actio reivindicatio* en caso de las *res Mancipi*, dado que, fue tremendamente difícil aplicar en la realidad esta *actio* a las *res nec Mancipi*, en razón de su falta de identificación e inestabilidad. Además, Samper agrega un nuevo elemento que pudo ayudar en el declive de esta clasificación, cual es el cambio de una economía agraria primitiva a una urbana comercial⁵⁹, situación que puede ser perceptible en Roma en la época arcaica, alrededor del siglo III A.C., en consideración de la mantención y protección de carreteras con fines de persistir en las campañas militares de extensión territorial⁶⁰, en particular las carreteras tendrán un rol fundamental en lo que al comercio se trate posteriormente, pues servirán a los comerciantes para unir los distintos puntos del imperio.

⁵⁸ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 98.

⁵⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 114.

⁶⁰ DURUY V. *Compendio de Historia Romana*. Edición con grabados y mapas, versión española por D. Mariano Urrabieta. París, Francia. Editorial Librería de Hachette y Cía., año 1904, p. 59.

Junto a esto, un siglo más tarde existió un grupo de romanos que gozaba de gran cantidad de riquezas, fruto de las conquistas realizadas⁶¹.

En consecuencia, estas circunstancias que empezaron en plena época arcaica romana, se consolidan en el cambio de paradigma económico que se produjo con Augusto en la época clásica central, pues se empieza a observar cierta seguridad en las vías terrestres y marítimas del mediterráneo, en los sistemas de comunicaciones y en el sistema monetario⁶², en razón de lo antes expuesto, pareciera ser que tanto el arraigo del cambio económico como la jurisprudencia clásica mencionada por D'Ors, se produjeron en la época clásica central.

Con todo, Guzmán fija el declive de esta distinción a fines de la etapa clásica inicial, cual se va incrementando debido a que el *Pretor* permitió la transferencia de *res Mancipi* a través de *traditio*⁶³. Esta clasificación fue derogada expresamente por Justiniano, el año 531⁶⁴.

1.2.3.- Res fundi y res ceterae

Según D'Ors, la: “distinción más importante para todo el desarrollo del derecho es la que hacían los romanos entre los *fundi* y las demás cosas

⁶¹ En relación, véase D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 38 y 39; DURUY V. Op. Cit., p. 117, 118, 123 y 124.

⁶² En referencia, véase DURUY V. Op. Cit., p. 186 y ÁVILA MARTEL ALAMIRO DE. *Derecho romano*. Reimpresión de la segunda edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 1994 (Segunda Edición 1992), p. 136 a 139.

⁶³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 437.

⁶⁴ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 188.

(*ceterae res*), lo que equivale a la distinción posterior entre inmuebles y muebles, que aparece formulada en estos términos ya en algunas exposiciones didácticas de época clásica”⁶⁵.

A diferencia de lo antes planteado, Samper señala que esta clasificación es de poca importancia en el derecho antiguo, pero sí esta de acuerdo en que se convierte en la *summa divisio* en la época postclásica⁶⁶, en esta época se denominan *res mobiles e immobiles*, cuales tuvieron gran importancia⁶⁷. La expresión derecho antiguo, se debe asociar a la época arcaica.

El criterio arraigado en esta distinción, se refiere a la movilidad o inmovilidad de la res, es decir, si ésta no tenía movilidad, se trataba de una *res fundi*, en caso contrario, era *res ceterae*; pero en la época clásica, esta clasificación no tuvo gran importancia, sin perjuicio, que en la época posterior logró un gran valor, pero a través de la nomenclatura de inmuebles y muebles.

1.3.- CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS

Se presentarán algunas distinciones de cosas, entre éstas:

⁶⁵ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 98 y 99.

⁶⁶ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 114.

⁶⁷ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 437 y 438.

- 1.3.1.- Cosas fungibles y no fungibles
- 1.3.2.- Cosas específicas y genéricas
- 1.3.3.- Cosas consumibles y no consumibles
- 1.3.4.- Cosas divisibles y cosas indivisibles
- 1.3.5.- Cosas principales y cosas accesorias

1.3.1.- Cosas fungibles y no fungibles

En Roma, las cosas fungibles se denominaban *res quae pondere numero mensurave constant* y eran: “...según denominación moderna. Aquellas que en las relaciones comerciales no suelen ser apreciadas por unidades, sino en cantidad dentro de su género, al peso o por número o medida, cual los cereales, el dinero, etc. Los romanos las llamaron también genéricas, *genus*”⁶⁸; otro concepto, hace mención: “...según el destino común económico – social, no tienen individualidad propia y se determinan, pues, no en su unidad sino en su cantidad, en su peso o en su medida...”. En cambio, las cosas no fungibles: “...tienen una individualidad propia y no pueden, por tanto, ser sustituidas por otras”, sin embargo, esta clasificación según Volterra, no fue conocida por los romanos, pues tiene raíz medieval⁶⁹.

La esencia de estas cosas era la fungibilidad, la que podía generarse por la propia naturaleza o por obra del hombre, esta distinción se basaba en que

⁶⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 528.

⁶⁹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 300. “En el siglo XVI fue usado por primera vez este término por un jurista llamado Ulrico Zasio”.

las *res* tuvieran ciertas similitudes con otras dentro del tráfico jurídico, de ser así, nos encontrábamos en presencia de una cosa fungible, como el dinero, cual no contaba con una individualidad propia y en caso contrario, se trataba de una no fungible.

1.3.2.- Cosas específicas y genéricas

Según Guzmán, esta clasificación es distinta de la de cosas fungibles o no fungibles, ya que, se fija en el modo de designar las *res*, sin embargo, estas clasificaciones se encuentran íntimamente ligadas, siendo por regla general, cosas fungibles las genéricas y cosas no fungibles las específicas, ya que, lo importante es el modo de designarlas independiente de la fungibilidad objetiva⁷⁰.

Esta clasificación es importante por la identificación y/o individualización que se podía realizar de la *res*, además de traer aparejada la posibilidad de interponer una *actio reivindicatio* en caso de ser determinable y en caso contrario, una *actio condictio*.

1.3.3.- Cosas consumibles y no consumibles

Según Jorquera, las cosas consumibles: "...son las que desaparecen por el uso, v. gr., una fanega de trigo o el dinero, y las cosas inconsumibles son las que no desaparecen por el uso; v. gr., un caballo, porque si se le destina

⁷⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 439.

al uso no se consume”⁷¹; otro concepto de cosas consumibles: “...cuyo uso trae aparejado un consumo, extinción o enajenación, como el dinero, el vino, el trigo, etc”. Opuestas a las inconsumibles, designadas en Roma *res quae in abusu continentur*, que son aquéllas que pudieron tener un uso periódico por su titular⁷².

El criterio de distinción según Samper, se refiere a si la cosa: “...soporta o no usos reiterados sin destruirse, transformarse sustancialmente o ser enajenada...”⁷³, es decir, si esta *res* conservaba plenamente sus cualidades para ser utilizada, estaríamos en presencia de una no consumible, en caso contrario, habría sido consumible, al igual que si se trataba de una transformación sustancial, circunstancia que ocurría si la *res* carecía de todas o algunas de sus cualidades para su uso.

Esta clasificación, pudo ser subdistinguida, atendiendo a parámetros de consumibilidad o inconsumibilidad, material o jurídica, según Guzmán a saber⁷⁴:

La consumibilidad material, ocurría si con el primer uso acorde a su naturaleza, ésta desaparecería, Ej., una manzana.

La consumibilidad jurídica, caso que una *res* se encontrará constantemente entregada a la enajenación, Ej., el dinero.

⁷¹ JORQUERA F. FRANCISCO. *Derecho Romano*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 1953, tomo I, p. 249.

⁷² GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 528 y 529.

⁷³ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 116.

⁷⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 440.

La inconsumibilidad material, con el primer uso correspondiente a su naturaleza, ésta siguiera existiendo, Ej., una herramienta.

La inconsumibilidad jurídica, cuando el uso natural de la *res* no fuera la enajenación, Ej., un animal.

1.3.4.- Cosas divisibles y cosas indivisibles

Esta distinción se funda según Volterra, en criterios jurídicos y no puramente físicos, ya que, todas las cosas materiales pueden dividirse físicamente; en razón de esto, las cosas divisibles en una esfera jurídica se definen como aquellas que: “...pueden ser reducidas a trozos, cada uno de los cuales conserva su sustancia y, proporcionalmente, la destinación económico – social de la cosa entera...”, en cambio, las cosas indivisibles, son todas las demás⁷⁵.

A diferencia de lo anterior, Guzmán señala que las cosas indivisibles son aquellas: “...que, al ser partidas materialmente dan lugar a partes también menores, pero de distinta cualidad que el todo y así acaece al dividir un caballo, porque entonces no resultan dos caballos de inferior masa sino dos trozos de cadáver de tal animal, es decir, cosas distintas”, además presenta dos especies de divisiones, la imaginaria y la intelectual, pero en realidad no se trata propiamente de éstas⁷⁶.

⁷⁵ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 301.

⁷⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 441 y 442.

En razón de lo anterior, en la época clásica las *res* siempre pudieron ser divididas físicamente, pero no por eso tenían dicha categoría, ya que, al ser divididas podían ocurrir dos situaciones antagónicas, en primer lugar, que las partes tuviesen la misma esencia de la cosa dividida y en ese caso, nos encontraríamos en presencia de una *res* divisible, pero en caso contrario, se trataría de una indivisible.

1.3.5.- Cosas principales y cosas accesorias

La cosa principal: “...determina por sí sola la función del todo...” y la cosa accesorio: “...la que, sin ser absorbida por ésta, contribuye a facilitar dicha función”⁷⁷; en términos simples, si la *res* se bastaba a si misma era principal, en cambio, cuando ayudaba al todo o aumentaba su valor económico, se trataba de una accesorio.

Después de examinar las diferentes clasificaciones de cosas, es preciso citar a Samper quien manifiesta que: “...la realidad parece ser esencial para los romanos, de que ciertas cosas son estables y plenamente individualizables, por lo que normalmente no sirven para el cambio y otras no tienen estabilidad y resulta difícil o imposible diferenciarlas entre si, siendo por estas características usadas preferentemente para el cambio”⁷⁸.

⁷⁷ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 221.

⁷⁸ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 116.

Se desprende de este planteamiento, el manejo lúcido que tenían los romanos respecto a sus instituciones, en particular en lo relacionado a la estabilidad o inestabilidad de las *res*, ya que, careciendo de grandes conceptualizaciones y/o definiciones, observaron sus distintas entidades a través de sus fines y consecuencias.

Junto a esto, en la primera etapa clásica o inicial con una economía agraria, las *res* identificables y de mayor valor tuvieron fines familiares y de conservación de dicho patrimonio, ello fue lo que ocurría con las *res Mancipi*, pero los romanos también necesitaban vivir el día a día y esto lo llevaron a cabo a través de las *res nec Mancipi*, cuales cumplían objetivos de cambio y consumo, ya que, las *res* estables no cumplían con estas exigencias.

1.4.- QUÉ ES UN SEÑORÍO JURÍDICO, POSIBLE CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

En Roma la expresión señorío jurídico no fue conocida ni menos definida, aunque en la actualidad esta locución se asocia al dominio, figura que tiene gran relevancia junto a sus desmembraciones en este trabajo.

No obstante, “señorío”, primera palabra de este término, se puede relacionar en el derecho romano, con fragmentos del Digesto⁷⁹ y por algunos autores⁸⁰, con el vocablo familia, en particular respecto de los esclavos que se encontraban bajo el *pater familias*, estos últimos eran denominados también por lo general señor y/o amo, denominación que evoluciono posteriormente como se puede cotejar en varios pasajes del Digesto⁸¹ hasta llegar a asimilarse a dueño.

Respecto a la palabra “jurídico”, ella no es asociable en la época clásica al *dominium*. Con todo, el enunciado moderno denominado derechos reales, no será utilizado en este estudio, ya que, no parece asimilable a la época clásica en cuanto a su forma y contenido, aunque en ciertos aspectos se puede apreciar una idea o fisonomía de éstos.

En la actualidad, algunos autores relacionan el término señorío jurídico o alguno de sus elementos con el dominio, entre los que encontramos a D’Ors⁸²; Samper⁸³; Iglesias⁸⁴; Arangio - Ruiz⁸⁵; Arias Ramos y Arias Bonet⁸⁶.

⁷⁹ D 50, 16, 195.

⁸⁰ Al respecto, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 431 y SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 111 y 112.

⁸¹ D 1, 5, 13 – D 1, 6, 1, 1 – D 1, 6, 2 – D 6, 1, 27, 4 – D 6, 1, 41, 1

⁸² D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 102.

⁸³ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 111.

⁸⁴ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 213.

⁸⁵ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 199.

⁸⁶ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. *Derecho Romano*. Quinta reimpresión de la décima octava edición. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, año 1995 (Décimo Octava Edición 1986), tomo I, p. 232.

Una idea distinta nos presentan Di Pietro y Lapieza en su definición de propiedad, ya que, utilizan la expresión señorío jurídico para conceptualizarla, dividiendo este enunciado en cada palabra, a saber⁸⁷:

- a) señorío es: “...un poder directo e inmediato sobre la cosa que en su origen histórico y en su designación- *mancipium, dominium*- tiene un contenido, o al menos un reflejo de soberanía política” y
- b) jurídico: “No porque- como es obvio- el derecho objetivo lo sanciona y protege, sino por su carácter ideal, que puede prescindir del efectivo poder o control sobre la cosa, contrariamente a lo que ocurrirá con la posesión, que requiere un efectivo poder de hecho”.

Sin embargo, de la definición anterior de señorío, surge la siguiente interrogante, ¿Este poder directo e inmediato, como pudo ser amparado en la época clásica?

Según Ávila Martel: “...Es imposible concebir el derecho romano clásico como un sistema de derechos subjetivos y es indispensable entenderlo como un sistema de acciones, ya que, eso fue en realidad. Es la vía procesal ofrecida por el *Pretor* la que configura la facultad que tenga una persona para ejercer un poder sobre una cosa o para exigir algo de

⁸⁷ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. *Manual de Derecho Romano*. Reimpresión de la tercera edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma, año 1983 (Tercera Edición 1982), p. 197 y 198.

alguien y no es la facultad reconocida por una fuente jurídica, derecho subjetivo, de la cual emana la acción, consecuencia adjetiva”⁸⁸.

Complementando lo anterior, la acción deriva del verbo *agere*, el que significaba: “hacer avanzar delante de sí, guiar desde atrás, empujar” y en sentido sustancial: “Estar asistido por el derecho”⁸⁹.

En razón de lo señalado por Ávila Martel, esta facultad o poder sobre las *res* no pudo ser observada como un derecho subjetivo en la época clásica, circunstancia que plantea la imposibilidad de ser utilizada la nomenclatura de los derechos reales.

Por su parte, Guzmán entrega ciertos antecedentes para entender esta afirmación, al manifestar que dentro del concepto de derecho subjetivo se encuentran las nociones de facultad y poder, pero agregando además que no existe texto, en que los juristas clásicos presenten como significado de poder o facultad de las personas la palabra derecho, es más, cita como Ej., al jurista Paulo del siglo II y III, quien al definir el término *ius*, no otorgaba dicho significado a esta expresión, además señala que recién en el siglo XII con los canonistas se entiende el *ius* como *potestas o facultas*⁹⁰.

⁸⁸ ÁVILA MARTEL ALAMIRO DE. Op. Cit., p. 169.

⁸⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. Op. Cit., p. 161 y 162.

⁹⁰ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *HISTORIA DE LA DENOMINACIÓN DEL DERECHO-FACULTAD COMO "SUBJETIVO"*. *Rev. estud. hist.-juríd.*, año 2003, N° 25, p. 407-443. (En línea), http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552003002500011&lng=es&nrn=iso. ISSN 0716-5455.

Por su parte Villey plantea respecto a los derechos subjetivos, que los primeros conceptos asociados a éstos, se presentan con la orden Franciscana en particular con Guillermo de Occam a comienzos del siglo XIV y se consolidan con Hobbes⁹¹.

En tal sentido, es útil volver al Ej., de Paulo planteado anteriormente por Guzmán, pues Paulo en un pasaje del Digesto manifiesta que: “*Ius pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod Semper aequum ac bonum est, ius dicitur, u test ius naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile; nec minus ius (4) recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur, etiam quum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud, quod Praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione Collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit; quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque (5) Praetor salva maiestate, imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*”⁹², su traducción es: “La palabra <<derecho>> se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil; y no con menos razón se llama derecho, en nuestra ciudad, al derecho honorario. Se dice también que el *Pretor* aplica el derecho

⁹¹ VILLEY MICHEL. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso Universidad Católica de Valparaíso, año 1976, p. 152, 218 y 219.

⁹² D 1, 1, 11.

incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, claro está, no a lo que el *Pretor* hizo, sino a lo que el *Pretor* debería hacer. Se llama derecho, en otro sentido, al lugar en el que <el *Pretor*> aplica el derecho, dándose la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace. Podemos determinar tal lugar de esa manera: el lugar donde el *Pretor*, conforme a la majestad de su imperio y a la costumbre de los antepasados, determina declarar el derecho se llama, con razón, <<derecho>>”⁹³.

Con todo, las aseveraciones de Guzmán y Villey pueden servir para tener una postura frente al debate señalado por Megías, referente a la posible existencia de los derechos subjetivos en la Roma clásica⁹⁴. En tal sentido, el mismo Villey nos señala que la palabra *ius* no significaba derecho subjetivo, sino una cosa incorporal, como en el libro II de las instituciones de Gayo. Es más, los romanos no distinguieron entre derechos sino entre cosas⁹⁵.

El mismo autor nos entrega herramientas para interpretar esta circunstancia, pues en principio señala que los romanos no construían el derecho, lo observaban como una cosa y como un objeto del mundo naturalmente social, al igual que lo realizaba la filosofía de Aristóteles, por eso la fuente o razón del derecho para los clásicos era la ley que regulaba el

⁹³ D 1, 1, 11.

⁹⁴ MEGÍAS, JOSÉ JUSTO. *EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO ROMANO (UN ESTADO DE LA CUESTIÓN)*. *Rev. estud. hist.-juríd.*, año 2003, N° 25, p. 35-54. (En línea), (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552003002500002&lng=es&rm=iso). ISSN 0716-5455.

⁹⁵ VILLEY MICHEL. *Op. Cit.*, p. 89, 117, 128 y 134.

orden de las sociedades, este pensamiento podía acarrear cargas o ventajas a diferencia del derecho subjetivo, este método clásico reposaba sobre la experiencia y la observación, en razón de la comunidad política⁹⁶.

La disputa planteada por Megías, en relación a los derechos subjetivos, comenzó con el análisis de la definición de Ulpiano de Justicia en el Digesto: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (3)*”⁹⁷, su traducción al español: “es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho”⁹⁸. Sin embargo, para Megías la expresión *ius* que actualmente es traducida como derecho, significaba realmente lo justo, dado que, el término que hace alusión a derecho es *directum*⁹⁹, complementando lo anterior, la definición de *ius* realizada por Celso en el Digesto: “...*ius est ars boni et aequi*”¹⁰⁰, o sea: “...el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo”¹⁰¹.

Con todo, Megías expone que D’Ors y Guzmán, señalan que la expresión *ius* significaba posición o status justo, pues contenía obligaciones, situación distinta al derecho subjetivo, además D’Ors en base al *ius* como posición jurídica, señala que los romanos arcaicos y clásicos no distinguían entre las acepciones (objetiva y subjetiva), como se hace en la actualidad¹⁰².

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 203, 204, 205, 235 y 246.

⁹⁷ D 1, 1, 10.

⁹⁸ D 1, 1, 10.

⁹⁹ MEGÍAS, JOSÉ JUSTO. Confrontese con p. 33 de este trabajo, cita N° 94.

¹⁰⁰ D 1, 1, 1.

¹⁰¹ D 1, 1, 1.

¹⁰² MEGÍAS, JOSÉ JUSTO. Véase p. 33 de este trabajo, cita N° 94.

Junto a esto, Megías indica que Villey manifiesta que es el jurista quien debía atribuir a cada sujeto o *res* la condición jurídica que merecía, situación que cambia en la época postclásica según él, ya que, era factible visualizar la noción de derecho subjetivo¹⁰³.

El planteamiento de Villey se concreta según D’Ors, cuando el *ius* se hace objeto de transmisión, dicha circunstancia se puede relacionar con lo mencionado por Megías, respecto al planteamiento de Kaser y D’Ors en relación a la *in iure cessio*; el primero observa que en dicha figura se cedía un derecho subjetivo. Sin embargo, esta idea es controvertida por el mismo D’Ors, dado que, el vindicante recibe la nueva titularidad en base a dos condiciones, la *addictio* del magistrado y la renuncia de la posición jurídica del anterior dueño¹⁰⁴.

La contradicción antes señalada entre Kaser y D’Ors, referida a la *in iure cessio*, es muy importante en la época clásica, dado que, la opinión que se adopte, permite respaldar o no la posibilidad de la existencia de los derechos subjetivos en dicha etapa romana.

Sin embargo, en Roma existieron nociones similares denominadas *ius in re*, *ius in re aliena*, respecto a la primera de ellas, Iglesias señala que: “La expresión *ius in re* se encuentra en las fuentes, pero no designa el derecho

¹⁰³ MEGÍAS, JOSÉ JUSTO. Al respecto, véase p. 33 de este trabajo, cita N° 94.

¹⁰⁴ MEGÍAS, JOSÉ JUSTO. Confrontese con p. 33 de este trabajo, cita N° 94.

sobre la cosa, sino la cosa sobre la que se tiene el derecho...¹⁰⁵, esto se explica en la época clásica, pues los romanos no conciben un derecho sobre la *res*.

Por su parte, Gutiérrez define la voz *ius in re* como: “Derecho real o de cosa. Categoría de derechos patrimoniales caracterizada por conferir un poder inmediato al titular sobre la cosa, en oposición a los derechos pertenecientes a la categoría denominada de crédito o personales - *ius obligatoris*-. El derecho real tipo es el de propiedad y a su lado existen otros constituidos sobre cosa ajena. Tiene en ocasiones esta expresión el significado de *ius in re aliena*”. Este último término se puede definir como aquél: “Derecho real sobre cosa ajena; derecho real que confiere al titular alguna de las facultades que normalmente pertenecen al titular del derecho de propiedad y que de este modo se encuentran segregadas en beneficio de un fundo o de una persona”¹⁰⁶.

Ambos conceptos se asimilan a los derechos reales, incluso puede señalarse que tienen elementos modernos como el término poder, tratado anteriormente en lo relacionado con los derechos subjetivos; sin perjuicio, que en la época clásica, pudo existir un germen de derechos reales, pero jamás fueron conceptualizados o descritos de esa forma, tanto es así, que dicha expresión traducida como un *ius in re*, es propia de los romanistas medievales¹⁰⁷.

¹⁰⁵ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 223. “N. del A. Número 3”.

¹⁰⁶ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 296.

¹⁰⁷ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 193.

Es más, en contradicción al concepto de Gutiérrez, podemos señalar a Villey, quien expone que el *ius in re* de los textos del derecho romano clásico, no tiene nada que ver con el derecho real, incluso va más allá al manifestar que no se conocen textos clásicos o atribuidos por Justiniano a autores de esta época, que califiquen al *dominium* como un *ius in re*¹⁰⁸.

Con todo, dejando en claro el panorama entre señoríos jurídicos, *ius in re*, *ius in re aliena* y derechos reales, es útil citar a D’Ors, quien opina que la propiedad no es un *ius in re*, ya que, la potestad sobre la *res* se identificaba con ella, por esto al entablar la *actio reivindicatio* lo que se vindica era ésta¹⁰⁹, por esto el *ius in re*, se refiere a la *res* misma y no a una noción de derecho subjetivo como ocurre en los derechos reales, pues en la época clásica, no nace el amparo de una situación en razón de una fuente jurídica como ocurre con el derecho real, pues el sistema procesal clásico romano era de acciones y otorgaba la posibilidad al sujeto de protegerse, a través de acciones *in rem o in personam* u otros remedios.

En caso de contar el titular con todos los atributos sobre la *res*, estaremos en presencia de la institución denominada *dominium* en la época clásica, el que para los fines de este trabajo, también hemos designado señorío jurídico pleno, teniendo presente que su utilización como se señalo

¹⁰⁸ VILLEY MICHEL. Op. Cit., p. 106 y 133.

¹⁰⁹ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 179. “N. del A. Número 1”.

anteriormente, cumple sólo fines de vinculación directa con el dominio actual.

En ese contexto, cabe señalar que, para fines de esta investigación, algunas de las desmembraciones del *dominium*, serán denominadas señoríos jurídicos potenciales, sin perjuicio, de presentarlas bajo una extensión mayor a la utilizada para dicho concepto actualmente, el que se asocia generalmente a la propiedad o al dominio.

Sin perjuicio de lo anterior, es útil destacar que el punto común de estos señoríos en la época clásica fue que los distintos titulares contaban con *actios* o remedios para ser amparados, pues lo más importante en dicha época era tener la posibilidad de protegerse a través de dichos medios.

En relación a la palabra jurídico, se manifestó anteriormente que no tenía relación con el *dominium* clásico, ya que, en esta época se ha entendido que el *ius* es contrario a este término, es cosa de ver a ciertos autores como Guzmán¹¹⁰, Iglesias¹¹¹ y Villey¹¹², pues reparan en que la *res* es opuesta al *ius* en esta época; a pesar que como señala Villey, se pudieron vindicar los *ius*, es más, expone que el *dominium* produce cierta condición jurídica en la persona del dueño, sin que este sea un *ius* determinado¹¹³.

¹¹⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 429.

¹¹¹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 223. “N. del A. Número 3”.

¹¹² VILLEY MICHEL. Op. Cit., p. 97, 109, 110.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 94, 109 y 110.

Junto a esto, en los señoríos jurídicos y/o *dominium* y sus desmembraciones, entenderemos que intervenían por regla general un solo individuo, en razón de su titularidad, pero eventualmente pudo sufrir molestias o perturbaciones y en ese caso en la época clásica, podía restablecer su señorío a través de acciones o remedios.

En base a una clasificación de derechos reales de Di Pietro y Lapieza¹¹⁴, podemos generar una distinción de los señoríos jurídicos, en razón del objetivo de la unidad de nomenclatura, a saber:

- a) Señorío jurídico pleno, en la época clásica sólo el *dominium*.

- b) Señoríos jurídicos potenciales, en este grupo se debe realizar una subdistinción entre limitados de uso y goce y limitados de garantía.
 - 1) Señoríos jurídicos limitados de uso y goce, entre éstos: las servidumbres, el usufructo, el uso, la habitación y la *operae servorum*. En este trabajo, no será analizada la *operae servorum*.

 - 2) Señoríos jurídicos limitados de garantía, entre éstos, la *superficie*, la *enfiteusis*, la prenda y la hipoteca, estos no serán examinados.

¹¹⁴ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 197 y 198.

CAPÍTULO II

“SEÑORÍO JURÍDICO PLENO”

2.1. – ORIGEN Y TERMINOLOGÍA

En la etapa arcaica, el señorío jurídico pleno se regulaba a través del *derecho de los quirites*. Esta situación se mantuvo en la época clásica, con ciertos cambios debido a la convivencia en paralelo del *derecho de los quirites con el derecho bonitario* o del *Pretor*.

Respecto a la evolución del señorío jurídico pleno, Petit manifiesta que aunque no existe certeza de ella, es factible sostener que se desarrolló de la misma forma que en otros pueblos de la antigüedad, a saber¹¹⁵:

- a) La propiedad agraria, pertenece a los miembros de la tribu o *gens*,
- b) La propiedad familiar, donde la familia es dueña del terreno y va transmitiéndose de varón a varón y
- c) La propiedad individual. Ésta fue asociada al botín de guerra¹¹⁶.

Por su parte, Jorquera concuerda con Petit en cuanto a este modelo de evolución de las organizaciones sociales, pues plantea que: “entre los romanos encontramos la propiedad en el triple estado de propiedad común, familiar e individual y de aquí las denominaciones que tuvo el dominio sucesivamente, *mancipium*, *dominium* y *proprietas*”¹¹⁷.

En tal sentido, es posible sostener que éstos fueron los tres estados en que se pudo encontrar el *dominium* tanto en Roma como en los distintos pueblos de la antigüedad.

No obstante que en la época clásica se puede apreciar la consolidación del señorío jurídico pleno o *dominium*, su desarrollo comenzó en la época

¹¹⁵ PETIT EUGENE. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Ferrandez González con una introducción sobre la importancia del Derecho Romano por Rudolf Von Ihering. Buenos Aires, Argentina. Editorial Albatros, año 1983, p. 245 y 246.

¹¹⁶ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 312.

¹¹⁷ JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 256.

arcaica, a través del *mancipium*, que proviene del latín *manus* y *capere*. La primera de estas expresiones tuvo relación con el poder o facultad del *pater familias* sobre las personas y cosas bajo su *potestas*, mientras la segunda, significaba coger, además de dar lugar a la *res Mancipi* y a la *mancipatio*¹¹⁸.

Según Gutiérrez el *mancipium* puede definirse como: “la *propiedad quiritaria, el dominium ex iure quiritium*, en el sentir de algunos autores, que estiman que ella sólo podía darse sobre las *res Mancipi*”, “poder adquirido sobre una persona libre, *alieni iuris*, en virtud de la *mancipación* de la misma y que corresponde a un *paterfamilias* distinto del suyo originario”, “esclavo, siervo, ser humano tomado al enemigo”¹¹⁹.

Sin embargo, esta noción comenzó a quedar atrás como resultado de la evolución del señorío jurídico pleno. Iglesias señala que esta circunstancia ocurrió con claridad a fines de la república, al aparecer las nociones de *dominium* y *proprietas*, pues: “La verdadera propiedad individual se afirma en la época clásica, cuando ya se ha quebrado la unidad compacta del grupo familiar. El *mancipium* se escinde en *dominium, iura in re* y *potestad* sobre las personas. Sobrevalorado el concepto económico de *res*, se desarrolla una propiedad de contenido patrimonial”¹²⁰.

En este sentido, Iglesias señala que el punto culmine del señorío jurídico pleno, se produjo a finales de la época clásica inicial y/o comienzos del

¹¹⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 453 y Sig.

¹¹⁹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 399.

¹²⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 233. “N. del A. Número 11”.

período clásico central. En esa época el *dominium* era entendido como la facultad o poder del titular del *domus romano*, con respecto a la casa romana y a lo que existía en ella¹²¹, además podía recaer sobre *res* identificables¹²², conservando una estrecha relación con la esfera familiar.

Respecto al término *proprietas*, para D’Ors, este concepto alcanzó su significado en razón de la jurisprudencia, ya que, es un *dominium sin usufructo*, es más, la: “...*lex dicta de Vipasca*, cap. 2, *proprietas* designa el derecho del concesionario de un pozo en las minas fiscales...”¹²³.

Con todo, en la época postclásica, tanto el *dominium* como la *proprietas* se terminan por asimilar¹²⁴.

2.2.- REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS

2.2.1.- Requisitos

En la época clásica, para configurar el *dominium* o señorío jurídico pleno se debía cumplir con ciertos requisitos, los que se presentan en relación al *dominium ex iure quiritium* y serán examinados respecto a sus situaciones afines.

¹²¹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 112.

¹²² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 454.

¹²³ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 192. “N. del A. Número 3”.

¹²⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 454.

Según Di Pietro y Lapieza, los requisitos del *dominium* eran los siguientes¹²⁵:

- a) El titular debe ser *sui iuris*. En la época clásica, sólo pudo ser titular el ciudadano romano, ya que, eran los únicos que podían ser *sui iuris*.

- b) Podía recaer sobre cualquier bien mueble, sin embargo respecto a los inmuebles sólo podía recaer en aquéllos ubicados en Roma. En la época clásica inicial, el objeto del *dominium ex iure quiritium* eran las *res Mancipi*; mientras que en la etapa clásica central, se amplió al menos conceptualmente, a las *res nec Mancipi*. Con posterioridad, también recayó sobre *res* identificables o específicas y en el caso de los inmuebles, podría recaer en predios itálicos y eventualmente, en terrenos provinciales con *ius italicum*.

- c) Respecto a las *res Mancipi*, su transferencia, en la época clásica inicial, sólo podía realizarse a través de *mancipatio* o *in iure cessio*; sin embargo, en las épocas posteriores, tomó mayor fuerza la *traditio*, comenzando a caer en desuso las formas solemnes.

No obstante que de no cumplirse alguno de los requisitos antes mencionados, no se configuraba el *dominium ex iure quiritium*, podíamos

¹²⁵ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 202.

encontrarnos en presencia de una de las circunstancias afines al *dominium*, por Ej., si faltaba el requisito de la transferencia era posible conformar un *dominio bonitario*. En caso de fallar el requisito de tratarse de inmuebles ubicados en Roma, era factible constatar un *dominio provincial*, circunstancia similar a una posesión y si no se verificaba el requisito de ser *sui iuris*, se podía configurar un *dominio peregrino*.

2.2.2.- Características

Algunas particularidades del *dominium ex iure quiritium*, fueron las siguientes¹²⁶:

a).- Pleno; al respecto, Guzmán señala que el dueño respecto a su *res*, tenía una: “...cuádruple tipología de los actos de aprovechamientos...”, es decir, *uti, fruit, habere y possidere*, sin distinguir entre ellos.

b).- Absoluto, respecto a esta característica existen dos visiones:

¹²⁶ En relación, véase IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 233 a 236 y GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 450 a 453.

La primera sostenida por Di Pietro y Lapieza, quienes exponen que el *dominium* es elástico, es decir, sus facultades pueden ser plenas o limitadas, pero al terminar la limitación vuelve a su plenitud¹²⁷. Respecto a este planteamiento, el *dominium* en la época clásica, debió ser pleno y en caso contrario, se trataba de una *proprietas*.

Por su parte Guzmán plantea, que el *dominium* es una: "...situación jurídica absoluta...", es decir, permite la posibilidad de interponer la *actio reivindicatio* contra cualquier persona.

En relación a lo anterior, ambos planteamientos se centran en puntos distintos, no obstante, la visión de Di Pietro y Lapieza, a nuestro juicio, no se condice con la época clásica.

c).- Perpetuo, no tiene condiciones o carácter temporal¹²⁸.

d).- Ilimitado, según Iglesias en la época arcaica, no hubo limitaciones legales, mientras que, en la etapa clásica, las servidumbres aún no eran verdaderas restricciones, por esto el autor señala que no existió prohibición alguna a los *actos ad emulationem*, es decir, aquel negocio realizado por el

¹²⁷ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 198.

¹²⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 251 a 253. Doctrina enseñada en Francia, referente a que en época arcaica y clásica, el dominio no podía ser transferido ad tempus. Al final del Siglo II, algunos jurisconsultos aceptan esta posibilidad, esta nueva opinión en caso de la venta, es formulada por Marcelo y Ulpiano, incluso este último la señala en caso de donación por causa de muerte. Esta opinión triunfa en el bajo imperio y con Justiniano se extiende a casos de legados y fideicomisos.

titular de la *res* incluso sin beneficio para si, que generaba perjuicio para el tercero con *animo nocendi*.

Sin embargo, para Guzmán, el *dominium* en la época clásica no fue ilimitado, puesto que no amparaba actos fuera de la lógica o arbitrarios, además señala que en Roma, no existió una teoría general del abuso del derecho.

En tal sentido, Iglesias y Guzmán, no se encuentran de acuerdo en la extensión que tuvo el *dominium* en la etapa clásica, ante esta disyuntiva; nos parece que el criterio de Guzmán, es el más lógico para dicha época, en razón de no permitir actos injustos.

e).- Absorbente, según Iglesias, la *accessión* permite que todo lo que se construye o planta en el inmueble, se incorpore al dominio de éste.

f).- Inmune, el fundo itálico no tuvo tributos en la época clásica.

g).- Exclusivo, no podían existir dos o más titulares de la *res*, en caso de condominio, existían tantas titularidades de dominio como partes o cuotas de ésta¹²⁹.

2.3.- ELEMENTOS O ATRIBUTOS

¹²⁹ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 199.

Eran caracteres o particularidades que podían tener los titulares del *dominium*, sin embargo, en ciertas ocasiones, no todas ellas se encontraban en las manos del dueño.

2.3.1.- Uti o uso

Este elemento no era exclusivo del *dominus*. Samper lo define como: “...aquel uso reiterado que es posible hacer de las cosas no consumibles”¹³⁰.

D’Ors señala que el *usus* era: “...lo que sólo es posible sobre las cosas no – consumibles, en las que cabe un aprovechamiento natural sin agotar su substancia”¹³¹.

En relación a todo lo anterior, podemos sostener que el *usus* era aquel aprovechamiento de forma natural de la *res* no consumible, sin afectar su esencia.

El uso fue indivisible, pues se utilizaba totalmente y no por parte, no obstante, que su empleo podía ser solidario¹³².

2.3.2.- Fruit o frutos

¹³⁰ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 117.

¹³¹ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 100.

¹³² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 444 a 448.

Al igual que el *uti* o uso, el *fruit* no fue una particularidad exclusiva del *dominus*. Se trataba del goce o disfrute de la *res* por parte del titular del atributo, el que no perjudicaba su esencia y se subclasificaban en naturales y civiles¹³³.

Respecto a este término, D’Ors lo define como: “...rendimientos que produce periódicamente una cosa que está principalmente destinada a producirlos”, manifestando que los naturales: “producidos por un proceso natural espontáneo o cultivado, crías y cosechas” y los civiles: “...obtenidos como precio de una cesión temporal, rentas o intereses”¹³⁴.

Por su parte Gutiérrez plantea, que los *fructus naturales*: “...se obtienen directamente de la cosa fructífera y que, por los comentaristas, se distingue en frutos naturales propiamente dicho, que son producidos por la *res*, sin el concurso de la actividad del hombre, y frutos industriales, que presuponen la intervención de éste” y además de los *fructus civiles* que: “...son aquellas rentas o utilidades que pueden obtenerse de una cosa mediante negocios jurídicos, es decir, dándola en arrendamiento o en préstamos, y así lo son las rentas, pensiones usurae, etc.”¹³⁵.

Por las consideraciones antes planteadas, tanto D’Ors y Gutiérrez, señalan que los intereses eran frutos civiles. Sin embargo, D’Ors en una

¹³³ Loc. Cit.

¹³⁴ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 100.

¹³⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 232 y 233.

obra posterior, los definió como: “...las rentas pecuniarias que produce la cesión del aprovechamiento temporal de una cosa (alquileres, jornales que gana un esclavo etc.)”, exponiendo que no son frutos civiles los intereses del capital prestado en base al Digesto; pero los romanos si los apreciaron como tales, ya que, se generaban por el uso del dinero del crédito¹³⁶.

En este sentido, es útil recordar los comentarios de *Quinto Mucio* en el Digesto, en cuanto señala que: “<<*Usura*>> *pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*”¹³⁷, es decir: “el interés que cobramos del dinero no es fruto, pues no proviene del mismo dinero, sino de otra causa, esto es, de la nueva obligación (que nace del préstamo)”¹³⁸.

En tales condiciones, es posible sostener que el interés no era un fruto civil pues tenía como procedencia no el dinero mismo sino que la obligación de dicho préstamo.

Además, Petit e Iglesias conceptualizan al disfrute de manera particular, el primero de ellos plantea que es: “...el derecho de recoger todos los productos”¹³⁹, mientras que Iglesias señala: “...productos naturales que, más o menos periódicamente, suministran las cosas, sin disminuir su esencia...”¹⁴⁰.

¹³⁶ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 188.

¹³⁷ D 50, 16, 121.

¹³⁸ D 50, 16, 121.

¹³⁹ PETIT EUGENE. *Op. Cit.*, p. 240.

¹⁴⁰ IGLESIAS JUAN. *Op. Cit.*, p. 222.

Al examinar estas definiciones, nos podemos percatar que ambas emplean el vocablo producto; esta circunstancia puede producir una confusión conceptual, dado que, los productos se encuentran dentro del ámbito de disposición del *dominus*, pues generan un detrimento o perjuicio a la sustancia de la *res* y en ningún caso pertenecen a las de disfrute¹⁴¹.

Con todo, los frutos se referían a las cualidades de disfrute, esta es la razón que no afectarán de manera alguna la esencia de la *res*, en cambio, los productos se asocian con las facultades de disposición o de *habere* y en consecuencia, podían perturbar la sustancia de la *res*.

A continuación, se analizarán los distintos estados en que podían encontrarse los frutos en Roma, a saber¹⁴²:

a) Frutos pendientes: Se denominaban *fructus pendentes* y según Volterra eran los: “frutos naturales que no se han separado aún de la cosa fructífera, de manera que constituyen todavía una parte integrante de la misma y están por eso sujetos a igual regulación jurídica que aquélla. La propiedad del adquirente se logra después de haber sido separado”.

¹⁴¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 444.

¹⁴² Para un mejor estudio de los estados en que podían encontrarse los frutos en Roma, véase VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 306 y GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 232 y 233.

Por su parte, Labeón en un pasaje del Digesto señala que: “*Fructus autem fundo cohaesisse (1), non satis intelligere se Labeo ait, utrum duntaxat, qui Maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, Praetor significet; céterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis (2) possessionem restitui oportere; nam quum fundus alienaretur, quod ad eum fructusque eius attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum, cuius omnis generis alienationem fructus sequi; nec (3) eum, qui (4) hiberno habuerit fundum centum, si sub tempus messis vindemiaeve fructus eius vendere possit decem, idcirco duas res, id est fundum centum et fructus decem, eum habere intelligendum, sed unam (5), id est fundum centum (6), sicut is quoque unam rem haberet, qui separatim solum aedium vendere possit*”¹⁴³, es decir: “Dice Labeón que no entiende del todo si lo de no estar los frutos separados del fundo lo dice el *Pretor* refiriéndose sólo a los frutos maduros o también a los inmaduros; pero que, por lo demás, aunque pensara en los maduros, no debía restituirse, de todos modos, la posesión, pues en el momento de enajenarse el fundo, por lo que toca al mismo y a sus frutos, no había más que una sola cosa, a saber, el fundo, en cuya enajenación eran accesorios los frutos de toda clase, y que el que tuviera un fundo de cien mil sestercios en el invierno, cuyos frutos se pudieran vender en diez mil al tiempo de la siega o de la vendimia, no hay que entender que tiene dos cosas, es decir, el fundo de cien mil y los frutos de diez mil, sino una sola cosa, el fundo de ciento <diez> mil, como también tendría una

¹⁴³ D 42, 8, 25, 6.

sola cosa quien pudiera vender separadamente el solar de una casa <sin ésta>”¹⁴⁴.

En tal sentido, los frutos se encontraban adheridos a la *res* fructuaria tratándose de una sola *res*, por esta razón, ambos tenían el mismo estatuto y dueño.

b) Frutos separados: Se designaban *fructus separati*, definiéndose por Volterra como: “frutos naturales desunidos de la cosa fructífera por cualquier causa; al tener existencia autónoma se hacen objeto de un nuevo derecho de propiedad. Sujeto de ese nuevo derecho es generalmente el propietario de la cosa madre, pero puede serlo otra persona con derecho a ello”.

Se puede apreciar de esta definición, que estos frutos se encontraban apartados de la *res* fructuaria por cualquier causa, por esta razón, podían dar lugar a un *dominium* siempre que se tratará de una *res* identificable. Su titularidad, pudo recaer sobre el *dominus* de la *res* fructífera o respecto a cualquier persona, que tuviese una posición justa sobre éstos.

c) Frutos percibidos: Se denominaban como *fructus percepti*, éstos eran según Volterra, los: “frutos naturales separados de la cosa fructífera mediante un acto de *percepción* de la persona que tiene derecho a ello y que entra en posesión de los mismos por su aprehensión. La distinción con

¹⁴⁴ D 42, 8, 25, 6.

los *separati* importa porque si la propiedad de los frutos surge generalmente por separación, para el usufructuario se requiere un acto de percepción”.

En razón de lo anterior, eran frutos independientes de la *res* fructuaria, ya que, se encontraban separados de ésta, pero no de cualquier manera; sino que en razón de un acto especial denominado percepción, el que era realizado por su titular, como por Ej., el usufructuario.

d) Frutos existentes o extantes: Volterra los define como “frutos naturales que se encuentran todavía *in natura* en poder del que los ha adquirido; nota que los distingue de los *consumati*, lo que tiene especial importancia en materia de *reivindicatio*, debiendo ser restituidos por el poseedor de buena fe”.

Estos frutos, se encontraban separados de la *res* fructuaria y tuvieron gran importancia en materia de restituciones mutuas de la *actio reivindicatio*, pues según el caso concreto, podían ser devueltos por parte del demandado vencido en caso de conservarse su corporeidad.

e) Frutos consumpti: Definidos por Volterra como “...naturales consumidos o transformados, entendiendo por lo primero el hecho también de haber sido enajenados, con lo que no existen en el patrimonio de quien lo había adquirido”.

Aquéllos se encontraban separados de la *res* fructuaria y además estaban consumidos, ya sea de forma material y/o jurídica. Llegaron a tener cierta importancia en las prestaciones mutuas, de manera distinta a los frutos *extantes*, ya que, al ser condenado el demandado vencido en la *actio reivindicatio*, no contaba con la posibilidad de devolver los frutos y debía pagar por dicho concepto.

f) Frutos *percipiendi*: Volterra señala que son los “frutos, tanto naturales como civiles, que hubieran podido obtenerse de la cosa fructífera usando una *cierta diligencia*, pero que dejaron de ser percibidos. Quien esta obligado a restituir una cosa con sus frutos, como, por ejemplo, el poseedor de mala fe, es responsable en ocasiones por los frutos que no entrega por no haber recogido”.

Junto a esto, Ulpiano en un comentario en el Digesto señala que: “*Sed et partus ancillarum, et foetus pecorum, et fructus restitui et omnem causam oportet; nec solum eos, qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui, et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit (3)*”¹⁴⁵, es decir: “Deben restituirse también los hijos de las esclavas, las crías de los ganados, los frutos y todo accesorio; y no sólo los frutos que se percibieron, sino que si pude percibir más y se me impidió por la intimidación, también se me dará esto”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ D 4, 2, 12.

¹⁴⁶ D 4, 2, 12.

Como se puede apreciar, ésta fue la única categoría que se aplicaba tanto a los frutos civiles como naturales. Además era una abstracción, ya que, dichos frutos no existían, pues se basaban en la diligencia de la persona que debía generarlos y se adeudaban sólo, en caso que el demandado fuese derrotado en el juicio reivindicatorio.

Finalmente, los frutos fueron divisibles, ya que, dos o más personas podían gozar de la *res* fructuaria por partes o cuotas en un mismo momento, por tanto, no tuvo como particularidad ser solidario¹⁴⁷.

2.3.3.- Habere o disposición

El *habere* fue el mayor atributo que podía tener el *dominus*, incluso permitía la posibilidad de deteriorar la esencia de la *res*¹⁴⁸. Por tal razón, Petit plantea que el titular pudo por Ej., enajenarla, destruirla, transformarla, etc¹⁴⁹.

Para D’Ors, los actos de disposición: “...alteran la integridad de la cosa” y esta perturbación podía ser física o jurídica, en razón de modificar la *res* misma o su pertenencia, además la alteración se podía dividir en total o parcial¹⁵⁰.

¹⁴⁷ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 448.

¹⁴⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 446.

¹⁴⁹ PETIT EUGENE. *Op. Cit.*, p. 240.

¹⁵⁰ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 186 y 187.

- a) Consumición física, la *res* se destruía o consumía, Ej., se quemaba.
- b) Alteración física parcial, la función de la *res* era modificada, Ej., se utilizaba un árbol como adorno.
- c) Consumición jurídica, la *res* dejaba de ser propia, pero no sufría alteraciones, Ej., la enajenación.
- d) Alteración jurídica parcial, se constituía un gravamen a la *res*, Ej., una servidumbre.

El Habere y/o disposición, era divisible y solidario¹⁵¹.

2.3.4. Possidere o posesión

Otro elemento o atributo del *dominium* o señorío jurídico pleno era la posesión civil. No obstante existir otros dos tipos de posesiones que pueden presentar algunas figuras de señorío jurídico potencial según este trabajo, éstas fueron, la posesión pretoria y la natural. A fin de recordar estos conceptos, podemos señalar que la posesión *pretoria* era la conferida por el *Pretor* entre otros, al vectigalista, al acreedor pignoraticio, al precarista y al *sequester*, además fue protegida por interdictos en razón de la apariencia de *dominus*, en cambio, el *poseedor natural* era un mero

¹⁵¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 448.

tenedor o detentador que reconocía dominio ajeno y para obtener amparo, debía acudir al titular del *dominium*, a excepción del usufructuario y el usuario.

Antes de analizar la posesión civil, debemos examinar la posesión en términos generales. Según Guzmán, etimológicamente: “La palabra posesión (*possessio*) deriva del verbo *sedere* = estar asentado”. Es por esta razón, que en un principio sólo existía posesión respecto a inmuebles, sin embargo, la jurisprudencia posteriormente haya admitido la posesión respecto a muebles, además se requería una relación material con la *res*, es decir, una aprehensión¹⁵².

En razón con lo anterior, Samper manifiesta que la extensión de los objetos sobre los que podía recaer la posesión, ocurrió por la similitud de las circunstancias protegidas por los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, los que se utilizaban respectivamente para inmuebles y muebles¹⁵³.

En la época arcaica, la posesión tuvo un tratamiento en base a dos conceptos que fueron opuestos al *mancipium*, como el *usus* y la *possessio*. Samper define el *usus* como: “...el poder de hecho ejercido sobre las personas o cosas que integran la familia; *possessio* es el poder que se ejercía sobre aquellas cosas estables que no podían ser reivindicadas, y concretamente, sobre los fundos del *ager publicus*”¹⁵⁴.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 479 y Sig.

¹⁵³ SAMPER FRANCISCO. *Op. Cit.*, p. 123 y 124.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 121.

Sin embargo, la noción de *usus* tuvo cierta relación con el *mancipium*, pues era factible su aplicación a las *res Mancipi*; a diferencia de la *possessio*, que se refería a las *res* estables que no podían ser reivindicadas, dado que, el término *possessio* se origina en los asentamientos a los predios provinciales.

En tal sentido, Iglesias complementa estos planteamientos, señalando que en la *lex de las XII Tablas*, el *uti* se refería al ejercicio de los derechos, en cambio, el *possidere* sólo a la *res*¹⁵⁵.

Junto a lo anterior, Arangio – Ruiz manifiesta que: “...*usus* como goce de hecho que prolongado por cierto tiempo conduce a la adquisición, no era entendida como aplicable solamente a las cosas corporales; sino como válida para todos los derechos absolutos susceptibles de *actio in rem*...” y la *possessio* era un: “...señorío, perpetuo en el hecho, pero rigurosamente distinto del *dominium ex iure quiritium*, que los patricios se reservaban sobre las diversas fracciones del *ager publicus occupatorius*”, además, el segundo concepto atrajo al primero, produciendo las *possessio civiles o ad usucapionem*¹⁵⁶.

La asimilación de ambos términos, produjo el nacimiento del atributo del *dominium* en la época clásica y con esto, la posibilidad que la posesión

¹⁵⁵ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 295 y 296.

¹⁵⁶ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 310 y 311.

civil cumpliendo los requisitos de la *usucapio clásica*, se convirtiera en *dominium ex iure quiritium*.

Por su parte Schulz plantea, que la *possessio* significaba: “...poder físico sobre una cosa corporal...”¹⁵⁷. Este concepto se puede aplicar tanto antes como después de la asimilación antes señalada.

El gran atributo de la *possessio* clásica fue el elemento fáctico, es decir, un hecho, pero no por esto deja de ser un concepto jurídico¹⁵⁸. Su configuración como una noción jurídica; es lo que permite visualizar a esta institución, como un atributo del *dominium*.

Como se puede apreciar, fue claro para los romanos que la posesión era una realidad, esto lo podemos observar en base al *ius postliminium*, el que permitía al prisionero de guerra que regresaba a Roma, recuperar su status jurídico *ipso iure*, no obstante, su calidad de poseedor o cónyuge, no se encontraba dentro de aquel estatuto, ya que, ambas situaciones eran consideradas hechos¹⁵⁹.

Posteriormente, el concepto de posesión fue clasificado, en civil, interdical y natural.

¹⁵⁷ SCHULZ FRITZ. *Derecho Romano Clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, España. Editorial Bosch, año 1960, p. 409.

¹⁵⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 480.

¹⁵⁹ VOLTERRA EDUARDO. Op., Cit., p. 404.

Respecto a la *possessio* civil, Gutiérrez la define como la que: “...goza de la protección interdictal por estar basada sobre una justa causa y buena fe, por lo que también esta defendida por una acción cual la posesión del propietario, defendida por la *acción reivindicatoria*, o la *ad usucapionem*, por la *publiciana*” y la *possessio ad usucapionem*, señala que: “dícese de la *possessio civilis*, por ser posible el transformarse en propiedad por usucapión, por existir los requisitos de justo título y buena fe”¹⁶⁰. Se debe aclarar que en la época clásica, el requisito de la buena fe, corresponde a la *usucapio* y no a la *possessio*.

Por su parte, Samper manifiesta que la posesión civil: “...consiste en la justa apariencia de dominio que habilita para adquirir las cosas por el tiempo (*usucapio*)”¹⁶¹. D’Ors plantea que ésta noción, fue creada por la jurisprudencia romana en base a la similitud con el dominio¹⁶².

Es más, Labeón en un pasaje del Digesto menciona que: “...*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*”¹⁶³, en su traducción: “...No pueden tener dos la posesión a la vez como tampoco puede decirse que tú estas pisando el mismo lugar que yo piso, o que tú estás sentado donde yo estoy sentado”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 475 y 476.

¹⁶¹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 127.

¹⁶² D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 107.

¹⁶³ D 41, 2, 3, 5.

¹⁶⁴ D 41, 2, 3, 5.

En relación a lo anterior, se puede sostener que una de las características de la posesión, fue la exclusividad de su titular, pues no podía existir la misma posesión en paralelo para dos o más personas.

Con todo, Guzmán plantea que la *posesión civil* es: “...la tenencia de una cosa amparada por una causa de posesión...”, es más, la actitud subjetiva o psicológica del detentador, no influye en el tipo de posesión, pues lo importante es la tipificación objetiva del título de detentación de la *res* y es éste, el que permite saber la clase de posesión que se tiene¹⁶⁵.

Es por estas consideraciones, que podemos plantear que la tipificación objetiva mencionada por Guzmán; fue lo que otorgaba el contenido jurídico al concepto de posesión civil, a través de una causa objetiva de dicha posesión.

En tal sentido, se puede apreciar del planteamiento de Guzmán, que se presentaron dos elementos en la posesión civil, que son, la causa de posesión y la tenencia:

I) Las causas de posesión: “...antecedente típico objetivamente conducente a fundar la obtención del dominio por medio de un modo de adquirir, con independencia de que la adquisición haya tenido o no lugar”, esta figura en la época postclásica, se denominó títulos¹⁶⁶.

¹⁶⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 481 a 483.

¹⁶⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 482 y 483.

La posesión de la *res*, podía lograrse por varias causas a la vez¹⁶⁷.

Algunas de estas causas fueron, las siguientes¹⁶⁸:

a) *Pro suo*, era supletoria, pues uno poseía la *res* creyendo que era suya, ya sea porque lo es o pudo serlo en caso de cumplirse los requisitos suficientes, en caso de no creer esta circunstancia, la causa no existía. Esta causa, además, se relacionaba con la *causa putativa*, que era: “...la que el poseedor cree que existe, pero que objetivamente no es real...”.

En razón de lo anterior, la jurisprudencia no permitió usucapir al poseedor *pro suo*, cuándo esta era la única causa que quedaba en sustitución de una *putativa*.

b) *Pro possessore*, era el hecho de poseer la *res*, en razón de encontrarse ésta en mi esfera de control.

c) *Pro emptore*, se fundaba en la entrega de la *res* por compraventa.

d) *Pro donato*, se generaba por la entrega de la *res* donada, ya sea, por un modo solemne o no solemne, en caso de las *res Mancipi*.

¹⁶⁷ D 41, 2, 3, 4.

¹⁶⁸ En referencia, véase D 41, 2, 3, 21 y GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 484 a 492.

e) *Pro dote*, se basaba en dos actos copulativos, la entrega de la *res* y la realización del matrimonio.

f) *Pro herede*, se fundaba a favor del heredero o quien creía serlo, en relación a la (s) *res* del difunto, ya sea, como dueño o en otra calidad.

g) *Pro legato*, su principio era el *legado vindicatorio*, produciéndose directamente la transmisión de la *res*, entre el difunto y el legatario.

h) *Pro soluto*, se basaba en el pago de la *res* que se debía, e incluso la que no, sin perjuicio, existiera un convenio para su pago.

i) *Pro creditore*, se presentaba en las obligaciones de restituir la *res* entregada.

j) *Pro derelicto*, se fundaba en el abandono irrevocable de la *res* y en caso de realizarse por el dueño, podía ser adquirida por *ocupación*. Teniendo presente en la época clásica inicial y la central, la distinción entre *res Mancipi, nec Mancipi* y los modos de adquirirlas.

k) *Pro noxae deditio*, se generaba en la *acción noxal*, en caso que el *pater* fuese condenado por el hecho de quien se encontraba bajo su *potestas* y además decidiera entregarlo.

l) Pro bonorum possessio sucesoria, se basaba en el decreto dictado por el *Pretor*, el que autorizaba a entrar en los bienes del causante.

m) Pro iussum rem duci vel ferri, se fundaba en el decreto del *Pretor* a favor del actor en la *actio reivindicatio*, siempre que se cumplieran dos condiciones copulativas, como, encontrarse el demandado en *indefensio*¹⁶⁹ y que la *res* fuese mueble.

n) Pro missio in bona ex secundo decreto, se produjo por el decreto dictado por el *Pretor*, en caso de una eventual ruina en el dominio del solicitante, en razón de la construcción del vecino, cuándo no había querido garantizar los posibles daños que pudiera ocasionar a través de la *cautio damni infecti*.

o) Pro adiudicatio, se fundaba en el juicio de partición, tuvo por objeto dividir un bien entre los comuneros, si el juicio no era legitimo.

p) Pro transactio, no fue propiamente una causa de posesión, ya que, se generaba en virtud del acto o negocio que se llevaba a efecto.

Estas causas eran el elemento técnico de la posesión civil, es decir, el motivo o razón que la amparaba, pero existió un segundo elemento:

¹⁶⁹ D 50, 17, 52.

II) La tenencia de la *res*, ésta se basaba en dos términos, el primero de ellos, el *corpus*, cual era tener la cosa con el cuerpo del poseedor y el otro era el *animus*, que era la conciencia, es decir, el alma o espíritu, el conocer o entender que se tenía la cosa.

Posteriormente el *corpus*, se relacionó con el cuerpo de la *res* y el *animus* con la voluntad o intención de adquirirla, o sea, el ánimo de señor o dueño (*animus domini*)¹⁷⁰.

Por su parte, agrega Samper que: “Realmente *animus* no equivale a “intención”, sino a “alma”, por lo que los textos griegos traducen por *psiche* y no por *logismos*, de manera que no puede decirse que en época clásica el *corpus* y el *animus* sean dos elementos de la posesión que hayan de concurrir copulativamente, sino por el contrario, dos formas alternativas de ejercerse la detentación por el poseedor”, además señala que en la época postclásica “...terminará por concebirse la *possessio* como una situación que resulta de combinar la detentación y la intención dominical, llamada ahora *animus possidendi*”¹⁷¹.

En razón de lo anterior, en la época clásica existieron dos formas distintas de poseer una *res*; a través del *corpus* que significaba tener la *res* con el propio cuerpo y por medio del *animus*, que era el alma o espíritu, la conciencia de tenerla.

¹⁷⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 494, 495 y 505.

¹⁷¹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 128 y 129.

En la época postclásica cambia esta visión, convirtiéndose el *corpus* en la propia *res* y el *animus*, en la intención volitiva de adquirirla. Estas circunstancias explican el cambio de visión en varias materias, entre éstas, la forma de entrega de la *res* en la *traditio*, la forma de adquirir la posesión, ya sea, personal o por intermedio de otro, etc.

La obtención de la posesión civil en la época clásica, según Petit se lograba, siempre que la *res* fuera susceptible de apropiación privada¹⁷². La regla general, era la obtención de la posesión en forma personal, pero algunos carecían de capacidad, en razón de su falta de conciencia, por Ej., los dementes e infantes.

En tal sentido, Petit modera esta regla desde el siglo I, señalando que podían obtener la posesión siempre que fuesen representados y no sólo autorizados¹⁷³. Junto con lo anterior, el Digesto es más flexible, dado que, sólo pedía la autorización del tutor y además presenta casos de obtención de peculios por infantes y locos¹⁷⁴.

En relación con lo anterior, se puede apreciar que ambas visiones son contradictorias, dado que, no es lo mismo solicitar que los dementes y los infantes actúen autorizados para realizar ciertos negocios, a señalar que debían proceder representados.

¹⁷² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 257.

¹⁷³ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 259.

¹⁷⁴ D 41, 2, 1, 3 - 5

Al decidirse por alguna de estas perspectivas, se puede llegar a entender de forma distinta las incapacidades en el período clásico, por ello nos parece que la visión de Petit se encuentra influenciada con el cambio de la época postclásica en relación a los elementos de la tenencia de la *res*; además parece factible bajo los planteamientos de Samper de que obtuvieran la posesión vía *corpus*, pues sólo necesitaban tener la *res* con su cuerpo.

Así, hemos señalado que por regla general, la obtención de la posesión civil se realizaba de forma personal, sin embargo, parece lógico plantearnos la siguiente pregunta, ¿Fue posible en alguna etapa de la época clásica, lograr la posesión civil mediante intermediarios?

Iglesias es de la opinión afirmativa, pero la condiciona a que el intermediario debía estar sometido a la *potestas del pater*, es decir, sólo podía ser uno de sus hijos o esclavos quienes podían cumplir dicho rol en un principio. Sin embargo, en la época clásica tardía, desde finales del siglo II y comienzos del siglo III, en particular desde Septimio Severo, se admitió esta posibilidad a través de un *procurador*¹⁷⁵.

¹⁷⁵ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 301 y 302.

En desacuerdo a lo planteado por Iglesias, se encuentran Arias Ramos y Arias Bonet, quienes creen que el *procurador* pudo ser intermediario durante toda la etapa clásica¹⁷⁶.

Como se puede apreciar, ambas opiniones permiten la posibilidad de obtener la posesión civil en la época clásica a través de un intermediario; la diferencia radica, en que momento histórico de dicha etapa pudo realizarlo el *procurador*.

Respecto a la conservación de la posesión, existieron casos en los que se podía conservar sólo con el *animus*, como por Ej., las cosas que no se abandonaban definitivamente, esta regla es de excepción en la época clásica a diferencia de la etapa posterior, sin perjuicio, que requería contar con el *corpus* al inicio de la posesión¹⁷⁷. Esta circunstancia parece ser aplicada sólo a muebles.

En relación a lo anterior, Petit plantea que pudo aplicarse también a los inmuebles, pues señala como Ej., el caso de pacer rebaños en ciertos períodos del año o en el *saltus hiberni o aestivi*, situación mencionada por Próculo en el siglo I, y según Gayo a finales del siglo II se extendió a todos los inmuebles¹⁷⁸.

¹⁷⁶ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 294 y 295.

¹⁷⁷ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 232.

¹⁷⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 261.

Respecto al Ej., anterior, Samper agrega, que el *corpus* se mantenía en el predio de estación, ya que, es normal que en ciertos períodos, el acceso se vea impedido¹⁷⁹.

Junto a esto, existieron ciertos casos en esta época, como el del esclavo fugitivo y el de los animales. Respecto al esclavo fugitivo, Schulz expone que se conservaba la posesión civil mientras no fuera adquirida por un tercero¹⁸⁰. En tanto, para los animales según Iglesias, se debía distinguir, ya que, si eran *ferare bestiae*, se conservaba la posesión mientras no recuperarán su libertad, porqué en dicho caso, volvían a ser *res nullius*, en cambio, los domesticados, se mantenía su posesión, mientras tuviesen la costumbre de volver, en caso de no hacerlo, eran adquiridos por quien los capturará¹⁸¹.

En relación a la pérdida de la posesión civil, se podía producir por falta de alguno de sus elementos, es decir, tenencia o causa¹⁸². Es más, el Digesto presenta casos de pérdida, por no contar con el *animus*¹⁸³. Además, Petit nos señala casos respecto a muebles que no contaban con alguno de los elementos de tenencia, como por Ej., el animus, cuando no se quería tener más la *res* y por falta de corpus, en base a un hecho no voluntario del poseedor¹⁸⁴.

¹⁷⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 129.

¹⁸⁰ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 423 y 424.

¹⁸¹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 304.

¹⁸² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 499.

¹⁸³ D 41, 2, 3, 6.

¹⁸⁴ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 260.

Para Samper, la pérdida ocurría en la época clásica, cuando un tercero tenía una causa de posesión que permitía la *usucapio* y no sólo con la falta del *animus*¹⁸⁵. Esta opinión se aplicaba también a inmuebles.

Con todo, respecto al fundamento de la protección o amparo de la posesión civil, parece necesario presentar lo manifestado por Arias Ramos y Arias Bonet, en relación a los planteamientos de dos autores contemporáneos, el primero de ellos, es Savigny, quien señala que la protección procede para mantener la paz pública y así, evitar la autotutela; y el otro es Ihering, quien manifiesta que se protege la posesión, con el objetivo de resguardar el dominio¹⁸⁶.

Como se puede apreciar, pareciera que ambas opiniones pueden ser complementarias, ya que, apuntan a contenidos distintos, sin embargo, parece más aplicable a la época clásica; la idea de Savigny, pues las instituciones romanas de esta época, tenían fines colectivos por sobre lo individual.

Algunas formas de amparo de la posesión civil fueron las siguientes:

- a) *actio publiciana* (2.7.4.)
- b) *interdicto uti possidetis* (2.7.7.)

¹⁸⁵ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 130.

¹⁸⁶ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 286 y 287.

- c) *interdicto utrubi* (2.7.8.)
- d) *interdicto unde vi* (2.7.9.)
- e) *interdicto unde vi armata* (2.7.10)

Por su parte, Iglesias señala que los interdictos eran: “...órdenes magistratuales de carácter expeditivo, es decir, encaminadas a mantener una situación o a obtener un determinado comportamiento en momento que no admite dilación”¹⁸⁷. Estas órdenes del *pretor*, cumplían fines de rapidez y no se apoyaban en un juicio respecto a la materia tratada.

2.4.- POSIBLE CONCEPTO DE DOMINIUM

Respecto al concepto de *dominium* en la época clásica, no existen definiciones precisas en los textos, esta circunstancia es explicada por Ávila Martel de la siguiente forma: “Los juristas romanos de la época clásica huían de generalizaciones, de sistematizaciones teóricas y de filosofías, eran fundamentalmente casuistas, de aquí que el catálogo de las acciones sea muy extendido, que cada situación tenga su medio procesal propio”¹⁸⁸. Los romanos preferían las acciones ante el marco teórico, pues éstas, se aplicaban en la práctica al caso concreto.

Es más, los jurisprudentes clásicos analizaban caso a caso y esta situación les permitió una mayor comprensión de sus instituciones, no sólo

¹⁸⁷ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 305.

¹⁸⁸ ÁVILA MARTEL ALAMIRO DE. Op. Cit., p. 169.

en una fase teórica, ya que, debían interpretar la realidad social con sus conocimientos, tratando siempre de adaptar los marcos jurídicos regulatorios a cualquier circunstancia que se presentará; el estilo de prescripción de fuentes de esta época era el modelo finalista, es decir: “...la verdadera norma la construían los juristas, como función de la finalidad, si bien no en modo abstracto sino para cada caso con que se enfrentaban”¹⁸⁹. Este modelo de creación de normas, necesitaba como elemento esencial el caso concreto, dado que, nace desde aquél.

En relación a lo anterior, se requería además el instrumento a través del que se pudiera observar este modelo, por esto nos encontramos con el: “...Edicto jurisdiccional del *Pretor*. Éste era preparado año a año por los juristas en el seno del *consilium* del magistrado, quien, como militar y político que solía ser, carecía de la competencia técnica necesaria para redactarlo. Ahora bien, los juristas sabían perfectamente que después ellos mismos serían los llamados a interpretar el texto que estaban formulando. En tales circunstancias, no necesitaban recurrir a redacciones completas ni detalladas, y podían limitarse a expresar un pensamiento rector...”¹⁹⁰.

En consecuencia, el edicto del *Pretor* al ser redactado por los propios juristas, presentaba una gran tranquilidad para éstos, dado que, ante cualquier conflicto o diferencias de intereses, sabían que siempre se iba a

¹⁸⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*. Santiago, Chile. Ediciones del Instituto de Historia del derecho Juan de Solórzano y Pereyra, año 2000, p. 210.

¹⁹⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, p. 208 y 209.

recurrir a su visión y expectriz; ello con el objetivo de solucionar el caso concreto.

En razón de las circunstancias anteriores, es que podemos sostener, que permitieron composiciones de normas bastante simples y generales, pues posteriormente tomaban el sustento necesario al momento de su aplicación.

Es importante señalar, que no realizaban solo meras interpretaciones, ya que, debían: “...descubrir la finalidad del acto normativo; y por otro, establecer la hipótesis a que debía aplicarse la prescripción de dicho acto para permitir el cumplimiento de tal finalidad”¹⁹¹. Estas fueron las dos finalidades que tenían los juristas en relación a sus normas, es decir, revelar cuál era el objetivo de regular ciertos actos y/o hechos y en segundo término, analizar y fijar la suposición concreta a la que se aplicaría la norma. Sin embargo, todo este desarrollo se gestó a través de la Magistratura del *Pretor*, quien contaba con dichas prerrogativas y con jurisdicción en Roma e Italia¹⁹².

Respecto a esta magistratura se debe tener presente que: “En el juego técnico de la actividad del *Pretor* esta la clave de la grandeza y de la perfección a que el derecho romano pudo llegar: a presentárenos como el sistema jurídico siempre adaptado en sus soluciones a la realidad y a las necesidades del momento con una precisión completa”, es más, el

¹⁹¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, p. 210.

¹⁹² D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 53. “&24 N. del A. Número 2”.

procedimiento formulario entregaba múltiples posibilidades de perfeccionamiento, por esto los *jurisprudentes* clásicos presentan un gran interés por las acciones¹⁹³. Esto a consecuencia, que los juristas romanos preferían el análisis y las soluciones al caso concreto; más que fijar conceptualizaciones y/o modelos teóricos para diferentes realidades generales.

Tanto los *jurisprudentes* como el *Pretor*, trabajaron en la difícil tarea de adaptar los marcos jurídicos a la realidad social, tratando siempre de proteger las diferentes circunstancias a través del edicto¹⁹⁴, es más, en caso de llegar a la convicción de amparar un caso que no contaba con protección en el edicto, dictaba el *Pretor* un edicto repentino. El auxilio a los diferentes casos se realizaba por medio de *acciones honorarias*¹⁹⁵ o *remedios parajurisdiccionales*¹⁹⁶.

No obstante, los romanos siendo generalmente casuísticos en sus análisis, algunas veces describían a las instituciones por sus características o cualidades, como forma de diferenciarlas de otras, esto ocurrió por Ej., con el *uti, fruit, habere y possidere*¹⁹⁷.

¹⁹³ ÁVILA MARTEL ALAMIRO DE. Op. Cit., p. 168, 169 y 213.

¹⁹⁴ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 70.

¹⁹⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p.163 y Sig., *acciones in factum, acciones ficticiae, acciones con cambio de personas*.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 192 y Sig., *interdicta, in integrum restitutio, stipulationes praetoriae, missiones in possessionem*.

¹⁹⁷ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 102.

Indistintamente a la visión romana de esta época, serán presentados distintos conceptos, con el fin de entender la idea de *dominium* en este período, a saber:

Gutiérrez señala que el *dominium* es un: “...término que expresa por excelencia la noción de señorío o poder sobre una cosa susceptible de ser objeto del mismo; propiedad o señorío jurídico pleno o potencialmente pleno, exclusivo e ilimitado sobre una cosa”¹⁹⁸. En relación a lo anterior, se debe plantear que el *dominium* en la época clásica, era pleno, ya que, en caso de contar sólo con el *habere*, se trataría de una propiedad. Respecto a ser ilimitado en esta época, se debe tener presente que no es pacífica la doctrina romana en esta materia; en razón de lo expuesto en las características del *dominium*¹⁹⁹.

Por su parte, Iglesias define la propiedad como: “La señoría más general, en acto o en potencia, sobre la cosa”²⁰⁰. Se asimilan el *dominium* y la *proprietas*, sin embargo, en la época clásica, ambos términos eran distintos.

Jörs señala que la propiedad según la jurisprudencia clásica era: “...la dominación jurídica, exclusiva e ilimitada, de una cosa”²⁰¹. La expresión “dominación jurídica”, pareciera ser asociable al término señorío jurídico.

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 179.

¹⁹⁹ V.a., p. 47 y 48.

²⁰⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 230.

²⁰¹ JÖRS PAUL. *Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel. Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, reimpresión de la

Para Petit, la propiedad es: “...el más completo de todos los derechos reales, y que por esta razón los romanos confunden muy a menudo con su objeto...”²⁰². En relación a la expresión derechos reales²⁰³.

Por su parte, D’Ors entrega dos definiciones de propiedad, la primera: “...empieza por significar la pertenencia limitada de una cosa, en especial, la del *nudo propietario*, cuyo derecho esta limitado por el usufructo de otra persona”, agrega que el término para denominarla es señorío o *dominium*, ya que, la relación dominical se basa en el comportamiento del sujeto en relación con la cosa²⁰⁴. La segunda: “...señorío potencialmente pleno sobre una cosa, lo que equivale aproximadamente a decir *dominium*”²⁰⁵. En ambas nociones, se asimilan los términos *dominium* y *proprietas*.

En relación con lo anterior, Samper manifiesta que en Roma: “Tanto las palabras que pronunciaban los contendientes en la *antigua vindicatio*, como la fórmula de la más moderna *acción reivindicatoria*, no contenían alusión alguna a un derecho unitario, general o abstracto, sino que directamente afirmaban ser la cosa del reivindicante...”²⁰⁶.

primera edición. Barcelona, España. Editorial Labor S.A., año 1965 (Primera Edición 1937), p. 172.

²⁰² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 239. N. del A. En el lenguaje común de los jurisconsultos romanos, tener el dominio de una cosa, es poseer la cosa; por esto no es un derecho real. Ya que, se confunde con la cosa misma.

²⁰³ V.a. Cap. I. Subt. 1.4.

²⁰⁴ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 191.

²⁰⁵ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 102.

²⁰⁶ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 112.

Guzmán define al dominio como: “La posibilidad amparada por el derecho de identificar una cosa corporal para obtenerla y tenerla, y de ejercer actos sobre ella que impliquen el máximo aprovechamiento de sus ventajas y utilidades...”, este *dominium* se ejerció sobre *res* identificables o específicas, ya que, son las únicas que podían ser reivindicadas, además los juristas romanos no distinguieron: “entre la cosa objeto del *dominium* y un derecho de *dominium*”²⁰⁷. La frase “posibilidad amparada por el derecho” en la época clásica, debe entenderse referida al sistema de acciones romano.

Con todo, el contenido del *dominium* clásico, era un vínculo directo con su objeto o la *res* misma, es en razón de las nociones antes planteadas, que se confirma la manera de observar la realidad por parte de los romanos, en particular del *Pretor* y los jurisprudentes, pues debían examinar de que *res* se trataba, por esto, el *dominium* no fue un concepto general o unívoco y en relación a ello; no tomaron en consideración, realizar un ejercicio teórico general de conceptualización de figuras, ya que, esa metodología no se condice con la realidad clásica, en cambio, privilegiaban el análisis casuístico, pues debían analizar el caso concreto, y en este caso particular, analizar la *res* y sus consecuencias, con el objetivo de saber, si se configuraba éste y en caso de requerir protección, cual sería la manera en que se llevaría a efecto.

²⁰⁷ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 449 a 451.

2.5.- TIPOS DE DOMINIUM

En la época clásica, se conoció el *dominium ex iure quiritium*, sin embargo, se pudieron observar tres situaciones similares, sin ser ninguna de ellas propiamente un *dominium*. Por esta razón, analizaremos tanto el *dominium ex iure quiritium* y las circunstancias afines a éste, a saber:

2.5.1. Dominio quiritaro o civil

Gutiérrez lo define como aquél que: "...constituye la situación jurídica de señorío pleno romano o derecho de propiedad romano por excelencia, para cuya existencia se requería que el titular fuese ciudadano romano, la cosa susceptible de propiedad por ser una *res Mancipi*, y la forma de adquisición una de las formas solemnes de la *mancipatio o in iure cessio*"²⁰⁸. Se refería a las *res Mancipi*, adquiridas por un modo solemne y su titular debía ser ciudadano romano.

En relación con esta última idea, Jörs²⁰⁹ e Iglesias²¹⁰ agregan, que fue el único o genuino *dominium* conocido en Roma y que estaba reservado para los ciudadanos romanos.

Respecto a los posibles titulares en que podía recaer esta figura, no es un tema unánime para la doctrina, ya que, Schulz se encuentra en desacuerdo

²⁰⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 180.

²⁰⁹ JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 176.

²¹⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 236.

con las posturas de Jörs e Iglesias, pues plantea que los no romanos *con ius commercii*, también pudieron acceder a éste²¹¹. En relación a este punto, lo importante a tener presente, es que en el sistema clásico romano de acciones, el ciudadano romano podía interponer la *actio reivindicatio* para defender su *res* y vindicarla si era necesario.

Es más, según Fernández, los no romanos con *ius commercii*, carecían de ciertos *ius* para ser considerados ciudadanos²¹², en razón de esto, no fueron legitimados activos de esta *actio*, indistintamente a la apariencia de dominio y buenas relaciones que hubo lugar con los romanos, en base al *ius latii* y el *ius commercii*²¹³. Sin embargo, por más que tuviesen buenas relaciones con los romanos, no formaban parte en un principio de sus legiones regulares²¹⁴.

Junto con lo anterior, el Pretor en su edicto pudo otorgar acciones ficticias de *reivindicatio*, así comenzó una asimilación al estatuto romano, logrando los no romanos con *ius commercii*, un *status intermedio*, pues podían acceder a instituciones propiamente romanas, como la *mancipatio*²¹⁵.

²¹¹ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 326.

²¹² FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 452. (*Ius suffragii, Ius honorum, Ius occupandi agrum publicum, Ius connubii, Ius commercii*).

²¹³ Al respecto, véase FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 344 y GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 293, 308 y 309.

²¹⁴ DURUY V. Op. Cit., p. 134. Situación que es modificada por Mario a finales del siglo II A.C.

²¹⁵ V.a., p. 99.

2.5.2. Dominio bonitario o pretorio

El origen de esta institución se produjo por: “...una evolución acelerada de la sociedad romana, que no podía ser seguida por el derecho de la *civitas* a causa de la lentitud de sus fuentes de producción...” y su fin fue proteger a los adquirentes activa y pasivamente de terceros²¹⁶. En si, surge por la falta de flexibilidad del derecho de los quirites, pues era necesario mantener vigente las protecciones y/o resguardos ante los cambios y distintas circunstancias que ocurrían en Roma con el pasar del tiempo.

En la época clásica se estableció este *dominium* con similitudes al *ex iure quiritium* por el *Pretor*²¹⁷. Su finalidad fue proteger las situaciones que no tenían defensa en la *lex de las XII Tablas*.

El *dominium* es definido por Gutiérrez como, una: “denominación dada por los intérpretes a las situaciones *in bonis habere o in bonis esse*; es decir, a todos aquellos supuestos en que una persona que había adquirido una *res Mancipi* por otro medio distinto a la *mancipatio* o la *in iure cessio* o ejercía sus facultades de señorío sobre cosas *nec Mancipi* y que no constituía un caso de dominio, *dominium*, pero que gozaba de una tutela pretoria, cual la *actio publiciana*, hasta tanto se convirtiese en *propiedad quiritaria*, de ser ello posible. También a este tipo de propiedad se le llama *pretoria o publiciana*”²¹⁸.

²¹⁶ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 391.

²¹⁷ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 208 y 209.

²¹⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 502.

Este concepto aborda dentro de esta figura, la adquisición de una *res Mancipi* por un modo no solemne, circunstancia que se encontraba amparada por la *actio publiciana*, sin embargo, no expone el caso del *non domino*. Situación que estaba integrada dentro de esta categoría, ya que, se trataba de la enajenación de una *res* por alguien que no era su *dominus*.

Con todo, a continuación examinaremos algunas situaciones reconocidas como *dominium bonitario*²¹⁹:

I) La enajenación de una *res Mancipi* por simple *traditio*, en este caso, no se producía una adquisición válida para el *dominium ex iure quiritium*, pues no había transferencia por un modo de adquirir solemne y el enajenante seguía siendo el *dueño quiritario*; ante esta circunstancia, el *Pretor* debía proteger al adquirente en caso que el *dueño quiritario* interpusiere la *actio reivindicatio* en su contra, dicha defensa se realizaba a través de una *excepción* específica denominada *exceptio rei venditae et traditae* (*Excepción de cosa vendida y entregada*)²²⁰. Previo a esta defensa, era posible interponer por el adquirente la *exceptio doli*, en razón de su carácter general²²¹.

²¹⁹ Para un mayor examen de las circunstancias conocidas como *dominium bonitario*, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 454 y 455.

²²⁰ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 235.

²²¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 154.

Estas *exceptios*, requerían como condición para ser interpuestas que el adquirente tenga la posesión de la *res*, en caso contrario, no tenía defensa, para evitar una situación injusta por el no cumplimiento de este requisito, el Pretor creó la *acción publiciana*²²². Esta acción contaba con una ficción, la que consistía en imaginar que el tiempo de la *usucapio* se encontraba cumplido²²³. Se podía oponer contra cualquier poseedor actual de la *res*, incluso el *dueño quiritario*, este último podía defenderse con la *exceptio iusti domini*, sin embargo, el *dueño bonitario* eventualmente podía contra atacar con la *replicatio rei venditae et traditae ó replicatio doli*²²⁴.

En términos simples, el Pretor protegía esta figura a través de distintos instrumentos como fueron las *exceptios*, la *actio publiciana* y la *replicatio*, la razón de su protección, era porqué si la adquisición se hubiera realizado a través de un modo solemne, el adquirente y/o dueño bonitario, habría sido *dueño quiritario*.

II) La enajenación de la *res*, realizada por una persona distinta al *dueño quiritario* o según las fuentes, enajenación a *non dominus*, el adquirente era a su vez, poseedor, *dueño bonitario* y podía llegar a ser *dueño quiritario*, siempre y cuando, cumpliera con los requisitos de la *usucapio clásica*.

Esta enajenación era inoponible al *dueño quiritario*, dado que, por no haber participado en ésta, no afectaba su *dominium*, sin embargo, esta

²²² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 244.

²²³ GAYO 4. 36. Por esta ficción, se presume haberse consumado la *usucapio*.

²²⁴ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 237.

circunstancia dependía de los plazos de *usucapio clásica*, es decir, se podía interponer la *actio reivindicatio* contra cualquier poseedor actual de la *res* incluso el *dueño bonitario*, mientras no se cumplieran sus plazos. El dueño bonitario tenía la posibilidad de oponer la *actio publiciana* contra cualquier poseedor actual de la *res*; no obstante, si la entablaba contra el *dueño quiritario*, perdía el litigio.

III) Otro grupo que puede subsumirse en la figura del *dominio bonitario* o *cosas in bonis*, fueron las siguientes²²⁵:

a) El heredero que adquiría por “*Bonorum possessor*”, en este caso, el *Pretor* dictaba un decreto, el que era justa causa para adquirir la herencia por *usucapio*, sin embargo, el heredero podía defenderse con el *interdicto quórum bonorum*.

b) El comprador del patrimonio de un deudor en quiebra o ejecutado, se denominaba “*Emptor bonorum*” y en caso de intentar vindicar un bien, tenía dos acciones, éstas fueron, la *actio rutiliana*, cual contaba con transposición de personas, es decir, en la *intentio* se señalaba al dueño *quiritario* y en la *condemnatio* se indicaba al *bonorum emptor* y la *actio serviana*, la que se interponía en caso de muerte del fallido, ya que, fingía que el *bonorum emptor*, era heredero del fallido.

²²⁵ En relación, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 455 y VOLTERRA EDUARDO. *Op. Cit.*, p. 393.

c) La Persona que entraba en posesión de la construcción de otro, en razón de la posible amenaza de ruina a su predio. El *Pretor* dictaba un decreto denominado *missus damni infecti nomine ex secundo decreto*, con éste, autorizaba la entrada en posesión de la construcción del otro, ya que, el *dueño quiritario* se había negado a otorgar la *cautio damni infecti*, la que aseguraba los eventuales perjuicios que pudiera causar la construcción a su predio.

2.5.3. Dominio provincial

El dominio provincial es definido por Gutiérrez como: “Titularidad o señorío que acabó por ser reconocido por los juristas a los poseedores de los fundos provinciales – legalmente suelo de propiedad del estado romano – en razón de la inminencia de su señorío y de la *acción reivindicatoria útil* – *reivindicatio utilis*-, que tenían para defender su derecho”²²⁶.

El mismo autor define a la *actio vindicatio utilis* como una: “acción concedida a los propietarios de fundos provinciales para defender su propiedad frente a los que quisieren desconocer su derecho y que está en su estructuración calcada de la *acción reivindicatoria* que protege la propiedad civil o *quiritaria*. En general, acción real concedida a imitación de la *rei vindicatio*, para protección de situaciones dignas de amparo a juicio del *Pretor*”²²⁷.

²²⁶ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 502.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 618.

En relación con lo anterior, respecto al concepto de dominio provincial de Gutiérrez, es necesario mencionar que la palabra estado, no fue utilizada en la Roma Clásica, pues recién tuvo su creación en la época medieval.

Este predio provincial no fue objeto de *dominium ex iure quiritium*, salvo contará con *ius italicum*²²⁸. Fernández lo define como un: “Derecho concedido a las provincias conquistadas por los romanos, fuera de Italia, en virtud del cual quedaban excluidas del pago de impuestos ordinarios. Sus habitantes gozaron de los mismos derechos y exenciones que los ciudadanos romanos tenían en Italia. Los poseedores de los fundos de las provincias, colonias o municipios que gozaban del *ius italicum*, tuvieron el *dominio ex iure quiritario* sobre estas tierras, que se convirtieron en *res mancipi*. El estado les cedía el derecho de propiedad de ellas dejando de pagar al tesoro el *stipendium o tributum*”²²⁹. En síntesis, el *ius italicum*, permitía que el predio provincial pudiera ser adquirido bajo el *dominium quiritario*, como un fundo itálico, con todos los beneficios que dicha categoría tenía, como por Ej., el no pago de impuestos.

En relación al concepto de Gutiérrez de dominio provincial, Samper se encuentra en desacuerdo, con la posibilidad que el dueño provincial pudiera defenderse a través de *acciones reivindicatorias útiles*, ya que, manifiesta que existió una falta de fórmulas en los procedimientos de las provincias,

²²⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 456.

²²⁹ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 332.

por lo que infiere una dificultad de otorgar *reivindicatorias útiles* y otros medios de protección, que necesitaban obligatoriamente la dictación de fórmulas en las provincias²³⁰.

Por su parte, D'Ors apoya las afirmaciones de Samper, pues señala que: “Un campo importante para el nuevo *procedimiento cognitorio* es el de las provincias, donde nunca parece haberse utilizado el procedimiento formulario, al menos el ordinario de Roma”, además agrega que: “Se dice corrientemente que el procedimiento formulario también se aplicó en provincias, pero la base para esa afirmación es excesivamente endeble...”, en base a que: “En las provincias sin distinguir en senatoriales o imperiales no puede haber *iudicia legitima* aun cuando el proceso se funde en una ley”²³¹.

En tal sentido, Gayo²³² y Guzmán²³³, se encuentran de acuerdo con la falta de *iudicia legitima* en las provincias. Sin embargo, existen vestigios de una *lex municipal* de Augusto, en la época clásica central, que extendió la noción de *iudicium legitima*²³⁴.

Otro elemento que se debe considerar en esta discusión, es la administración de las provincias, ya que, el Senado nombraba a

²³⁰ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 158.

²³¹ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 169 y 170.

²³² GAYO 4. 104. En virtud de la *ley Julia Judiciaria*, expiran si no se dicta fallo antes del año y seis meses.

²³³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 130 y 131.

²³⁴ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 170.

ex – Magistrados y éstos al ser *pro – Pretores*, el único proceso que conocían era el formulario²³⁵. Es por ello, que sobre todo el Gobernador en provincias occidentales, tuvo libertad de jurisdicción, pues no existían tradiciones fuertes, a diferencia de las orientales que gozaban de gran influencia del derecho greco – heleno, el que fue respetado por Roma, no obstante, indistintamente la provincia, nunca fueron obligados a aplicar el proceso formulario, es más, podían publicar edictos, tal vez similares a los de *Pretores* romanos, incluso algunos de provincias, se remitían a los de Roma, sin perjuicio, que el derecho aplicado en las provincias, era común a romanos y peregrinos²³⁶.

En relación con los edictos, Adriano, a fines de la época clásica central y/o comienzos de la tardía, genera su mayor legado en el ámbito del derecho, el que fue la compilación de edictos del Pretor o edicto perpetuo, alrededor del año 130 y todos los Gobernadores de provincia debieron remitirse a éste, lo que fue beneficioso para ellos, ya que, conocerían la ley²³⁷. Esta compilación quedó en manos de Salvio Juliano.

Como se puede apreciar de las circunstancias anteriores, no existe consenso en la doctrina referente a la eventual aplicación del proceso formulario romano en provincias. Al no existir certeza, es probable que acontecieran dos circunstancias, en primer orden, sí aceptamos la

²³⁵ En referencia, véase D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 89 y D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 41.

²³⁶ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 90 a 92 “N. del A. Número 7”.

²³⁷ DURUY V. Op. Cit., p. 207 y 208.

tramitación en provincias del procedimiento formulario de la ciudad de Roma; es factible que haya comenzado en base a una *praescriptio* y en segundo lugar, si no aceptamos la tramitación en provincias del procedimiento formulario aplicado en Roma, habría que subdistinguir dos posibles escenarios; en si, uno en que pudo originarse un procedimiento formulario especial de la provincia y otro, en base al modelo del procedimiento *extraordinario o cognitorio*.

En relación a la denominación de esta institución, Samper plantea que no debe designarse como dominio provincial, ya que, debió ser un derecho de aprovechamiento pagado al erario por el predio²³⁸. El pago al que alude Samper, por regla general era realizado a modo de tributo por el titular del predio de provincia, en cambio, el *dominus* de predios itálicos en la época clásica, no tenía que cancelar dichos impuestos, en razón de esto, es factible visualizar al dominio provincial como un aprovechamiento previo pago.

Según Petit, estos fundos podían transmitirse y transferirse por causa de muerte o *traditio* respectivamente, además de percibir sus frutos y defenderse con la *longi temporis praescriptio*, dado que, no era aplicable a éstos, la *usucapio*²³⁹.

²³⁸ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 158.

²³⁹ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 249.

Con todo, según Arias Ramos y Arias Bonet, en el principado perdió efecto la distinción entre fundos itálicos y provinciales, en razón de la concesión del *ius italicum*²⁴⁰. Sin embargo con Diocleciano en el año 292, cae en desuso esta clasificación, pues los predios itálicos son sometidos a tributación²⁴¹.

Por lo manifestado anteriormente, durante toda la época clásica, se mantuvo vigente la categorización entre predios itálicos y provinciales, ya que, sólo en la época postclásica, cambia dicho escenario.

2.5.4. Dominio peregrino

Según Jorquera: “El derecho de propiedad es una de las manifestaciones del *ius commercii*, que al igual que los romanos, lo tenían los latinos. Los peregrinos, por su parte, tenían un *ius commercii* muy limitado...”, aunque los romanos permitieron el estatuto personal a los peregrinos, éste desapareció con el código de Teodorico, el que estableció el estatuto real, además los *Pretores* protegían esta institución, con los mismos procedimientos que el *dominium bonitario* (*Exceptio doli, exceptio rei venditae et traditae* y la *acción publiciana*)²⁴².

²⁴⁰ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 237 y 238.

²⁴¹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 240.

²⁴² JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 262.

Para Guzmán, esta institución se generó porque el dominio peregrino no podía adquirir el *dominio quiritario*, no obstante, contará con el *ius commercium*²⁴³.

Por su parte, Iglesias señala que el dominio peregrino era protegido por el *Pretor peregrino* y los Gobernantes de provincias, a través de acciones similares a las que tutelaban el *dominio quiritario*, ya que, se fingía que los peregrinos eran ciudadanos romanos; esta circunstancia desaparece con la *constitución antoniniana*²⁴⁴. Según las fuentes, esta *constitución* es dictada en el año 212.

El planteamiento de Iglesias, se debe relacionar con las posiciones contradictorias de la aplicación del procedimiento formulario romano en las provincias y en razón de ello, pareciera ser que la jurisdicción del *Pretor urbano, peregrino* y el Gobernador de provincias, no fue la misma²⁴⁵.

2.6.- ALGUNOS MODOS DE ADQUIRIR

Los modos de adquirir el dominio se pueden definir como: "...actos y hechos a que el derecho atribuye como efecto propio y directo, el de radicar el dominio en una persona. Estos últimos reciben el nombre técnico de

²⁴³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 455.

²⁴⁴ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 240 y 241. "N. del A. Número 49".

²⁴⁵ V.a., p. 87 a 89.

“modos de adquirir el dominio”, si bien la expresión “*modus acquirendi...*” no es técnica de la jurisprudencia romana²⁴⁶.

Entre las clasificaciones de los modos de adquirir²⁴⁷, sólo se menciona en las fuentes romanas, la de los modos de derecho natural y los de derecho de los *Quirites*, éstas fueron las siguientes:

a) Gayo en sus *Institutas* y después Justiniano, distinguen entre *modos de derecho natural*, como la *traditio*, la *occupatio* y los de *derecho de los quirites*, como la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio*²⁴⁸.

Esta clasificación fue muy importante, ya que, se asociaba con el tipo de *res* de que se trataba, tanto en la época arcaica como en la clásica, es decir, *mancipi o nec mancipi*; además se relacionaba con el *ius commercium*.

b) Los bizantinos presentaron la distinción entre modos originarios y derivativos²⁴⁹. Los primeros generaban un nuevo dominio y no dependían de ningún antecedente anterior para tener eficacia, en cambio, los segundos pendían de la existencia de un modo anterior y la

²⁴⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 522.

²⁴⁷ D 41, 1, 1.

²⁴⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 262. Esta división, tiene gran importancia referente al *ius commercium*, ya que, los romanos, latinos y algunos peregrinos lo tienen y pueden adquirir el dominio en base a modos de adquirir del Derecho Civil. Estos son la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*, la *adjudicatio* y la *lex*., y los modos del Derecho de gentes son la ocupación, la *traditio* y otros.

²⁴⁹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 247.

res se transfería con sus beneficios y cargas; el dominio siempre fue nuevo en el derecho clásico, en razón del verbo *capere*, que significaba aprehender, coger y en términos jurídicos adquirir²⁵⁰.

En razón de lo anterior, los modos de adquirir no fueron derivativos en esta época. Es más, recién en el siglo III, los romanos conocieron la traslación de dominio o *transfere dominium*²⁵¹.

No obstante en el marco histórico de la época clásica, los modos de adquirir sólo tenían una función original, en razón que existía una traslación de *res*, es probable que adquirieran la característica de derivar el dominio en la época postclásica, en razón del desuso de ciertos modos de adquirir.

c) Modos de título singular y de título universal, la diferencia radicó en la posibilidad de adquirir un patrimonio o cosas singulares, en la época clásica, sólo hubo modos singulares, ya que, la sustitución universal no fue un modo de adquirir²⁵². Sin perjuicio que Guzmán señala, que Gayo se permitió dicha posibilidad²⁵³.

d) Por último, los modos solemnes y los reales, los primeros consistían en la celebración de una forma previa, señalada para dicho efecto por

²⁵⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 524 y 525.

²⁵¹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 330.

²⁵² D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 116.

²⁵³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 528.

los romanos, sin importar la posesión del bien adquirido, en cambio, los segundos se basaban en la posesión del bien para su adquisición.

Es necesario mencionar que en Roma, “El dominio sólo se puede alcanzar por una sola causa”, a través del modo de adquirir, en cambio, para la posesión, éste pudo ser su justificación²⁵⁴.

Este último planteamiento, nos presenta la diferencia en materia de causas del *dominium* y de la posesión, pues el primero sólo se podía adquirir por una causa, a diferencia de la variedad de causas que podían invocarse para justificar la posesión.

Los modos de adquirir que se tratarán serán los siguientes:

2.6.1.- Modos del Derecho de los Quirites

2.6.1.1.- In iure cessio

2.6.1.2.- Mancipatio

2.6.1.3.- Usucapio

2.6.2.- Modos del Derecho natural.

2.6.2.1.- Ocupación

2.6.2.2.- Traditio

2.6.1.- Modos del Derecho de los Quirites

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 528 y 529.

2.6.1.1.- In iure cessio

La *in iure cessio*, según Fernández, se encontraba regulada en la *lex de las XII Tablas*, fue un modo de adquirir el dominio que recaía sobre cosas *mancipi* y *nec mancipi*, sirvió para constituir usufructos, usos, servidumbres de predios urbanos, junto a ello permitió transmitir a otro la calidad de heredero o de tutor y de manumitir esclavos²⁵⁵.

Para Fernández, era un proceso simbólico y ficticio de reivindicación, en el que las partes se encontraban de acuerdo y comparecían ante el magistrado. Era necesario distinguir si la cosa era mueble o inmueble, ya que, en la época clásica, en este último caso, se permitió representarla con alguna parte de la misma, el adquirente aprehendía la cosa, señalando que era de él y por su parte, el cedente guardaba silencio, ratificando dicha manifestación, en consecuencia, el magistrado pronunciaba la palabra *addicit*, y declaraba dueño de la cosa al adquirente²⁵⁶.

Gutiérrez manifiesta que la *in iure cessio* fue una institución jurídica ritual, que servía para constituir y extinguir señoríos sobre personas y cosas. Se desarrollaba ante el magistrado con *iurisdictio*, con las formalidades propias del procedimiento contencioso; esta institución cae en desuso al final de la época clásica, no siendo recogida por Justiniano²⁵⁷.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 294.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 294 y 295.

²⁵⁷ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 256 y 257.

Para Guzmán: “La palabra *cessio* deriva de *cedere* = “llegar”, también “ir” o “marchar”, como “retirase” o “abandonar un lugar”, por lo cual *in iure cessio* viene a significar algo así como “llegada ante el magistrado”. En tal sentido, no significaba transferencia, si la palabra *cessio* posteriormente significó “cesión” como “transferencia”, fue por los efectos que producía la “llegada ante el magistrado”²⁵⁸.

El mismo Guzmán nos señala que este acto era abstracto y el término *abstrahere* significaba: “arrancada de o sacada fuera de”. Además las partes previamente de acuerdo, se benefician de la declaración atributiva de la *addictio* del Magistrado. Junto a esto, Guzmán plantea que debió nacer de la *jurisprudencia pontifical*, por ello, fue establecido como un negocio en la *lex de las XII Tablas*. También las partes, pudieron realizar ciertas declaraciones con eficacia para el enajenante que se denominaban *nuncupationes o leges privatae*²⁵⁹.

Según Schulz, esta institución permitía adquirir cosas incorporales²⁶⁰.

Para Volterra, esta figura era un *actus legitimus*, es decir, no podía estar sujeta a condición o plazo, además plantea que cae en desuso después del

²⁵⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 530.

²⁵⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 529 a 531.

²⁶⁰ SCHULZ FRITZ. *Op. Cit.*, p. 335.

siglo III, ya que, se menciona en una constitución del año 293 de Diocleciano²⁶¹.

Con todo, en razón de los planteamientos anteriores, podemos sostener que la *in iure cessio* fue una institución jurídica solemne regulada en la *lex de las XII Tablas*, por ello su carácter antiguo, ritual, sacramental, sirvió para adquirir y extinguir *res Mancipi* y *nec Mancipi* en la época clásica y se desarrolló sobre la base de un proceso ante el Magistrado, de ahí su nombre y aprovechaba la declaración atributiva de aquél.

Además, los romanos en esta época, no la concibieron como una transferencia, sino más bien como una renuncia o retiro que requería la *addictio* del magistrado, por esta razón, fue un modo originario de adquisición del *dominium*. En este proceso el adquirente afirmaba ser dueño de la *res* y el demandado no emitía ninguna declaración, por estas circunstancias, el *Pretor* establecía al adquirente como dueño, no obstante, si el demandado realizaba alguna declaración o *nuncupationes*, éstas podían llegar a ser vinculantes. Por último, no se encontraba sujeta a condiciones o plazos.

2.6.1.2.- Mancipatio

²⁶¹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 346.

Según Gutiérrez, la *mancipatio* fue un negocio jurídico solemne del derecho romano antiguo, en particular, el más importante de los *negotia per aes et libram*.

Consistía en que el adquirente tomaba la cosa o su representación en presencia de cinco testigos que debían ser ciudadanos romanos, púberes, junto a éstos, participaba también un *librepens*, quien portaba la balanza y pronunciaba la fórmula ritual, posteriormente golpeaba el platillo de la balanza con el trozo de cobre entregado por el enajenante como precio. Este último guardaba silencio, ratificando así, lo señalado por el adquirente²⁶².

Esta institución sirvió para la enajenación de las *cosas Mancipi* y como negocio abstracto; se utilizó en la constitución de donaciones, dote, la potestad marital, el otorgamiento de testamento etc. Primeramente se trataba de una venta real y posteriormente paso a ser ficticia hasta que desapareció hacia el final de la época clásica, por lo que no fue recogida por Justiniano²⁶³.

El adquirente y el enajenante se denominaban también *mancipio accipiens* y *dans*, respectivamente²⁶⁴. Es más, D'Ors²⁶⁵ y Guzmán²⁶⁶

²⁶² GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 398 y 399.

²⁶³ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 398 y 399.

²⁶⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 533.

²⁶⁵ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., p. 117.

²⁶⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 536.

señalan que aquéllos debían ser ciudadanos romanos o contar con el *ius commercii*.

En caso de tratarse de mujeres o pupilos requerían la *auctoritas del tutor*²⁶⁷. Esta situación se planteó anteriormente en lo referido a las *res mancipi*²⁶⁸.

Para Guzmán, la presencia de testigos tuvo una misión de publicidad ante terceros, además señala que en sus principios se trataba de una venta real, en razón del intercambio inmediato de cosa y precio, pues no se permitía la entrega posterior y era solemne, por la presencia de testigos en la fórmula que declaraba el *accipiens* y el gesto al aprehender la *res*²⁶⁹.

Según Iglesias, posiblemente en la época clásica, pasó a ser un negocio jurídico múltiple de naturaleza abstracta y la explicación pudo ser por: “...la acuñación de la moneda, y de otra, las exigencias de un tráfico comercial expeditivo”²⁷⁰. Esto hizo: “surgir el contrato de compraventa, *iuris gentium* y consensual, fuente de las obligaciones de transmitir recíprocamente la cosa y el precio”²⁷¹.

En relación a la *res*, es necesario distinguir si se trataba de un mueble o inmueble, en el caso de los muebles, debían encontrarse presentes en el

²⁶⁷ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 342.

²⁶⁸ V.a., p. 18.

²⁶⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 532, 534 y 535.

²⁷⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 264.

²⁷¹ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 222.

lugar acordado, en cambio, si era inmueble en un principio se realizaba el negocio en la misma *res*, pero con el paso del tiempo, se permitió utilizar un símbolo que hiciera las veces de ésta y así, se podía efectuar el acto en otro lugar. Respecto a la forma de pago en las distintas épocas, el precio antes del año 1000 A.C, se constituía por cabezas de ganado o *pecus*, posteriormente se trataba de cobre, existiendo después un sello público, que garantizaba dicho metal²⁷².

Según D’Ors, este cobre (*aes*), por regla general, se entregaba en barras denominadas *rauduscula*, las que debían pesar una libra, es decir, 273 gramos y además tenían la característica de poder dividirse hasta en doce partes, cada una designada *unciae*²⁷³.

Por su parte, Gutiérrez define el término *raudusculum* como un: “Trozo de cobre sin acuñar y amonedar que se entregaba como precio, tras su peso, en la *mancipio originaria*”²⁷⁴.

Para D’Ors²⁷⁵ y Guzmán²⁷⁶, con la acuñación de la moneda y la creación de los *Triumviri monetales* con competencia sobre estas materias, comenzó la *mancipatio clásica* alrededor del año 289 A.C., ésta fue denominada *nummo uno* y la moneda acuñada era de bronce; además el *libripens* perdió su función original de pesar el metal en la balanza, sin

²⁷² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 532 a 534.

²⁷³ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p.183 y 184.

²⁷⁴ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 517.

²⁷⁵ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p.184.

²⁷⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 535.

embargo, seguía siendo parte de este negocio. La gran diferencia con la *mancipatio arcaica*, era que la balanza se golpeaba con una moneda por el *accipiens*, pero se mantuvo el precio como símbolo, por esta razón paso a ser un *modo de adquirir abstracto*.

En la época republicana y sólo con fines de prueba, se permitió la redacción de un documento firmado por las partes y los testigos, aunque con el tiempo se bastará éste por si solo²⁷⁷.

El *mancipio dans*, recibía el precio y afirmaba lo declarado por el adquirente o *mancipio accipiens*. Además D'Ors plantea, que el *dans* podía realizar una fórmula sacramental denominada *lex rei suae dicta*, ley privada o *nuncupatio*, la que imponía limitaciones a la *res* y según *las XII Tablas*, tenía fuerza de *ius*²⁷⁸.

Con todo, esta institución desaparece a fines de la época clásica. Sin embargo, Schulz expone que en el año 438, la *mancipatio* fue mencionada en el *codex theodosianus*, por lo cual cree factible su aplicación hasta dicha época, no obstante, que en la época justiniana, fue sustituida por la *traditio*²⁷⁹, en razón del desuso de la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*.

²⁷⁷ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 224 y 225.

²⁷⁸ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., p. 118.

²⁷⁹ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 334.

En la *mancipatio* pudieron ocurrir algunas circunstancias que perjudicaron al *mancipio accipiens*, como las siguientes:

- a) Si un tercero reclamaba el *dominium* de la *res*, se debía distinguir si el *accipiens* era o no dueño de ésta, en caso de no serlo, el *mancipio dans*, tenía varias posibilidades, podía optar por defender al *accipiens* o no hacerlo, si no lo hacía o lo realizaba de forma insuficiente y resultaba el *accipiens* vencido, este último, tenía la posibilidad de interponer contra el *dans*, la *actio auctoritatis* por el doble del metal pesado²⁸⁰.

Esta *actio* es definida como una: “acción civil concedida desde la legislación de las *XII Tablas* al comprador que había recibido por *mancipatio* una cosa de la cual no era propietario el *mancipante*, a fin de que le garantice de la evicción frente al tercero, que alega un mejor derecho sobre la cosa, con objeto de que al triunfar éste se le indemnice con el doble del precio de la venta. En las fuentes justinianeas esta acción se confunde con la propia *mancipatio*”²⁸¹.

En relación a esta acción, se presenta en el Digesto un caso referente a los herederos: “*Quum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere; et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est; sed*

²⁸⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 534.

²⁸¹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. *Op. Cit.*, p. 8.

*quum uno defugiente omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit*²⁸², en su traducción: “Cuando reclamamos algo a causa de una estipulación del doble del precio <para caso de evicción>, se debe reclamar por el todo a todos los herederos del vendedor y todos ellos deben intervenir en el juicio, pues la venta exige una defensa por el todo <de la cosa vendida>, y si uno de los herederos rehúye el litigio, todos parecen haberlo hecho, y por ello responderán todos, aunque cada uno de ellos pague la indemnización en la parte hereditaria que le corresponde”²⁸³.

La noción básica en esta acción es la de *auctoritas*, respecto a ésta, Samper nos presenta tres teorías, la primera planteada por Mommsen, quien interpreta este concepto como garantía, encontrando sustento en las fuentes romanas, en segundo orden, Huvelin interpreta el concepto como propiedad y por último, De Visscher, señala que se trata de la aprobación dada por el *dans* al acto de apoderarse de la cosa por el *accipiens*. Según Samper, las últimas dos teorías tienen graves problemas en las fuentes para ser verificadas²⁸⁴.

Por su parte, Ulpiano en un comentario en el Digesto señala que: “*Quoties autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit; si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit; et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus*

²⁸² D 45, 1, 139.

²⁸³ D 45, 1, 139.

²⁸⁴ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 138.

*est, cum iure servitutum debitarum transfertur. Si quis igitur fundum dixerit liberum, quum traderet eum, qui servus sit, nihil iuri (4) servitutis fundi detrahit, veruntamen obligat (5) se, debebitque praestare, quod dixit*²⁸⁵. Es decir: “Cuando se transfiere la propiedad, se transmite al accipiente tal como la tenía él que hizo la entrega: si el fundo estaba gravado por una servidumbre, se transmite con ella, y si estaba libre de ella, tal como estaba, y si había alguna servidumbre a favor del fundo objeto de la tradición, se transmite con los debidos derechos de servidumbre. Por lo tanto, si uno, al entregar hubiera declarado que el fundo estaba libre de servidumbres, estando gravado con ellas, nada merma al derecho de servidumbre, aunque sí queda obligado por tal declaración y deberá indemnizar por ella”²⁸⁶.

La *auctoritas del dans* según la *lex de las XII Tablas*, duraba dos años respecto a inmuebles y un año referido a muebles, en razón de la *usucapio*, pero no tenía límites de tiempo cuando el *accipiens* era extranjero²⁸⁷.

Como se puede apreciar, esta acción se denominaba *auctoritatis*, la que se entablaba por el adquirente o *mancipio accipiens* en contra del *dans*, en caso de ser el primero demandado por la *actio reivindicatoria* del verdadero dueño; el objetivo de la *actio*, era defender y proteger al *accipiens* que no se había convertido en *dueño quiritario*, de la eventual evicción, con todo, si llegaba a perder el litigio frente al verdadero dueño, sería indemnizado por el doble del valor de la *res*.

²⁸⁵ D 41, 1, 20, 1.

²⁸⁶ D 41, 1, 20, 1.

²⁸⁷ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 231 “N. del A. Número 31”.

Esta *auctoritas* era una especie de garantía como lo señaló Mommsen, a favor del *accipiens* en caso de ser demandado por evicción.

b) La segunda *actio*, se denominaba *de modo agri* y también era a favor del *accipiens* contra el *dans*, se utilizaba en caso que la *mancipatio* incluyera una cláusula adicional de cabida del fundo y esta declaración fuese inferior a la real. Tuvo carácter penal y por el doble del valor de la cabida faltante²⁸⁸.

Respecto a su naturaleza, al igual que la *actio auctoritatis*, es penal, personal, pero tuvo carácter civil, es decir, *in ius*²⁸⁹, dado que, se encontraba regulada en la *lex de las XII Tablas*.

2.6.1.3.- Usucapio

La *usucapio* fue un: "...modo de adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada durante el tiempo y con las condiciones establecidas por la ley. En el derecho antiguo bastaba la posesión continuada de dos años para las cosas inmuebles y de uno para los demás, sin que pudiera ser objeto de *usucapio* la *res Mancipi* enajenadas por la mujer sin la *auctoritas tutoris*, la *res furtivae* y la *res vi possessae*. En la época clásica se exigieron requisitos *iusta causa* y *bona fides* en la posesión. En la época

²⁸⁸ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 257.

²⁸⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 179.

prejustiniana se presenta bajo dos formas distintas, como *usucapio civilis* para los fundos itálicos y demás cosas, y como *praescriptio longi temporis* para los fundos provinciales. En el derecho justiniano se presenta unificada como posesión jurídica de cosas hábiles durante diez o veinte años para los fundos y tres para las cosas muebles, con los requisitos esenciales de *justa causa y buena fe*,²⁹⁰.

Respecto a la expresión posesión continuada, su utilización pudo ser factible con posterioridad a la fusión entre *usus* y *possessio*, ello alrededor de la época clásica inicial.

En relación a la autorización, para tener efecto la *usucapio* en las enajenaciones de la mujer, se mantiene la lógica de las *res Mancipi* y la *mancipatio*²⁹¹.

Por su parte, Fernández señala que su origen es de antigua data y se encontraba regulada en la *lex de las XII Tablas*. Se trataba de la adquisición de la *res* por la posesión continuada dentro de cierto plazo, en razón de la presunción de abandono, pues la posesión es un ejercicio que tiene la apariencia de dominio; además manifiesta que los predios provinciales no están comprendidos en su regulación, dado que, en el momento de *la lex de las XII Tablas*, los romanos no habían extendido sus límites fuera de Italia, pero el *Pretor* con el fin de remediar esta situación, introdujo la *longi*

²⁹⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 606 y 607.

²⁹¹ V.a., p. 18 y 99.

temporis praescriptio y fijó ciertos requisitos similares a los de la *usucapio*, como que la *res* fuese *habilis*, justo título, buena fe, posesión y tiempo²⁹². Esta institución fija límites de tiempo²⁹³.

Guzmán plantea, que la *usucapio* era un modo de adquirir el *dominium* del *ius civile* tanto para *res Mancipi* como *nec Mancipi*, era la unión de los términos *usus* y *capere*, es más, la *lex de las XII Tablas* señala que: “La autoridad y el uso de los fundos es bienal, y que el uso de todas las demás cosas es anual” y requería además, una *res* hábil para ser usucapible, buena fe del usucapiente y una justa causa de posesión. La *usucapio* en un principio fue un complemento de la *mancipatio* y con el tiempo, se aplicó a la *in iure cessio*, a la *traditio*, incluso a las sucesiones, teniendo como fin, demostrar el dominio evitando la constatación hasta modos originarios²⁹⁴.

Parece interesante plantearse la siguiente pregunta, ¿Si pudo utilizarse la *usucapio* por cualquier persona?

En relación a la interrogante anterior, D’Ors manifiesta que la persona con *ius commercium* podía usucapir²⁹⁵. Pero el mismo autor en otro texto, manifiesta que los extranjeros estaban excluidos de la *usucapio*²⁹⁶.

²⁹² FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 584 y 585.

²⁹³ ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 231.

²⁹⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 590 y 591.

²⁹⁵ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 126.

²⁹⁶ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 232.

Por su parte, Volterra expone que la *usucapio* se reservaba a los ciudadanos romanos, dado que, su fin era: “...dar certeza jurídica a situaciones de hecho, prolongadas en el tiempo, y reducir de ese modo los litigios...”²⁹⁷.

Como fue señalado anteriormente, la *usucapio* fue un complemento de la *mancipatio* y esta última, era aplicable a las personas con *ius commercii*, sin embargo, la adquisición del *dominium quiritario*, era reservada a los ciudadanos romanos.

Gayo en un pasaje del Digesto menciona: “*Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium*”²⁹⁸, en su traducción: “La usucapión se ha introducido por interés público, a fin de que la propiedad de algunas cosas no quede permanentemente incierta, <como sería> casi siempre, siendo así que basta a los propietarios, para perseguir lo que es suyo, un espacio limitado de tiempo”²⁹⁹.

La aplicación de esta institución a las personas con *ius commercium*, es controvertida, pero en razón de lo antes mencionado, nos parece factible sostener que no fue aplicable la *usucapio* a éstos, ya que, la *usucapio* tiene como objetivo convertir al usucapiente en dueño quiritario cuando cumple

²⁹⁷ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 358.

²⁹⁸ D 41, 3, 1.

²⁹⁹ D 41, 3, 1.

los requisitos de la *usucapio* y, en dicho caso, se debe tener presente que este *dominium*, se encontraba reservado para los ciudadanos romanos.

Junto a esto, Iglesias señala que la *usucapio* era impedida por las prohibiciones de enajenar y que no extinguía los gravámenes y/o cargas como por Ej., las servidumbres, los usufructos y la prenda³⁰⁰.

Con todo, el *usucapiente* pudo defenderse con la *actio publiciana* en base al *dominium bonitario*.

2.6.1.3.1.- Requisitos

La *usucapio clásica* tuvo los siguientes requisitos, a saber:

I) Res hábil, la regla general era que la res pudiera ser objeto de *usucapio* pero existieron excepciones³⁰¹.

1) *Res extracommercium*.

2) Los fundos provinciales, según Schulz en el año 199 en la época clásica tardía, se dictó un *rescripto* por Septimio Severo y Caracalla, con el objetivo de proteger al poseedor con 10 años entre presentes y 20 años

³⁰⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 247.

³⁰¹ Para un mejor análisis de las *res hábiles*, véase PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 296; GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 592 a 594 y SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 341 a 345.

entre ausentes, el criterio del lugar fue la ciudad. En el año indicado, era emperador Septimio Severo.

3) Aquella(s) *res* que tenían prohibida la *usucapio* por ley.

a) *Res furtivas*, se encontraba prohibida por la *lex de las XII Tablas*, la que fue complementada por la *lex atinia*. En la época clásica, en este período la furtividad de la res era objetiva y sólo perdía dicho vicio, si retornaba la *res* a la posesión de su dueño.

b) *Res vi possessae*, por la *lex plautia de vi* y la *lex iulia de vi de Augusto*, ambas del siglo I A.C., se referían tanto a los muebles como a los inmuebles, poseídos con fuerza o violencia³⁰².

c) La mujer que enajenaba una *res Mancipi* sin *auctoritas tutoris*, pues en Roma, las mujeres se encontraban sometidas a *legítima tutela mulieris*. Para D'Ors, esta situación cae con posteridad en desuso, en razón de la pérdida de eficacia de la distinción de tutela por sexo³⁰³.

d) Los *Proeddia rustica vel suburbana de los pupilos* y menores de 25 años, ya que, dicha enajenación fue prohibida por un *senadoconsulto* de Septimio Severo y la *usucapio*, se entendía como una enajenación indirecta.

³⁰² GAYO 2. 45.

³⁰³ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 126.

4) Cosas donadas al magistrado contra la *lex iulia repetundarum*.

5) Cosas del extranjero.

6) Los *iura* y la *res incorporalis*. En particular, por no existir una posesión sobre ellas, salvo las servidumbres rústicas hasta la *lex scribonia*.

II) Buena fe, Al respecto, Fernández señala que: “...consiste en la creencia del poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa poseída”³⁰⁴.

D’Ors contradice lo manifestado por Fernández, ya que, según él, en la época clásica, la buena fe no se refiere al estado interno de la persona, sino más bien, al hecho causal, es decir, que el poseedor tenga justa causa para adquirir. Agrega además D’Ors, que este requisito fue fijado por la jurisprudencia republicana³⁰⁵.

En relación con lo anterior, Samper complementa lo señalado por D’Ors pero también lo contradice, ya que, señala que: “La idea de que la *bona fides* es un elemento subjetivo o intencional distinto de la justa causa, es postclásica, y no hay apoyo textual seguro para sostener que esta doctrina provenga de la jurisprudencia clásica”³⁰⁶.

³⁰⁴ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 585.

³⁰⁵ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 127 y 129.

³⁰⁶ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 148.

En tal sentido, podemos sostener que el concepto de buena fe en la época clásica, no se puede asociar a un ámbito subjetivo pues se ha manifestado que tuvo relación con las justas causas de adquirir. Además se debe relacionar, con los criterios aplicables en materia de tenencia de la *res*, en particular con el *animus*³⁰⁷.

Con todo, si se probaba la justa causa de posesión se presumía la buena fe referida al momento inicial de la toma de posesión³⁰⁸. Es más, en caso de no existir buena fe al momento del contrato, pero si tenerla al momento de la tradición, podía dar lugar a la *usucapio*³⁰⁹.

III) Justa causa, Petit la define como: "...todo acto jurídico válido en derecho, y que implica en el enajenante la intención de transferir la propiedad, y en el adquirente la de hacerse propietario"³¹⁰. Se debe mencionar que lo señalado por Petit pareciera tener matices postclásicos, ya que, en la época clásica, no existieron modos derivativos. Además, no se requería la intención de adquirir o transferir.

Para Iglesias se trata de: "...la condición objetiva que hubiera sido suficiente por si misma para justificar la adquisición inmediata de la propiedad, pero por haber mediado un vicio de fondo – *adquisición a non*

³⁰⁷ V.a., p. 66 y 67.

³⁰⁸ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 236.

³⁰⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 598.

³¹⁰ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 296 y 297.

domino – o de forma – *falta de mancipatio o in iure cessio* -, legitima tan solo, el comienzo de la posesión”³¹¹.

Junto con lo anterior, Guzmán plantea que la jurisprudencia romana, exigió una *justa causa usucapionis*, distinguiendo entre causas de *usucapio* y *possessio*, aunque fueran la misma³¹².

Samper nos muestra un matiz postclásico de esta idea, ya que, manifiesta que: “Para el derecho romano tardío y para el moderno prevalece la expresión “justo título”, pero su significado no es idéntico, ya que, mientras “causa” designa el acto o negocio antecedente que justifica la aprehensión posesoria, “título” hace referencia al texto legal o al documento probatorio que los abogados invocan como fundamento de determinada pretensión jurídica”³¹³.

Las *justas causas de usucapio*, pudieron ser las siguientes³¹⁴:

- a) *Pro emptore*, por compraventa. Se entregaba la *res* al comprador, sin embargo, no comenzaba un nuevo *dominium*.

³¹¹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 277.

³¹² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 594.

³¹³ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 147.

³¹⁴ Al respecto, véase VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 360 a 362; D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 127 a 129 y SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 147.

- b) *Pro donato*, por donación. El donante entregaba la *res* al donatario, pero no era dueño de ella. Por su parte, Paulo en un pasaje del Digesto señala que: “*Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est; nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet*”³¹⁵, su traducción es: “Puede usucapir <<como donado>> aquél a quien se ha entregado algo a causa de donación, y no basta que se lo crea, sino que debe habersele donado”³¹⁶.
- c) *Pro dos*, por dote. Ulpiano en el Digesto expone que: “*Titulus est usucapionis, et quidem iustissimus, qui appellatur pro dote; ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solenni, quo solent, qui pro emptore usucapiunt. §1.- Et nihil refert, singulae res, an pariter universae (in) dotem dentur (4)*”³¹⁷, es decir: “Hay un título de usucapición y muy ajustado a derecho que se llama <<como dote>>: para que él que recibe una cosa en dote pueda usucapirla en el plazo legal en que suelen hacerlo los que usucapen <por el título> <<como comprador>>. (1) Y lo mismo da que se den en dote objetos singulares o todo un conjunto a la vez”³¹⁸.
- d) *Pro derelicto*, por abandono voluntario del dueño de la *res*. Sin embargo, para configurar el *dominium* según otras opiniones, se requería la aprehensión de la cosa. Ulpiano en un comentario en el Digesto

³¹⁵ D 41, 6, 1.

³¹⁶ D 41, 6, 1.

³¹⁷ D 41, 9, 1 – 1, 1.

³¹⁸ D 41, 9, 1 – 1, 1.

señala: “*Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur*”³¹⁹, es decir: “Si se ha abandonado una cosa, deja inmediatamente de ser nuestra y se hace inmediatamente del que la ocupa, pues perdemos la propiedad de las cosas del mismo modo que las adquirimos”³²⁰.

En tal sentido, Paulo, Próculo y Juliano presentan los siguientes planteamientos en el Digesto: “*Pro derelicto rem a domino habitam, si sciamus, possumus acquirere. § 1.- Sed Proculus, non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit; Iulianus, desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit; et recte*”³²¹, traducido al castellano, Paulo indica: “Podemos adquirir una cosa que sabemos ha abandonado su propietario, pero <dice> Próculo que no deja esa cosa de pertenecer al propietario si no hubiera llegado a poseerla otra persona, y Juliano que el perder la propiedad depende de quien la abandona, en tanto no se hace de otro si éste no la posee; lo que es más cierto”³²².

Además Juliano señala en el Digesto: “*Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit, rem pro derelicto habitam esse*”³²³, o

³¹⁹ D 41, 7, 1.

³²⁰ D 41, 7, 1.

³²¹ D 41, 7, 2 – 2, 1.

³²² D 41, 7, 2 – 2, 1.

³²³ D 41, 7, 6.

sea: “No puede usucapir <<como cosa abandonada>> quien creía erróneamente que la cosa había sido abandonada”³²⁴.

- e) *Pro suo*, como propio. Esta categoría abarca gran cantidad de causas, que no tenían denominación específica; éstas debían ser reales y no producto de la creencia³²⁵. En caso de no operar objetivamente otra causa, se aplicaba subsidiariamente³²⁶.

- f) *Pro solutio*, por pago.

- g) *Pro creditum*, por crédito. Sin perjuicio, Samper señala que por regla general, existe una *datio* en esta causa, por lo cual no podría haber dado lugar a la *usucapio*, ya que, la *usucapio* completa una *datio*. Además el objeto era una *res* fungible, respecto a las que no había adquisición.

- h) *Pro bonorum possessio de los bienes del difunto*, este decreto no constituía *dominium* según el *derecho de los quirites*, no obstante, daba lugar a *justa causa*.

- i) *Pro missio in possessionem ex secundo decreto*, misma razón de la letra anterior.

³²⁴ D 41, 7, 6.

³²⁵ D 41, 10, 1 – 2.

³²⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 594 y 595.

- j) *Pro bonorum emptio*, a través de la *addictio* del magistrado, sólo generaba una *justa causa*.
- k) *Pro legato vindicatorio*, Paulo en un comentario en el Digesto manifiesta que: “*Pro legato potest usucapio, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed adepta codicillis ignoratur; in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, et si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, quum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit*”³²⁷, es decir: “Se puede usucapir <<como legado>> cuando se ha legado una cosa ajena, o que es ciertamente del testador, pero cuyo legado se ignora ha sido revocado en un codicilo, pues en tal poseedor se da una justa causa suficiente para la usucapión. Lo mismo puede decirse también cuando hay duda acerca del nombre, como si se ha legado a Ticio y hay dos Ticios, de suerte que uno de ellos hubiera creído que se había pensado en él”³²⁸.
- l) *Pro herede*, en caso de objetos ajenos del causante.

Con todo, fue discutido por los *jurisconsultos* romanos, la factibilidad de adquisición del *dominium* por *título putativo*, la mayoría incluidos Papiniano, Paulo y Ulpiano, se inclinan por rechazarla. En tal sentido, Guzmán plantea que si se tenía un *título pro suo* acompañado de una *causa*

³²⁷ D 41, 8, 4.

³²⁸ D 41, 8, 4.

putativa, no era posible adquirir el dominio, esta doctrina fue confirmada por Diocleciano y posteriormente por Justiniano³²⁹.

Iglesias rebate lo mencionado por Guzmán, ya que, señala que Justiniano mostró inclinación por las personas a favor del *título putativo*, como fueron Pomponio, Neracio y el Africano³³⁰.

En relación con lo anterior, Guzmán e Iglesias se encuentran en desacuerdo respecto al respaldo de Justiniano a la posibilidad de adquirir o no el *dominium* en estas circunstancias; al parecer en la época clásica, se debió rechazar la *usucapio*, pues parece del todo razonable, solicitar una justa causa real, como también ocurría en las causas de la posesión.

Junto con lo anterior, Samper agrega que Justiniano generó el principio de la causa aparente, respecto a todos los casos en que existía un error excusable³³¹.

Con todo, Arangio – Ruiz manifiesta que por regla general, la jurisprudencia exigió el título real, sin embargo, hubo autores que admiten el *título putativo*, en particular desde Justiniano. No obstante, al parecer en materia sucesoria se permitió el *título putativo* en la *usucapio pro herede* desde la época clásica; incluso aquella no requería título. En caso de

³²⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 595 y 596.

³³⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 279.

³³¹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 148.

admitirse el *título putativo* para la adquisición, se requería además, que el error en que se basaba la creencia del título, sea excusable³³².

IV) En relación al tipo de posesión; Guzmán señala que se requería la posesión *civil*³³³, la que se obtenía, con una *justa causa de posesión* y los elementos de la tenencia de la *res*.

V) El plazo; fue de 2 años para inmuebles y un año para muebles, sin ningún tipo de interrupción³³⁴.

Estos plazos fueron fijados en la *lex de las XII Tablas* y se mantuvieron durante la época clásica. Éstos debieron ser completos y continuos, ya que, en esta etapa, no se permitió la suspensión ni la interrupción o la *usurpatio* de la *usucapio*, este último término se refiere a: "...la pérdida de la posesión debida a cualquier causa natural o del hombre..."³³⁵.

En este período, la *litis contestatio* de la *actio reivindicatio*, no interrumpía la *usucapio*, sin perjuicio, que en el período justiniano, la demanda judicial si lo hacía, sin embargo, si en el período clásico se cumplía la *usucapio* después de la *litis contestatio* y el actor probaba su *dominium* en dicho momento, el juez debía fallar a favor de éste³³⁶.

³³² ARANGIO – RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 236.

³³³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 594.

³³⁴ En relación, véase PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 299 y 300. La Interrupción hace perder al poseedor el tiempo de posesión, en la época clásica no se admite la interrupción natural, esto ocurre en caso de abandono o por fuerza mayor. "N. del A. & 206 número 1" y GAYO 2. 42.

³³⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 599.

³³⁶ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 280.

2.6.1.3.2. Casos de usucapio clásica sin justa causa, ni buena fe³³⁷

1).- *Usucapio proherede*, consistía en tomar la posesión incluso de mala fe, de una *res* o más del haber hereditario del causante, el plazo para adquirir las cosas hereditarias era de un año, siempre que durante dicho término el verdadero heredero no aceptará la herencia.

Petit señala que Gayo plantea que el motivo de esta institución fue evitar retrasos tanto en el culto del difunto como en el pago de los acreedores hereditarios. Sin embargo antes de él, no se permitía la adquisición de toda la sucesión, dado que: “La herencia, cosa incorporal, fue considerada como no susceptible de ser objeto de una verdadera posesión. Desde entonces se podía también adquirir por *usucapio lucrativa* las cosas corporales de la sucesión, pero no la misma herencia y el adquirente ya no tenía la situación de heredero”.

Posteriormente, Adriano con un *senadoconsulto*, permitió al heredero interponer la acción de petición de herencia contra el poseedor de los bienes de la sucesión, incluso después del año, es más, el mismo Gayo en sus *Institutas*, señala que esta *usucapio* fue abolida por él.

³³⁷ En referencia, véase GAYO 2. 52 – 53 – 54 – 55 – 56 – 57 – 58 – 59 – 60 – 61 y PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 302 a 304.

Para D'Ors, Adriano exigía buena fe y concedía la *acción de hereditatis petitio* contra el que poseía de mala fe, incluso un *senadoconsulto* de Marco Aurelio, sancionaba esta situación con el delito de *expilatae hereditatis*³³⁸.

Volterra agrega, que la jurisprudencia clásica negó esta *usucapio* a las personas que tenían objetos del difunto por otras causas, es más, el *Pretor* concedió al *bonorum possessor*, el interdicto *quórum bonorum* contra quien adquirió *pro herede*³³⁹.

2) *Usureceptio*, fue aquella *usucapio*, por la que se recuperaba un bien que había sido entregado por alguna de las siguientes circunstancias.

a) *Usureceptio ex fiducia*, se presentaba, cuando una persona entregaba una *res mancipi* a través de *mancipatio*, con el objetivo de garantizar una obligación, si ésta se pagaba, el antiguo dueño con un año de posesión, volvía a adquirirla³⁴⁰.

b) *Usureceptio ex praeditura*, toma su nombre de los *praeditores*, quienes adquirirían bienes vendidos en nombre del pueblo. Esta *usucapio*, consistía en entregar un bien a la ciudad, con la finalidad de garantizar una deuda de carácter público, dicho bien era vendido por falta de pago, no obstante, podía volver a ser adquirido por quien realizaba la garantía bajo

³³⁸ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 235 y 236.

³³⁹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 363.

³⁴⁰ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 150.

los plazos de la *usucapio clásica*. Ambas *usurecepticio* desaparecen bajo Justiniano.

2.6.1.3.3.- Successio in possessionem y accessio possessionis

La *successio in possessionem*, se refería a la sucesión universal y la *accessio possessionis*, al título particular entre vivos.

En la época clásica, sólo fue conocida la *successio in possessionem*. Circunstancia bastante lógica, ya que, el heredero en la sucesión universal era mirado como continuador de la persona del causante, por eso, el poseedor pudo agregar la posesión y las causas de su causante³⁴¹.

Por esta razón, Jörs plantea que se atiende al título y la buena fe del causante y no a la del heredero³⁴².

Con todo, Iglesias plantea que la *accessio possessionis* fue admitida en principio en el *interdicto utrubi* y después en un *rescripto* de Septimio Severo y Antonio Caracalla, el que se refería a la *longi temporis praescriptio* en la compraventa, sin embargo, se concedió en el período de Justiniano³⁴³.

³⁴¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 600.

³⁴² JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 194.

³⁴³ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 280 y 281. “N. del A. Número 321” referida al *interdicto utrubi*, que no distingue entre sucesión universal y singular.

En tal sentido, Samper ratifica la falta de aplicación de la *accessio possessionis* en la época clásica, ya que, en esta época no existió realmente un modo derivativo³⁴⁴.

2.6.1.3.4.- Longi temporis praescriptio

Gutiérrez la define como: “En el derecho imperial prejustiniano es una simple excepción concedida al poseedor de un fundo provincial que había poseído una cosa durante un plazo de diez o veinte años, según se trate entre presentes o entre ausentes, contra el propietario que ejercita la acción reivindicatoria y por la cual queda enervada; es una institución *pretoria* de origen griego desarrollada en las provincias helénicas del imperio. En el derecho justiniano, y desde algunos años antes, se transforma en modo de adquirir la propiedad sobre los fundos provinciales, primeramente por la posesión continuada durante tal tiempo, y en la compilación justiniana, tras su fusión con la *usucapio* queda delimitada como un modo de adquirir la propiedad de los inmuebles, libre de toda carga, por la posesión continuada de los mismos por el espacio de diez o veinte años, según su propietario estuviese presente en la provincia o ausente”³⁴⁵.

Por lo señalado por Gutiérrez, tendría origen griego, en particular por la influencia de las provincias helénicas.

³⁴⁴ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 150.

³⁴⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 487.

Por su parte Iglesias agrega, que se trataba de una *exceptio* similar a la romana, ya que, a los predios provinciales no fue aplicada la *usucapio* y en un principio era extintiva³⁴⁶.

Según Samper, una posible denominación para esta institución pudo ser *paragraphe*. Además señala, que esta figura admitió tanto la *successio* como la *accessio possessionis*³⁴⁷.

Para Petit en cambio, toma su nombre de la *praescriptio*, que era la pieza que encabezaba la fórmula; tanto Gayo como Ulpiano, señalan que la *praescriptio* interpuesta por el demandado, se confundía con la *exceptio*, pues la diferencia entre éstas, se basaba en que si el contenido de la *praescriptio* era cierto, el juez no conocía el fondo del asunto y así, la causa quedaba terminada, a diferencia de la *exceptio*, que exigía un examen a fondo, esto fue así sólo en un principio, ya que, posteriormente la *praescriptio* se convirtió en una especie de *exceptio*³⁴⁸.

Respecto a la naturaleza de esta institución, Guzmán señala que fue: “...un recurso procesal del procedimiento *extra ordinem* equivalente a las *excepciones* con que el poseedor de un inmueble paraliza las pretensiones posesorias de un tercero, supuesto el cumplimiento de determinados

³⁴⁶ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 275. “N. del A. Número 270”.

³⁴⁷ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 151.

³⁴⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 305. “N. del A. Ítem 210 Número 1”

requisitos. Caracalla la extendió a los muebles...” y Diocleciano la amplió a los fundos itálicos³⁴⁹.

En razón de lo anterior, Volterra manifiesta, que en base a dos papiros egipcios en lengua griega, “BGU 267” y “P. STRASSB, 22”, se plantea que la *longi temporis praescriptio*, fue sancionada en una *constitución* de Caracalla y Septimio Severo del año 199 ó 200³⁵⁰. Período en el que fue emperador Septimio Severo.

Esta *exceptio*, se podía interponer contra quien perturbará la posesión de 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes en el predio provincial, en un principio, tuvo como criterio geográfico la ciudad, luego la provincia. Posteriormente, pasó a ser un modo de adquirir con Justiniano.

Según Jörs, la *longi temporis praescriptio*, tuvo requisitos similares a la *usucapio clásica*, como la *justa causa*. Además ciertos *rescriptos* imperiales, exigieron *buena fe*, el plazo de 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes respecto al municipio, sin perjuicio, que Justiniano, modificó la nomenclatura a las pequeñas provincias³⁵¹.

Para Volterra, los requisitos fueron los siguientes³⁵²:

³⁴⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 600 y 601.

³⁵⁰ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 365.

³⁵¹ JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 195.

³⁵² VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 367 a 369.

a) *Res habilis*, eran las mismas que la *usucapio clásica*, sin embargo, Justiniano integró a los inmuebles de las iglesias, los bienes de la ciudad, los destinados a obras pías, de los pupilos, de los menores, de los ausentes, los dotales, el peculio adventicio, etc.

b) *Buena fe inicial*, Samper plantea que el paradigma clásico cambia, ya que, en la época justiniana, la buena fe se asociaba a la conciencia de ser dueño y no al requisito objetivo de la causa³⁵³.

Junto a esto, Guzmán indica, que la *prescripción justiniana* acepta el *título putativo*, pero la buena fe: “...debe estar fundada en una “justa causa de error” (*iusta causa errores*), esto es, no deberse a culpa del prescribiente, el error de derecho no es excusa”³⁵⁴. Sin esta causa de error, no se aplicaba el título putativo para la prescripción.

c) *Iusta causa o título*, en la etapa justiniana, se pidió como requisito la *iusta causa*. Según Fernández, Justiniano estaba en contra de la prescripción con título putativo³⁵⁵. En desacuerdo se encuentra Guzmán³⁵⁶.

d) *Possessio*, fue admitida la suspensión del plazo, a favor de los ausentes por motivo oficial, de los menores e impúberes, bajo curatela y tutela³⁵⁷.

³⁵³ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 151.

³⁵⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 602.

³⁵⁵ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 585 y 586.

³⁵⁶ V.a., p. 126, cita N° 354.

³⁵⁷ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 602.

Permitió la *accessio* y la *successio possessionem* y aceptó la interrupción por demanda procesal, al desaparecer la *litis contestatio clásica*³⁵⁸.

Por su parte, Arias Ramos y Arias Bonet, señalan que se requería el *animus* de señor o dueño³⁵⁹.

e) *El plazo*, fue de tres años para los muebles y respecto a inmuebles, 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes dentro de la misma provincia, este plazo debía ser ininterrumpido, sin perjuicio, se permitió la interrupción natural y civil³⁶⁰.

Según Fernández, Justiniano modificó el plazo de *usucapio* a 10 años para los muebles³⁶¹. Esta última opinión, es sostenida sólo por Fernández.

Con una *constitución* de Justiniano el año 528, se concedió la *actio reivindicatio*, a quien haya poseído un predio por 10 ó 20 años, ya sea entre presentes o ausentes y así, se convirtió en un modo de adquirir. En el año 531, se unifica con la *usucapio* y esta última, se utilizaba para los muebles³⁶². Posteriormente, al fusionarse con la *usucapio*, comenzó a aplicarse a los inmuebles.

³⁵⁸ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 132.

³⁵⁹ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 269.

³⁶⁰ Loc. Cit.

³⁶¹ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 585 y 586.

³⁶² VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 367.

Con todo, según Iglesias en la época postclásica, existió una institución similar a la *longi temporis praescriptio* denominada *praescriptio longissimi temporis*, esta figura surgió con un *rescripto* de Constantino, en si, era una *excepción* que se otorgaba al poseedor de una *res* por más de 40 años, que no contaba con buena fe, ni justo título, en contra de la *actio reivindicatio*. Justiniano la mantuvo y llegó a convertirse en un modo de adquirir que requería como requisitos, buena fe inicial, sin justo título, una posesión de 30 años sobre *res furtivas*, sin que existiera violencia en la aprehensión ó 40 años sobre obras pías y *res* bajo *dominium* del fisco, la iglesia y los emperadores. El plazo comenzaba a correr desde la toma de posesión, ya que, desde ese momento se podía interponer la *reivindicatio* contra el poseedor³⁶³.

Junto con lo anterior, Petit señala que una *constitución* de Teodosio II en el año 424, extinguió todas las acciones reales y personales, salvo la hipotecaria al cabo de 30 años, sin perjuicio, no se podía adquirir el *dominium*. Recién con Justiniano en el año 528, comienza a tener carácter adquisitivo, pues se otorgaba al poseedor de buena fe, incluso sin justo título la *actio reivindicatio*³⁶⁴.

Respecto a esta situación, D'Ors afirma que desde Teodosio II, la *longissima temporis praescriptio*, tuvo carácter de prescripción extintiva y

³⁶³ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 281.

³⁶⁴ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 310.

adquisitiva³⁶⁵. En esta discusión, Samper plantea que la *longissima temporis praescriptio* adquirió el carácter de prescripción adquisitiva con Justiniano, siempre que existiera buena fe, aunque no contara con justo título³⁶⁶.

En relación con lo anterior, se puede sostener que Petit y D'Ors, señalan que el efecto extintivo de la *longissima temporis praescriptio* comenzó con Teodosio II; pero la contradicción se genera con el efecto adquisitivo, ya que, Petit y Samper, esbozan que con Justiniano empezó a tener dicho carácter, siempre que el poseedor cumpliera con la buena fe, aunque no contara con el justo título, a diferencia de lo que plantea D'Ors, quien señala, que ya con Teodosio II, tenía dicha característica.

Como se puede apreciar, fue muy factible que la *longissima temporis praescriptio*, obtuviera su carácter adquisitivo con Justiniano, al igual que la *longi temporis praescriptio*.

2.6.2.- Modos del derecho natural

2.6.2.1.- Ocupación

Según Jorquera, la ocupación fue un modo natural que se basaba en la equidad y la buena fe, era común a todos los hombres, pues pertenecía al

³⁶⁵ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 242.

³⁶⁶ SAMPER FRANCISCO. *Op. Cit.*, p.151.

derecho de gentes y se incorporó a Roma a través del *Pretor*, algunas especies de ocupación fueron la caza; la pesca; la invención o hallazgo; el descubrimiento del tesoro y la captura bélica³⁶⁷.

Para Fernández: “Es el hecho por el cual una persona toma posesión de una cosa *nullius* o que no tiene dueño, pero que puede entrar en el patrimonio de una persona. Para que se produjera el dominio era preciso: 1) Que el ocupante fuese libre, porque si era esclavo, no adquiría para si, sino para su dueño; 2) Que la cosa ocupada fuera *nullius*, es decir, que no tuviera dueño, o bien porque nunca lo tuvo, o si lo tuvo, porque éste perdió o abandonó la cosa; 3) Que se llevara a efecto el acto de ocupación, previa aprehensión material de la cosa e intención de hacerse dueño de ella. Son casos típicos de ocupación: la caza y la pesca; los animales fieros y amansados que no tuvieron dueño, o de haberlo tenido perdieron su posesión; la ocupación bélica, que unas veces pasaba a propiedad del estado y otras para los mismos soldados u otros ocupantes; el hallazgo o invención; y el de las cosas abandonadas o *res derelictae*”³⁶⁸. En relación a lo planteado por Fernández, se debe recordar lo señalado anteriormente respecto al concepto de *res nullius*³⁶⁹.

En la época clásica, la *ocupación* era un modo de adquirir las *res nec mancipi*, ya que, en caso de tratarse de una *res mancipi*, no se adquiría el dominio *quiritario*, pero se obtenía la posesión *pretoria* y con la *usucapio*,

³⁶⁷ JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 299 y 300.

³⁶⁸ FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. Op. Cit., p. 433.

³⁶⁹ V.a., p. 17.

se podía lograr el *dominium*; en la época justiniana servía para adquirir toda clase de bienes³⁷⁰.

El ocupante adquiriría el *dominium*, siempre que fuera el dueño quien abandonaba la *res* y este último, perdía la posesión *corpore et animo*, incluso estando vigente su justa causa, ya que, éste debía saber lo que hacía³⁷¹.

Para Iglesias, respecto a las *res derelictae*, señala que los sabinianos planteaban que la pérdida del dominio, ocurría por el abandono de la *res*, en cambio, los proculianos manifestaban que se producía por la adquisición del tercero. Los sabinianos prevalecieron³⁷².

En razón de lo anterior, se puede relacionar con el hurto de la *res* abandonada, ya que, los sabinianos descartaban dicha posibilidad, a diferencia de los proculianos³⁷³.

Existió una excepción a la ocupación de *res nec mancipi*, esta figura fue denominada *echazón*, por Ej., la *res* que era arrojada desde una nave al mar, con el objetivo de aligerar la carga y así, evitar un peligro de naufragio, en dicho caso, técnicamente no existía abandono y de ser ocupada, se cometía hurto³⁷⁴.

³⁷⁰ JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 186.

³⁷¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 542 y 543.

³⁷² IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 249.

³⁷³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 544.

³⁷⁴ *Ibíd.*, p. 543 y 544.

En el Digesto se menciona esta circunstancia: “*Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiiciuntur; hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quod (2) magis cum ipsa nave periculum maris (3) effugiat; qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit*”³⁷⁵, la traducción es: “Distinto es el caso de lo que se echa por la borda en un temporal para aligerar una nave, pues eso sigue perteneciendo a su propietario, ya que no se echa con la intención de no querer tenerla en propiedad, sino para salvarse del riesgo de naufragio a la vez que salvar la misma nave; por lo cual, si alguien lo hubiera tomado para sí al traerlo la marea o incluso en el mismo mar, comete hurto”³⁷⁶.

Por su parte, Javoleno en otro pasaje del Digesto manifiesta: “*Idem iuris esse existimo in his rebus, quae iactae sunt, quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est*”³⁷⁷, es decir: “Creo que lo mismo vale respecto a las cosas que han sido echadas por la borda, pues no puede tenerse por abandonado lo que se dejó por salvar la vida”³⁷⁸.

³⁷⁵ D 41, 1, 9, 8.

³⁷⁶ D 41, 1, 9, 8.

³⁷⁷ D 41, 2, 21, 2.

³⁷⁸ D 41, 2, 21, 2.

Observábamos anteriormente, que esta institución se refiere a las *res nec mancipi*, sin embargo, ¿Qué pasa en caso de realizarse la ocupación de una *res mancipi*?

Guzmán realiza ciertas precisiones, ya que, menciona que con la ocupación se adquiriría el *dominium bonitario*, no así, la posesión *pretoria* y junto a los requisitos de la *usucapio*, podía dar lugar al *dominium quiritario*³⁷⁹. A diferencia del criterio anterior, Samper plantea que el abandono de este tipo de *res*, sólo se producía de forma solemne, es decir, a través de *in iure cessio o mancipatio*³⁸⁰.

Como se puede apreciar de lo señalado por Samper, jamás tendría lugar el *dominium quiritario* en el caso de la *res mancipi*.

Respecto a la *res mancipi*, pudo ser una regla general, pero Iglesias plantea, que existieron dos excepciones que se encontraban en dos *constituciones imperiales* del siglo IV, el primer caso, fue el de los *agri deserti*, es decir, aquel predio ubicado en la frontera del imperio, que era abandonado por su dueño, en razón de los bárbaros, era factible adquirir su *dominium*, cultivándolos y teniendo su posesión durante el plazo de la *usucapio clásica*, siempre que el *dueño quiritario* no interpusiera la *actio reivindicatio* en dicho tiempo y el segundo caso, se trataba de los predios abandonados, en razón del no pago de impuestos por el dueño; el ocupante

³⁷⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 544.

³⁸⁰ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.139.

adquiría el dominio, siempre que cumpliera con dos requisitos, que se obligará a pagar la deuda y que el deudor requerido, no volviera antes de 6 meses a su predio³⁸¹.

En relación con lo anterior, Arangio-Ruiz señala, que dicho predio al ser abandonado por su dueño durante 6 meses; previo requerimiento, podía ser ocupado por cualquier tercero y el ocupante adquiría el dominio con los plazos de la *usucapio*³⁸². Es factible que esta última circunstancia, sea una excepción incluso a los plazos de la *usucapio clásica*.

Algunos tipos de ocupación fueron: la caza; la pesca; los animales fieros y amansados; el tesoro y la captura bélica, a saber:

2.6.2.1.1.- La caza.

Por regla general, se refiere a las *res nullius*, según Jorquera: “Es una de las formas de la ocupación, por medio de la cual se adquiere el dominio de las especies animales bravías de tierra y aire”. Se requería tomar al animal, no bastaba con herirlo, ya que, esto excluía la posesión y la ocupación. Pudo cazarse en cualquier dominio, salvo prohibición avisada y en ese

³⁸¹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 250.

³⁸² ARANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 211.

caso, si había infracción del cazador, cometía el delito de injuria o daño, debiendo indemnizar al dueño y perdía la ocupación del animal³⁸³.

Junto a esto, Gayo en el Digesto manifiesta que: *“Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse, et rursus fieri occupantis. Itaque si per hoc tempus, quo (2) eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse (3) lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt, eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus; quod verius est”³⁸⁴*, su traducción es: “Se ha preguntado si se entiende que el animal salvaje que ha sido herido de manera que pueda ser capturado se hace sin más de nuestra propiedad. Creía Trebacio que sí se hace nuestro inmediatamente y que se considera que lo sigue siendo mientras vamos en persecución, y que si dejáramos de perseguirlo, deja de ser nuestro y se hace nuevamente del ocupante; así, si durante ese tiempo en que perseguimos al animal herido otra persona lo capturara con la intención de hacerlo suyo, dice que se entiende que ha cometido hurto de algo que es nuestro. <Sin embargo,> la mayoría de los jurisconsultos han pensado que sólo se hace nuestro el animal cuando lo hemos capturado, pues pueden ocurrir muchas cosas que nos impidan su captura, lo que es más cierto”³⁸⁵.

³⁸³ JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 300.

³⁸⁴ D 41, 1, 5, 1.

³⁸⁵ D 41, 1, 5, 1.

Con todo, Guzmán agrega que en Roma, existió libertad de caza y pesca en aguas y tierras públicas, es más, si el cazador era molestado en ellas, podía interponer la *actio iniuriarum*, pero en tierras y aguas privadas, el dueño sólo podía prohibir el acceso a su terreno, pero de igual forma el cazador podía adquirir al animal³⁸⁶. Referido a la prohibición de cazar en la época clásica, ésta no impedía la ocupación del animal por parte del cazador, sólo prohibía la entrada al terreno del *dominus*; en relación a lo planteado por Guzmán, quien se encuentra en desacuerdo a lo manifestado por Jorquera.

2.6.2.1.2.- La pesca

La *res* generalmente será *nullius*. Jorquera indica que: “Es la ocupación de las especies acuáticas, de mares, ríos o lagos. Se somete en todo a las condiciones comunes a todas las clases de ocupación y en especial a las de la caza...”³⁸⁷. Se relaciona con la caza, en razón de la libertad de pesca.

2.6.2.1.3.- Animales fieros y amansados

³⁸⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 538.

³⁸⁷ JORQUERA F. FRANCISCO. *Op. Cit.*, p. 301.

Lo mencionado por Iglesias, en relación a la posesión de los animales *ferare bestiae* y domésticos³⁸⁸, es totalmente aplicable a esta categoría, circunstancia ratificada en el Digesto³⁸⁹ y por Guzmán³⁹⁰.

2.6.2.1.4.- Tesoro

Jorquera manifiesta que: “se llama tesoro el conjunto de bienes de valor considerable, que han sido objeto de la industria humana y que se encuentran ocultos desde tiempos inmemoriales”, además agrega, que si el descubrimiento se realizaba en suelo propio, el tesoro era integro del dueño de éste. Sin embargo, en caso de realizarse el hallazgo en lugar ajeno y de forma casual, se dividía por mitades. No obstante, si el descubrimiento se realizaba por razones de un trabajo comprometido entre el descubridor y el dueño del predio, se respetaba el acuerdo entre ellos. El tesoro, puede explicarse por ciertos episodios de peligro en que los dueños de los predios ocultaban sus bienes; además en tiempos antiguos, los predios no cambiaban tan fácilmente de dueño, por lo cual se presumía que el tesoro era de éstos o de alguno de sus causantes³⁹¹.

Junto con lo anterior, Samper se encuentra de acuerdo con que en un principio se atribuía el tesoro al dueño del predio en que fue descubierto; pero agrega que con Adriano, cambia este criterio, pues se concedía un

³⁸⁸ V.a., p. 70 y 71.

³⁸⁹ D 41, 1, 3, 2.

³⁹⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 539.

³⁹¹ JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 301 y 302.

premio equivalente a la mitad del tesoro, a quien realizaba el hallazgo, siempre que el dueño del predio no hubiese prohibido la búsqueda³⁹².

Como se puede apreciar, Adriano dejó sin efecto, el criterio de exclusividad del tesoro por parte del dueño del terreno.

Para Guzmán, el tesoro se trataba de una ocupación, semejante a la *invención o hallazgo*, o sea: "...la efectiva toma de posesión de la cosa y no en el mero hallazgo", con un régimen especial. Además señala, que Adriano dentro de su criterio, distinguió si el lugar era sacro o no, pues de no serlo, se aplicaban las reglas antes mencionadas, en caso contrario, el descubridor tenía derecho a la totalidad de éste. Posteriormente en el siglo II, con una constitución de Lucio Vero y Marco Aurelio, se otorga la mitad del tesoro al fisco, en caso, de encontrarse en lugares fiscales, públicos, religiosos o del emperador. Para los sabinianos la aprehensión debía ser *corpore et animo*, esta opinión fue la que prevaleció³⁹³.

2.6.2.1.5.- Captura bélica

Según Jorquera: "Los bienes del enemigo son *nullius*; consiguientemente, pertenecen al primer ocupante; y de la misma manera, los bienes de los romanos que hubieren estado presos del enemigo y que después son recapturados por los romanos, pertenecen al primer ocupante,

³⁹² SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.139.

³⁹³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 539 a 542.

con dos excepciones; los caballos que vuelven a su antiguo dueño, y los barcos destinados a las actividades guerreras que también vuelven a su antiguo dueño. Son susceptibles a la ocupación por captura bélica, todas las cosas que pertenecen al enemigo, sean muebles o inmuebles, y también las personas, de donde arranca su origen la esclavitud. Los romanos, admitiendo la reciprocidad, en este último sentido establecieron a su favor dos beneficios: la ficción de la *ley Cornelia*, y el *derecho de post-liminio...*³⁹⁴.

Guzmán añade, que para ser ocupadas este tipo de *res hostiles*, debían ser muebles y apropiadas por particulares en guerra pública³⁹⁵. En razón, que los inmuebles obtenidos en guerra, eran de dominio del pueblo romano.

2.6.2.2.- Traditio

Según D’Ors: “ La *traditio* es la entrega voluntaria de la posesión, de un *tradente a un accipiente*, que produce una adquisición de la propiedad por parte del *accipiente* cuando se reúnen estos tres elementos; a) que la cosa sea *nec mancipi*; b) que el *tradens* sea propietario de ella; c) que la entrega se haga en virtud de una causa considerada suficiente para ese fin adquisitivo (*iusta causa*), es un modo de derecho de gentes y el modo traslativo por excelencia”³⁹⁶. La expresión “traslativo”, debe ser entendida

³⁹⁴ JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 302.

³⁹⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 542.

³⁹⁶ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 124.

en la época clásica, como traslación de *res* y no de *dominium*, dado que, en esta época, ningún modo de adquirir fue derivativo³⁹⁷.

Gutiérrez la define como un: “modo derivativo no solemne de transmitir la propiedad en virtud de la entrega de la cosa con intención de transferirla y de una justa causa. En el derecho clásico servía únicamente para adquirir la propiedad de la *res nec Mancipi*, la propiedad *pretoria* de la *res Mancipi* y la propiedad provincial. En el derecho justiniano, superada la distinción de *cosas Mancipi* y *nec Mancipi*, transfiere la propiedad en todos los supuestos en que se den las circunstancias de intencionalidad y justa causa exigidas por el ordenamiento jurídico”³⁹⁸. En la época clásica, no se requería la intención de adquirir o transferir la res.

Junto a esto, Samper señala, que la entrega del *tradens*, era un abandono voluntario a favor del *accipiens*³⁹⁹.

Schulz plantea que en la época clásica, las partes debían estar de acuerdo en la transmisión de la *res* y en el objeto, ya que, en caso de ser distinto, existiría *error in corpore* y se anularía el acto⁴⁰⁰. El término transmisión empleado por Schulz, debe entenderse como entrega.

³⁹⁷ V.a., p. 93 y 94.

³⁹⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 592.

³⁹⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 143.

⁴⁰⁰ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 336.

Respecto a la importancia del pago en esta institución, D'Ors plantea que en la época clásica, si no se enteraba el precio de la tradición, el *accipiens* se entendería como dueño ante todas las personas, salvo ante el *tradens* y sus causahabientes, quienes podían defenderse, a través de la *exceptio o replicatio doli*, en cambio, en la época justiniana, sería dueño si lo pagaba o lo garantizaba⁴⁰¹.

Según Petit, las ventas sólo transferían el dominio si el *accipiens* pagaba el precio, en caso contrario, seguía siendo dueño el *tradens*, esta regla se encontraba en la *ley de las XII Tablas* y en el derecho natural⁴⁰².

Para Schulz, la regla de la *traditio causa venditionis* en la época clásica, era que la adquisición del *dominium*, no dependía del pago del precio y respecto a la *lex de las XII Tablas*, señala que es muy probable, que sean apócrifas⁴⁰³.

Como se aprecia de lo anterior, a diferencia de lo que plantea Petit, en la etapa clásica, no existía una transferencia de dominio como la conocemos actualmente, pues no existían modos derivativos. En razón de lo anterior, parece lógico sostener, que el pago del precio en esta época, no tuvo una importancia relevante, ya que, la traslación de la *res*, se producía por varios requisitos, entre otros, el abandono y/o la renuncia de la *res*, por parte del *tradens*.

⁴⁰¹ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 232.

⁴⁰² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 270 y 271.

⁴⁰³ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 336 y 337.

La aplicación de esta institución, tuvo grandes conflictos en razón de la pugna del derecho imperial y el provincial después de la *constitución* de Caracalla del año 212, en particular en las provincias helénicas, ya que, en éstas, no existía la obligación de entregar el bien en forma separada al contrato, es más, el documento en provincia tenía cierto efecto real, siendo que en la época clásica, se distinguía entre la fuente de la obligación y el acto de entrega. Posteriormente en el derecho justiniano, se fijaron ciertas formalidades para la transferencia de inmuebles, como por Ej., la escritura y el registro en los *gesta*, esta práctica de la cancillería imperial, se hizo oficial en el siglo IV⁴⁰⁴.

La formalidad de registrar las transferencias de inmuebles itálicos, comenzó desde el año 292, en razón del pago de impuestos⁴⁰⁵. Estas prácticas, se hacen patentes en plena época postclásica.

Por su parte, Iglesias plantea el posible origen de esta formalidad, en el Egipto romano, alrededor del año 60⁴⁰⁶.

Pero Soza, manifiesta que antiguamente en Roma, se conoció un registro como el censo, que se basaba en criterios personales, el que contaba con la inscripción de las *res* muebles e inmuebles del inscrito, cual tenía fines de pago de impuestos. En pleno período clásico inicial, Julio

⁴⁰⁴ ARANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 227 a 230.

⁴⁰⁵ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 353.

⁴⁰⁶ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 271 y 272.

César trató de delimitar geográficamente el imperio, situación que fue llevada a efecto por Augusto a través de su catastro, qué, a diferencia del censo, tenía un criterio real, sin embargo, ninguno de estos sistemas, tuvo fines de realizar la transferencia de bienes inmuebles o mantener la historia de dichos dominios⁴⁰⁷.

Además agrega Soza, que con la conquista de Egipto alrededor del año 30 A.C., se adoptaron rasgos de su sistema de documentación, pues contaban con un sistema de padrón inmobiliario para actos entre particulares, circunstancia que se refleja en un papiro del año 163, el que muestra fines de publicidad en las transferencias de inmuebles y de impuestos. El resto de las provincias, no adoptó dichos registros, en razón de que los romanos a diferencia de los griegos, preferían las garantías personales a las reales. En la época postclásica, Constantino fijó un régimen distinto para la venta y donación de inmuebles, el que tuvo ciertas solemnidades, como la presencia de vecinos y además en la donación de inmuebles: “...debía quedar registrada en los libros del Gobernador provincial o magistrado municipal denominados (*insinuatio*)”, para Soza, este fue el antecedente en el mundo romano, de lo que se conoce actualmente como: “...inscripción de la tradición de los bienes inmuebles...”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ SOZA RIED, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *LA "INSINUATIO" Y LA "TRADITIO" INMOBILIARIA EN EL DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO*. *Rev. estud. hist.-juríd.*, año 2003, no.25 (en línea), p.55-89. (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07165455200300250003&lng=es&nrm=iso). ISSN 0716-5455.

⁴⁰⁸ SOZA RIED, MARÍA DE LOS ÁNGELES. Véase p. 143 de este trabajo, cita N° 407.

Schulz aclara que: “...los juristas clásicos no se preocuparon de la publicidad de las transmisiones. No existió el llamado registro de la propiedad, ni siquiera el de la propiedad territorial y los seis ciudadanos romanos cuya cooperación era exigida en la *mancipatio* (los cinco testigos y el *libripens*) así como la publicidad que entraña la *in iure cessio*, fueron pobres sucedáneos del sistema registral”. Sin embargo, la actitud de los griegos fue diferente y eso demuestra, el carácter liberal del derecho romano de *dominium* en esta época. No obstante en el período siguiente, la *traditio* pasó a ser el modo común de transferencia entre vivos, en razón del desuso de la *in iure cessio* y la *mancipatio*, junto a la aplicación de la *traditio simbólica* e incluso el simple convenio⁴⁰⁹.

2.6.2.2.1.- Requisitos

Éstos fueron los siguientes:

a) *Que la cosa sea nec mancipi*, podía adquirirse el *dominium quiritorio*, si el *tradens* era dueño de la *res*, en cambio, si se trataba de una *res mancipi*, la *traditio* permitía al *accipiens* la obtención de la posesión civil y adquiriría el *dominium bonitario*⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 337 a 339.

⁴¹⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 569 y 570.

b) Que el tradens sea dueño de ella, él debía ser dueño de la *res nec Mancipi*, para que el *accipiens* pudiera lograr dicha calidad.

Guzmán presenta algunos casos relacionados, como por Ej., si el *tradens* actuaba en nombre propio, debía ser *sui iuris* por regla general, sin perjuicio, que esta institución, era de *ius naturale* y por esto, aplicable a ciudadanos romanos y personas sin *ius commercii*. En la situación de la mujer y el impúber, si eran *tradens* de una *res nec Mancipi*, sólo el impúber requería autorización, pero si eran *accipiens*, ninguno la necesitaba. Si el *tradens* no actuaba a nombre propio, es decir, operaba como intermediario o con un *iussum*, transferiría la *res*, siempre que actuará a nombre de la persona que otorgó el *iussum*⁴¹¹.

c) Que la entrega se haga en virtud de una causa considerada suficiente, para ese fin adquisitivo (iusta causa).

En relación a este último requisito, debemos examinar:

- I) Las *justas causa de la traditio* y
- II) La entrega de la *res*.

I) Justa causa de traditio, Guzmán las define como: “...un convenio jurídico objetivamente organizado para fundar una adquisición del

⁴¹¹ *Ibíd.*, p. 570 a 572 y 581 a 586. “*iussum* es la autorización que confiere una persona a otra, para que ésta ejecute determinada atribución patrimonial a un tercero y con la cual el autorizante asume para sí los efectos que ella produzca”

dominio, sin que por si mismo lo genere, de modo que deba ser completado por un acto real, precisamente por la entrega; cuando ello ocurre, al convenio antecedente se lo denomina justa causa y el acto total constituye la tradición, que al menos permite adquirir la posesión civil, pero también el dominio si el tradente es dueño y *res nec mancipi* lo entregado”⁴¹².

En tal sentido, se aprecia lo que en la Roma clásica se denominaba, modo de adquirir y justa causa o posteriormente, título y modo.

Schulz agrega, que los juristas clásicos, exigían la *causa traditionis*, es decir, el convenio de las partes y de no existir éste, la *traditio* no tenía validez⁴¹³. Agrega D’Ors, que en caso de faltar la *iusta causa*, no existía *traditio* como modo de adquirir, sin embargo, la entrega podía fundar una posesión y la causa sería: “...todo hecho o antecedente que determina la eficacia de un acto subsiguiente (*iusta causa*), o la ineficacia (*injusta causa*)”⁴¹⁴.

En cambio, Petit plantea, que lo importante no era la causa de *traditio*, sin perjuicio, que ambas partes acordarán un acto distinto, sino que la voluntad de enajenar y adquirir del *tradens* y *accipiens* respectivamente⁴¹⁵.

⁴¹² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 576.

⁴¹³ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 336.

⁴¹⁴ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 228 y 229.

⁴¹⁵ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 267 y 268.

Guzmán no se encuentra de acuerdo con Petit, ya que, señala que no se requería una voluntad de entregar y adquirir distinta a la justa causa⁴¹⁶.

Como se puede apreciar, podemos sostener que la afirmación de Guzmán, se encuentra totalmente contextualizada con la época clásica, a diferencia de lo señalado por Petit, ya que, el elemento volitivo relacionado al enajenar y adquirir, comenzó a tener cabida en la etapa postclásica, en razón del cambio de criterio de los elementos de la tenencia de la *res*, en particular con el *animus*⁴¹⁷.

Las *justas causas de traditio*, eran las siguientes⁴¹⁸:

a) *Traditio donationis*, causa de donación, era prohibida en Roma entre cónyuges⁴¹⁹.

b) *Traditio dotis*, causa de dote, Samper plantea, que sí existía justa causa, pero fallaba la causa remota, es decir, no se celebraba el matrimonio, la *traditio* era adquisitiva, por tanto, el *tradens* no podía interponer la *actio reivindicatio* contra el *accipiens*, sin perjuicio, procedía una *actio condictio*⁴²⁰.

⁴¹⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 582

⁴¹⁷ V.a., p. 66 y 67.

⁴¹⁸ Al respecto, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 577.

⁴¹⁹ ARANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 226.

⁴²⁰ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.145.

c) *Traditio solutionis*, causa de pago, generalmente por obligación a través de estipulación.

d) *Traditio venditionis o emptio*, causa de compraventa, se pudo asemejar a la *solutio* o pago, no obstante, fueron distintas, ya que, la obligación del *tradens*, era la entrega de la posesión de la *res* al *accipiens*.

e) *Traditio credendi*, causa por la cual, se entregaba en dominio una *res*, pero se debía restituir una similar, Ej., mutuo. En la época clásica, se requería la identidad de la *res* para la *actio reivindicatio*, en este caso, no se cumplía dicho requisito.

Con todo, las causas en la época clásica para que fuesen eficaces, debían ser reales y no *putativas*, un caso especial, fue el pago de lo no debido⁴²¹.

Para Iglesias, en la promesa de dote o donación, la circunstancia que justificaba la traslación del dominio, no era el negocio obligatorio, sino el acuerdo liberatorio o *causa solvendi*⁴²². En la Roma clásica, no existió traslación de dominio, sólo de *res*, ello en base a los modos originarios.

⁴²¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 578 y 579.

⁴²² IGLESIAS JUAN. *Op. Cit.*, p. 273.

II) *Entrega de la res*, en la época clásica, se requería la transmisión de la posesión, ya que, el simple convenio entre las partes no lograba dicho efecto⁴²³. La expresión transmisión, debe ser entendida como entrega.

Algunas formas de entrega pudieron ser⁴²⁴:

Bienes muebles:

- a) Entrega mano a mano.
- b) Dejar el bien en casa del *accipiens*.
- c) Con la marcación de los objetos permitida por el *tradens*.
- d) Con la entrega de las llaves.

Bienes inmuebles:

- a) Dejación del inmueble.
- b) Que al ingresar al inmueble el *accipiens*, lo deje el *tradens*.

Formas comunes tanto a muebles como a inmuebles:

⁴²³ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 337.

⁴²⁴ Para un mayor estudio de las maneras de entrega de la *traditio*, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 572 a 576.

- a) *Traditio longa manu*, consistía en la muestra del mueble y el *tradens*, lo dejaba a disposición del *accipiens*, incluso desde un lugar próximo.
- b) *Traditio brevi manu*, procedía en dos casos, en primer lugar, cuando el *accipiens* era poseedor natural del bien y obtenía el *dominium* por una justa causa y en segundo lugar, cuando el poseedor civil, adquiriría el dominio por otra justa causa.
- c) *Traditio constitutum possessorium*, en este caso, el *tradens* transfería el dominio y entregaba la posesión civil a un tercero, reservándose la detentación o posesión natural del bien, esta figura no reemplazaba a la *traditio* en el período clásico.

Para Jörs, en esta época, se permitió la *possessio* sin ceder la cosa, como el caso de la *brevi manu traditio* y la *constitutum possessorium*⁴²⁵.

Samper no se encuentra de acuerdo con Jörs, ya que, señala que esta figura en la etapa mencionada, no era realmente una *traditio*, pues faltaba la aprehensión posesoria del *accipiens*⁴²⁶. Schulz manifiesta, que en la etapa siguiente, fue reconocida junto a la *traditio simbólica o ficta*, como especies de *traditio*⁴²⁷.

⁴²⁵ JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 166 y 167.

⁴²⁶ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.143.

⁴²⁷ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 413 y 414.

En la época clásica, no existió transferencia de dominio, en razón de la función original de los modos de adquirir y la *traditio* en esta época, debía cumplir los requisitos antes señalados, por tanto, requería la aprehensión posesoria por parte del adquirente.

En la época justiniana, se presentaron cambios significativos en la *traditio clásica*, pues se permitió el simple consentimiento; incluso esta situación ha sido patentada fuera de las esferas romanas en el código civil de Napoleón⁴²⁸. En la época postclásica, se conoció como *traditio* por entrega de documentos⁴²⁹.

2.7.- ALGUNAS FORMAS DE DEFENSA

2.7.1. Reivindicatio

Gutiérrez la define como una: “acción real que corresponde al titular del derecho de propiedad en defensa de su derecho frente a todo violador o desconocedor del mismo. En el procedimiento de las *legis acciones*:

⁴²⁸ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 261.

⁴²⁹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 351.

afirmación solemne formulada por el demandante en el curso del ejercicio de la *legis actio per sacramentum in rem*. Bajo las formas procesales de los *procedimientos per formulam y extraordinario o cognitorio oficial* supone el ejercicio de una acción real concedida a favor del propietario para la restitución de la cosa objeto de su derecho real, la *actio reivindicatoria*”⁴³⁰.

En la Roma clásica, no existió un derecho de dominio sobre la cosa ni los derechos reales⁴³¹.

Por su parte, D’Ors agrega que en las *acciones de la ley*, existía un poseedor interino de la *res* durante su desarrollo y si la parte contraria no lograba probar su sacramento, mantenía la *res*⁴³².

Para Guzmán, esta acción era: “...*in rem* por excelencia. Su finalidad es permitir al dueño civil de una cosa identificable, recuperar la perdida posesión de ella frente a un tercero que la retiene. Estrictamente, debe llamarse dueño civil a quien dispone de esta acción y puede prevalecer con ella”, además contaba con cláusula arbitraria⁴³³.

Respecto a lo anterior, D’Ors señala que la condena en la época clásica era pecuniaria, sin embargo, en las *acciones con cláusula arbitraria*, previo a dictar la sentencia condenatoria, el juez invitaba al *reus* o demandado a

⁴³⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 520.

⁴³¹ V.a. Cap. I. Subt. 1.4.

⁴³² D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 109.

⁴³³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 145 y 465.

que restituyera la *res* al actor ganador del proceso y así, poder absolverlo de la condena, esta circunstancia se denominaba *pronuntiatio*⁴³⁴. Esta cláusula, habría sido una excepción a la condena pecuniaria de la época clásica.

En términos simples, la *actio reivindicatoria* era *in rem*, contaba con cláusula arbitraria y podía ser interpuesta por el dueño de la *res* identificable contra el poseedor, con el objetivo de recuperarla, sin perjuicio, que en la época clásica, la regla general, era que la sentencia condenatoria fuera pecuniaria, salvo en este tipo de acciones, no obstante, la opción de restituir la *res*, era tomada por el demandado condenado.

En esta acción, el legitimado activo era el *dueño quiritario*, es decir, sólo los ciudadanos romanos y para triunfar en el proceso formulario, señala Iglesias, que debían probar la *intentio* de su fórmula y en un principio correspondía acreditar su *dominium...*⁴³⁵.

Agrega Guzmán, que al ser real la acción: "...el demandado no tiene la obligación sino sólo la carga de defender la cosa en juicio...", en consecuencia, podría encontrarse en *indefensio* y habría que distinguir el tipo de bien de que se trataba, si era inmueble, el *Pretor* concedía al actor el *interdictum quem fundum*, con el fin de que la obtuviera, en cambio, si era mueble y se encontraba ésta ante el *Pretor*, el magistrado emitía el *iussum*

⁴³⁴ D'ORS ÁLVARO. Elementos de Derecho Privado Romano, p. 81.

⁴³⁵ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 283.

duci vel ferri, autorizando al actor a llevarse la *res*, si ésta no se encontraba presente, en sustitución de la *actio reivindicatio*, se interponía una *actio ad exhibendum*, con el objetivo que el *reus* o demandado, pagará al actor el valor de la *res* o la mostrará ante el *Pretor* y así, pudiera renovar la *actio reivindicatio*⁴³⁶.

Respecto al legitimado pasivo, Schulz señala que tanto el poseedor civil como el interdictal, podían ser *reus* en esta época⁴³⁷. Para Guzmán, el legitimado pasivo era el poseedor civil al momento de la *litis contestatio*⁴³⁸.

En cuanto a lo manifestado por Guzmán, en el Digesto se señala: “*Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore, et quo res iudicatur. Quodsi litis contestationis (1) tempore possidet, quum autem res iudicatur, sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae tempore non possidet, quo autem iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur. Ergo et fructuum nomine, ex quo coepit possidere, damnabitur*”⁴³⁹, es decir: “Pero se debe poseer tanto al tiempo de la *litis*-*contestación*, como al tiempo del fallo judicial. Si se poseyó en el tiempo de la *litis*-*contestación*, pero al tiempo del fallo judicial se perdió sin dolo la posesión, el poseedor debe ser absuelto. Asimismo, sino se posee en el tiempo de la *litis*-*contestación*, pero sí, en cambio, en el de fallar, es válida

⁴³⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 467 y 468.

⁴³⁷ SCHULZ FRITZ. *Op. Cit.*, p. 356.

⁴³⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 466.

⁴³⁹ D 6, 1, 27, 1.

la opinión de Próculo de que se le condene de todos modos. Por consiguiente será condenado, también por razón de los frutos, desde que comenzó a poseer”⁴⁴⁰.

En el bajo imperio, se permitió esta acción contra el mero tenedor y en una *constitución* de Constantino, se obligaba al *reus* detentador en el litigio, a señalar el nombre de quien tenía la posesión de la *res*⁴⁴¹.

En la época postclásica, los legitimados pasivos, pudieron ser los poseedores ficticios, es decir, las personas que abandonaban la *res* con dolo, antes de la *litiscontestatio* o la que se hacía pasar por poseedor⁴⁴².

Guzmán agrega, que estas situaciones, estaban protegidas a través de ciertos remedios, pero: “Naturalmente, en el derecho clásico las figuras son posibles, pero las personas respectivas no están legitimadas pasivamente para la acción. Con respecto al que dejó dolosamente de poseer una cosa mueble es suficiente entablar en su contra *la actio ad exhibendum*, que perderá, debiendo pagar su valor, a menos que recupere la cosa y la muestre, y en ese caso el interesado pedirá la reivindicatoria. Por lo que atañe al que se ofreció para el litigio, en derecho clásico el asunto queda resguardado mediante *la cláusula de dolo de la cautio iudicatum solvi* que todo demandado debe ofrecer al comenzar el litigio; una vez comprobado

⁴⁴⁰ D 6, 1, 27, 1.

⁴⁴¹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 371 y 372.

⁴⁴² En relación, véase D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 204 y GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 470 y 471.

que ese demandado no es verdadero poseedor, sino persona interpuesta, su dolo queda en descubierto y sujeto a *la actio ex stipulatu*”⁴⁴³.

El legitimado pasivo, podía defender la *res* o encontrarse en *indefensio*⁴⁴⁴, según Arangio – Ruiz, el *reus* o demandado pudo ser obligado a garantizar las resultas del juicio con la *cautio iudicatum solvi*, si no lo hacía, el actor realizaba dicha garantía y así, pasaba la posesión de la *res* a él y el demandado debería acreditar⁴⁴⁵.

Como se puede apreciar, la persona que abandonaba la *res* y el que se hacía pasar por poseedor, tenían sanciones en la época clásica, sin embargo, no eran legitimados pasivos de esta *actio*, lo que traía el inconveniente de la posible *usucapio*, por parte del verdadero poseedor.

La *actio reivindicatio* en la época clásica, se rigió por el proceso formulario y según Schulz, la fórmula se formaba en la etapa *in iure* y el juez, era libre para evaluar las pruebas aportadas⁴⁴⁶.

Acota D’Ors, que en caso de ganar el litigio el actor, el juez debía condenar al *reus* a la estimación realizada por el actor (*iusiurandum in litem*) y el pago, convertía al *reus* en dueño⁴⁴⁷. Ésta era la regla general en esta época, pero existieron excepciones a este tipo de condena.

⁴⁴³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 471.

⁴⁴⁴ V.a., p. 65, cita N° 169.

⁴⁴⁵ ÁRANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 241.

⁴⁴⁶ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 354

⁴⁴⁷ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 110.

2.7.1.1.- Restitución

En la época clásica, la condena era generalmente pecuniaria, pero existían excepciones a esta regla, por Ej., cuando el demandado optaba por restituir la *res*, en ese caso, debemos preocuparnos de la *res*, sus frutos, accesorios, daños, gastos e *impensas* y la posesión de buena o mala fe.

En materia de *Frutos*, el poseedor de buena fe en la época clásica, tenía derecho a todos los que separará antes de la *litis contestatio* y en la época justiniana, podía conservar sólo los consumidos, todos los demás, debía devolverlos⁴⁴⁸. Para Samper, los frutos en esta época, no se adquirían por separación, sino por consumición; además la demanda, convertía al poseedor de buena fe, en poseedor de mala fe⁴⁴⁹.

Como se puede apreciar, no es el mismo criterio la separación que la consumición, ya que, el primero es más amplio que el segundo.

Junto a esto, Iglesias expone que después de la *litis contestatio* en la época clásica, respondía de los percibidos y en la época justiniana, de los producidos y los que debió percibir⁴⁵⁰. Este planteamiento de Iglesias, es distinto a lo mencionado por Petit, respecto al período Justiniano.

⁴⁴⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 882.

⁴⁴⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.120.

⁴⁵⁰ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 285.

El poseedor de mala fe en la época clásica, debía responder de los percibidos, consumidos o no consumidos antes de la *litis contestatio*. Los consumidos o enajenados, debían ser demandados a través de la *condictio* y los percibidos, a través de la *actio reivindicatio*, el monto avaluado era por el *simplum*. En el bajo imperio, con una *constitución* de Valentiniano y Valente del año 369, el poseedor de mala fe pudo ser demandado a través de la *actio reivindicatio* por todos los frutos y comenzó a deber, los que fue negligente en percibir y así, se volvió a la regla general de la época arcaica, es decir, a la restitución por el doble, tanto antes como después de la *litis contestatio*, con Justiniano, se retornó a la regla del *simplum* para todos los frutos⁴⁵¹.

Para D’Ors, el cambio en el bajo imperio, se explica, ya que: “...el poseedor de mala fe ocupa la posición de un administrador de cosa ajena, de modo que responde, no sólo por los frutos indebidamente percibidos, sino por los que un buen administrador hubiera debido percibir (*fructus percipiendi*)...”⁴⁵². En razón de lo anterior, parece más correcto para el período justiniano, lo mencionado por Iglesias.

En materia de pérdida de la posesión de la res, el poseedor de buena fe, tanto en la época clásica como en la postclásica, antes de la *litis contestatio*, no respondía por dicha pérdida, en cambio, después de la *litis contestatio* en ambas épocas, tenía responsabilidad en caso de culpa o dolo, a su vez el

⁴⁵¹ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 882 y 883. “N. del A. Ítem 771 Número 2”.

⁴⁵² D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 205.

poseedor de mala fe, respondía siempre, incluso en caso fortuito. En la época justiniana, se extinguió para ambos poseedores la *actio reivindicatio* antes de la *litis contestatio*⁴⁵³.

Referente a los daños en la época clásica, el poseedor de buena fe antes de la *litis contestatio*, no tenía responsabilidad de éstos, pero después, debía indemnizar al *dominus*, siempre que existiera culpa, en cambio, el poseedor de mala fe, antes de la *litis contestatio*, era responsable de los daños causados con culpa y después incluso, respondía por el caso fortuito, a menos, que acreditará que en manos del dueño, el daño se hubiese producido de igual forma⁴⁵⁴. El término culpa en estos casos, incluía al dolo por su gravedad.

En materia de impensae o gastos. Existieron tres tipos y se encuentran definidos por Gutiérrez de la siguiente forma, gastos necesarios: “... que ha habido que acometer con carácter indispensable para evitar los perjuicios que sin ello podría sufrir la cosa de otro en su valor o en su utilidad”⁴⁵⁵. Además *Plaucio*, en comentarios en el Digesto señala: “*Impensae <<necessariae>>sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*”⁴⁵⁶, en castellano: “Son <<impensas necesarias>> aquellos gastos sin los cuales la cosa se perdería o deterioraría”⁴⁵⁷.

⁴⁵³ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 373.

⁴⁵⁴ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 285.

⁴⁵⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 252.

⁴⁵⁶ D 50, 16, 79.

⁴⁵⁷ D 50, 16, 79.

Los gastos útiles: “...realizados en la cosa de otro con los que ésta ha adquirido una utilidad que antes no tenía o ha adquirido un valor mayor y sin los cuales la cosa no hubiera sufrido una disminución en su valor o utilidad originario”⁴⁵⁸. Junto a esto, Fulcinio en un pasaje en el Digesto manifiesta que: “<<Utiles>> impensas esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non (8) deteriore esse non sinant; ex quibus redditus mulieri acquiratur, sicuti arbusti pastinatione ultra quam necesse fuerat. Item doctrinam puerorum, quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo, aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum, et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus”⁴⁵⁹, es decir: “Dice Fulcinio que son <<impensas útiles>> las que mejoren la dote, no las que impiden que se deteriore, y por las que la mujer adquiere algún rédito; por ejemplo, el plantar más árboles de lo necesario, o la instrucción de los esclavos jóvenes; con las cuales impensas no se debe sobrecargar a la mujer que no las conoce o no las quiere, para no obligarla con ello a tener que privarse del fundo o de los esclavos; consideramos generalmente como tales impensas el horno o el hórreo que se añade a un edificio dotal”⁴⁶⁰.

Las impensas voluptuarias: “...de pura agregación u ornato, sin aumentar la utilidad de la cosa y sin los cuales ella no hubiera sufrido daño ni disminuido su valor, como los jardines, las pinturas”⁴⁶¹. En el Digesto se

⁴⁵⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 252.

⁴⁵⁹ D 50, 16, 79, 1.

⁴⁶⁰ D 50, 16, 79, 1.

⁴⁶¹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 252.

manifiesta que: “<<*Voluptariae*>> *sunt, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae*”⁴⁶², o sea: “Son <<impensas voluptuarias>> las que sólo sirven para adorno, pero no aumentan el fruto, como son los jardines y surtidores, los estucados, los revoques, las pinturas, <etc.>”⁴⁶³.

En la época clásica, el poseedor de buena fe tenía la *exceptio doli* como especie de *ius retentionis* sobre la *res*, es decir, podía retenerla hasta que le pagarán los gastos necesarios y útiles, estos últimos, según el menor valor entre el gasto útil realizado y el aumento efectivo venal de la *res*, sin embargo, no gozaba de la posibilidad de solicitar los gastos voluptuarios⁴⁶⁴.

Junto a esto, el poseedor de mala fe, no era resarcido de ningún tipo de *impensae*⁴⁶⁵.

Según Iglesias, en la época justiniana existió un cambio en razón del principio: “que nadie debe enriquecerse a costa de otro”, pues el poseedor de buena fe, consiguió ser resarcido de los gastos necesarios y útiles, en tanto el de mala fe, pudo ser reembolsado de los gastos necesarios, no obstante, ambos poseedores contaban con el derecho al *ius tollendi*, es

⁴⁶² D 50, 16, 79, 2.

⁴⁶³ D 50, 16, 79, 2.

⁴⁶⁴ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 285.

⁴⁶⁵ En referencia, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 469 y D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 205.

decir, la posibilidad de retirar la *res* de lujo, siempre que no provocará daños a la *res* principal y tuviera beneficio para ellos⁴⁶⁶.

En tal sentido, Guzmán plantea que en la época justiniana, ambos poseedores tenían derecho a los gastos necesarios y útiles⁴⁶⁷. Sin embargo, Volterra señala que el poseedor de mala fe para tener derecho a la indemnización de gastos útiles, debía acreditar las mejoras en la *res*⁴⁶⁸.

Como se puede apreciar en la época clásica, el poseedor de buena fe, era el único que podía ser indemnizado; situación que varió en la época justiniana.

2.7.2.- Actio negatoria

Esta acción según Gutiérrez era: "...real, civil, concedida al propietario de una cosa contra todo el que pretenda tener sobre ella cualquier derecho de servidumbre, predial o personal, a fin de obtener una declaración judicial de inexistencia del pretendido derecho. Presenta como particularidad esta acción la de que el demandante está casi siempre en posesión de la cosa sobre la cual niega – de ahí su nombre – la existencia del pretendido derecho del demandado, aunque puede suceder que no posea, cual ocurre si el demandado la disfruta como usufructuario. El demandante propietario sólo tendrá que probar su título, correspondiendo la

⁴⁶⁶ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 286.

⁴⁶⁷ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 471.

⁴⁶⁸ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 374.

carga de la prueba del pretendido derecho de servidumbre al demandado”⁴⁶⁹.

El mismo Gutiérrez definió esta *actio* en la forma *utilis* como la: “...concedida, para los mismos supuestos que ésta, a favor del poseedor de buena fe, propietario *Pretorio*, propietario provincial, propietario peregrino, arrendatario de un *ager vectigalis* o titular de un derecho de superficie, para rechazar los atentados contra su derecho, mediante la correspondiente ficción o alteración de su fórmula originaria”⁴⁷⁰.

En relación a la noción de la *actio negatoria* planteada por Gutiérrez, ésta tiene matices postclásicos, pues utiliza los términos servidumbres personales y título, el que es un lenguaje distinto al de la época clásica.

El legitimado activo era el *dueño quiritario* de la *res*, quien debía verificar su *dominium*, en cambio, el legitimado pasivo (*reus* o demandado) tenía que acreditar el gravamen que perturbaba al *dueño quiritario*, por regla general y a excepción de las *actios in rem*, el actor contaba con la posesión de la *res*, circunstancia ratificada por Petit⁴⁷¹.

La circunstancia de contar el *actor* con la posesión de la *res*, fue bastante extraordinaria en comparación a la naturaleza general de ésta.

⁴⁶⁹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 22.

⁴⁷⁰ Loc. Cit.

⁴⁷¹ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 884.

En otro aspecto, Schulz plantea, que esta fórmula pudo dar lugar a un *restituere* y en ese caso, el *reus* debía restituir la *res* al estado anterior; pero en caso de no aceptar el *arbitrum*, el juez debía confeccionar la *condemnatio pecuniaria*⁴⁷². Es decir, esta *actio* contaba también con cláusula arbitraria, cual permitiría este *restituere*.

Junto a esto, Samper agrega que: "...la restitución según la cláusula arbitraria supone también que el demandado presta una *cautio de non amplius turbando*, por la que se compromete a no seguir realizando *inmisiones* o imponiendo prohibiciones injustas. La *litis aestimatio*, produce el efecto de crear una servidumbre inexistente, y una *addictio* posterior a la *confessio in iure*, puede incluso llegar a extinguir la que ya existía"⁴⁷³.

En caso que el demandado desobedeciera la *cautio*, el actor podía interponer una *actio ex stipulatu* en contra del perturbador o sus garantes por el daño⁴⁷⁴. Esta fue la ventaja de la *cautio* antes señalada, ya que, permitía entablar la *actio ex stipulatu* en vez de presentar una acción general.

2.7.3.- Actio ad exhibendum

⁴⁷² SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 359.

⁴⁷³ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.166.

⁴⁷⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 472.

Gutiérrez la define, como una: “acción o recurso procesal de carácter accesorio constitutivo de una acción civil, *in rem scripta* y arbitraria, puesta generalmente al servicio de otra acción principal (por Ej., de la *Reivindicatio*) para hacer efectiva la obligación del detentador o poseedor de una cosa de presentar ésta en un determinado momento a aquél que va a intentar la acción principal”⁴⁷⁵.

Guzmán, se encuentra en desacuerdo con la naturaleza de la *actio*, pues plantea que tiene un carácter personal, con cláusula arbitraria y agrega que en los muebles, su rol fue preparar tanto las acciones reales como las personales. Además añade, que el legitimado activo era la persona que tenía interés en que se mostrará la *res* y el pasivo, podía ser el poseedor civil, interdictal, natural, incluso quién había abandonado la *res* dolosamente. Junto a esto, la *cláusula arbitraria* permitió al *reus* que pudiera exhibir la *res* y en caso de no hacerlo, se condenaba al valor estimado por el *actor*, en razón de la exhibición⁴⁷⁶.

Respecto a esta *actio*, se pueden apreciar dos circunstancias muy importantes, como el lugar de exhibición de la *res* y a cuenta de quién se realizaba. En tal sentido, Ulpiano en un pasaje del Digesto señala: “*Quo autem loco exhiberi rem oporteat, vel cuius sumtibus, videamus; et Labeo ait, ibi exhibendam (6), ubi fuerit, quum lis contestaretur, periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci, ubi actum sit.*

⁴⁷⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 7.

⁴⁷⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 472 y 473.

*Pascere plane servum, vestire, curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debet agnoscere, qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere; nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. Interdum tamen eo loci exhibere (7) debet suis sumtibus, si forte proponas, data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio; nam in hunc casum suis sumtibus et periculo debet exhibere in eum locum, ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit*⁴⁷⁷, su traducción es: “Veamos en qué lugar o a cuenta de quién debe ser exhibida la cosa. Y dice Labeón que hay que exhibir allí donde hubiera estado la cosa en el momento de la litiscontestación, y de allí ha de ser llevada o conducida al lugar en que se demandó, a riesgo y cuenta del demandante. Dice que es claro que el poseedor debe alimentar, vestir y curar al esclavo; pero yo opino que, en ocasiones, también debe pagarlo el demandante, por ejemplo, si el esclavo mismo solía mantenerse con su trabajo u oficio y ahora se ve obligado a no trabajar. Por consiguiente, si el esclavo que ha de ser exhibido hubiera sido depositado en el juzgado, deberá pagar los alimentos el que deseó que fuera exhibido, si el poseedor no venía alimentando ya al esclavo, pues si lo alimentaba, lo mismo que lo hacía, así tampoco ahora puede negarle los alimentos. A veces, sin embargo, el demandado debe exhibir en aquel lugar a costa suya, como en el supuesto de que intencionadamente hubiera llevado la cosa a un lugar

⁴⁷⁷ D 10, 4, 11, 1.

apartado para que la exhibición resultara más incómoda para el demandante, pues en este caso deberá exhibir, por su cuenta y riesgo, en aquel lugar donde se le demande, a fin de que no se aproveche de su astucia”⁴⁷⁸.

En razón de lo anterior, se puede apreciar que esta *actio*, fue de tipo accesorio, ya que, al tener naturaleza personal y con cláusula arbitraria, podía dar lugar a dos situaciones, la primera, que el demandado mostrará la *res* y en ese caso, se interponía la *actio* principal, pero pudo ocurrir, que el *reus* no haya querido ni podido presentarla ante el *actor*, en tal caso, se condenaba al demandado al valor estimado de la exhibición por el demandante.

2.7.4.- Acción publiciana

Esta acción es descrita en el Digesto de la siguiente forma “Dice el *Pretor*: Si alguien reclamara lo que con justa causa le fue entregado por quien no era el dueño, y antes de haberlo usucapido, daré acción⁴⁷⁹. Para Guzmán, es una: “...acción especial introducida durante el siglo I A.C., quizá por el *Pretor* del año 67 *quinto publicio*, conocida como *actio publiciana*”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ D 10, 4, 11, 1.

⁴⁷⁹ D 6, 2, 1.

⁴⁸⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 507.

El origen de esta *actio*, es planteado por Iglesias, en relación a la compraventa, sin perjuicio, que posteriormente, se extendió a todas las otras justas causas⁴⁸¹.

Gutiérrez la define como aquella que: “...en virtud de la ficción introducida por el *Pretor*, el juez debería resolver como si la usucapión iniciada se hubiere cumplido y el demandante ejercitase la correspondiente *acción reivindicatoria*, es, por tanto, una *rei vindicatio ficticia*...”⁴⁸².

Es una *acción in rem ficticia* y esta última, daba por cumplido el plazo de *usucapio* del actor⁴⁸³.

Paulo en el Digesto, presenta circunstancias en las que no procede, como: “*Si res talis sit, ut eam Lex aut Constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat*”⁴⁸⁴, es decir: “Si la cosa es de aquéllas que una ley o constitución prohíben que se enajene, en ese caso no procede la Publiciana, pues en estos casos, el Pretor no ampara a nadie, con el fin de no contravenir las leyes”⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ IGLESIAS JUAN. Op. Cit., p. 238.

⁴⁸² GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 25.

⁴⁸³ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 889.

⁴⁸⁴ D 6, 2, 12, 4.

⁴⁸⁵ D 6, 2, 12, 4.

Es una *actio* que fue formulada por el *Pretor*, en razón de la *reivindicatio* y su ficción, era tener por cumplido por parte de quien la interponía, el plazo de la *usucapio* clásica.

En principio, se utilizaba para adquisiciones de *res Mancipi* vía *traditio*, sin embargo, en la época imperial, pudo interponerla⁴⁸⁶:

- a) El dueño bonitario, que adquiría una *res Mancipi* por *traditio* y aún, no cumplía el plazo de *usucapio*, se podía ejercer, contra cualquier tercero poseedor o contra el mismo *dueño quiritario* si la poseía.
- b) La persona que obtenía una *res* de un *enajenante a non domino*, siempre que la pérdida de la posesión, no fuese voluntaria por su parte; además Guzmán indica, que existió una *acción publiciana* y una *publiciana útil* (la diferencia entre ambas, se refería a si la justa causa, era la *traditio* o no, si no lo era, se trataba de la útil).

En la época clásica, su objetivo era proteger la posesión que conducía al dominio a través de la *usucapio*⁴⁸⁷. El juez, debió examinar si el actor cumplía con los requisitos de la *usucapio*, salvo el plazo, y de ser así, el actor sería el *dueño quiritario* de la *res*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Para un mejor examen de los legitimados activos, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 507 a 509 y SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 360 a 363.

⁴⁸⁷ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 361.

⁴⁸⁸ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 283.

2.7.5.- Exceptio rei venditae et traditae

Gutiérrez la define como una: “Excepción concedida a favor del demandado comprador de una cosa, la cual le ha sido entregada y de la que no ha llegado aún a ser propietario, frente al vendedor o causante de ésta, que reclama la propiedad de la cosa ejercitando la acción reivindicatoria. A fin de que no prospere ésta”⁴⁸⁹.

Según Jörs, el legitimado activo, era el poseedor que adquiría una *res Mancipi* de un *dueño quiritario* por *traditio*⁴⁹⁰.

Esta *exceptio*, también se otorgó como *replicatio* de la *excepción de iustitiae domini*⁴⁹¹.

Para Jorquera, el objetivo que tenía ésta, era defender al comprador o sus sucesores, sin embargo, no tuvo como efecto recuperar la *res*, para dicho caso, se requería la *actio publiciana*⁴⁹².

En si, es una excepción que servía al demandado de una *actio reivindicatoria*, cuando obtenía la *res Mancipi* por *traditio* y aún, no habían transcurridos los plazos de la *usucapio clásica*, sin perjuicio, que siempre mantuviera la posesión de la cosa.

⁴⁸⁹ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 209.

⁴⁹⁰ JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 203.

⁴⁹¹ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 362.

⁴⁹² JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 259.

Por su parte, Ulpiano nos presenta algunos casos en el Digesto: “*Marcellus scribit, si allenum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac (4) exceptione recte repellendum. §1.- Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum. §2.- Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur, me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur. § 3.- Celsus ait, si quis rem meam vendidit minoris, quam ei mandavi, non videtur alienata, et si petam eam; non obstabit mihi haec exceptio; quod verum est*”⁴⁹³, su traducción es: “Escribe Marcelo que si hubieses vendido un fundo y luego, al adquirir tú la propiedad del mismo, lo reclamaras, habrás de ser justamente rechazado por esta excepción. (1) Pero también ha de decirse lo mismo si el propietario del fundo llega a ser heredero del vendedor. (2) Si alguno, con mandato mío, hubiese vendido una cosa mía, al reivindicar yo la cosa vendida me lo impedirá esta excepción, salvo que pruebe que yo había mandado que no se entregase antes de cobrar el precio”⁴⁹⁴.

2.7.6.- Exceptio doli

Gutiérrez señala que: “Vid. EXCEPTIO DOLI MALI”, y la *exceptio doli mali* era: “...concedida frente al demandante culpable de un acto doloso a fin de que no prospere la acción entablada por él en demanda del

⁴⁹³ D 21, 3, 1, 1 – 2- 3.

⁴⁹⁴ D 21, 3, 1, 1 – 2- 3.

cumplimiento del acto o negocio jurídico viciado. Tiene el carácter de perpetua y perentoria”⁴⁹⁵.

Según Jorquera, el legitimado activo era el poseedor obligado a restituir, el objetivo que tuvo esta *actio*, fue que el poseedor pudiera obtener el pago de sus *impensae*; además en sus comienzos, protegió al *dominium bonitario*⁴⁹⁶.

Esta *exceptio o replicatio*, tuvo carácter general y servía para justas causas de tradición, salvo la venta⁴⁹⁷.

Como se puede apreciar, era una *exceptio* que tenía como finalidad, proteger a cualquier demandado que fuese afectado por un vicio resultante del acto doloso; tuvo carácter general, es por ello que pudo ser aplicada a la venta, antes de la *exceptio rei venditae et traditae*.

Por su parte, Paulo en fragmentos del Digesto, señala que: “*Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolos suus per occasionem iuris civiles contra naturalem aequitatem prosit. §2.- Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur. §3.- Et quidem dolo fit tam in contractibus, quam in testamentis, quam in legibus*”⁴⁹⁸, es decir: “El Pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pueda favorecer el propio dolo malo, por

⁴⁹⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 205.

⁴⁹⁶ JORQUERA F. FRANCISCO. Op. Cit., p. 269.

⁴⁹⁷ JÖRS PAUL. Op. Cit., p. 204.

⁴⁹⁸ D 44, 4, 1, 1 – 2 – 3.

valerse del derecho civil contra la justicia natural. (2) Y se entiende cuándo se ha obrado con dolo por las circunstancias de cada caso. (3) Ciertamente, se obra con dolo tanto con ocasión de los contratos, como de los testamentos, como de las leyes”⁴⁹⁹.

2.7.7.- Interdicto uti possidetis

Es un interdicto *retinendae possessionis*, al igual que el *utrubi*, es decir, se interponían al temer o sufrir perturbaciones por terceros⁵⁰⁰.

Guzmán señala, que se refería a inmuebles, tenía carácter prohibitorio, cuando el *Pretor*: “...viene a prohibir a ambos que impidan con violencia al que posea que siga poseyendo...”, su objetivo era retener la posesión, sin perjuicio, que en ciertos casos, servía para recuperarla como por Ej., al existir un poseedor vicioso respecto al actor⁵⁰¹.

Además agrega Guzmán, que era doble, es decir, ambas partes actuaban como actor y *reus*. La regla general, fue que el legitimado activo era el actual poseedor molestado por un tercero, quién debía ser actual y no vicioso, es decir, sin violencia, clandestinidad ni precario, respecto a su perturbador, en caso contrario, no obtenía protección por este medio. Junto a esto, el *Pretor* examinaba los supuestos y emitía el interdicto: “...con la orden de nada violento hacer para que quien realmente posea deje de

⁴⁹⁹ D 44, 4, 1, 1 – 2 - 3.

⁵⁰⁰ ARANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 304.

⁵⁰¹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 515.

poseer”, como se puede apreciar, no veía el fondo del asunto controvertido y en caso de ser quebrantada su orden, otorgaba una *actio ex interdicto*, con el fin de constatar la transgresión y los antecedentes del interdicto; esta acción se tramitaba mediante el *agere per sponsionem*⁵⁰².

Schulz, nos permite señalar los posibles pasos de este interdicto⁵⁰³:

- a) Las partes actuaban como actor y *reus*, realizando sus alegaciones.
- b) El *Pretor* confeccionaba el interdicto dirigido a las partes.
- c) Las partes debían desarrollar actos simbólicos de violencia (*vis ex conventu*), en el predio objeto del litigio y después, volvían a comparecer.
- d) El *Pretor*, otorgaba la posesión provisional.
- e) Se formalizan y redactan, las *sponsiones* y *restipulaciones, duplex*.
- f) Las partes comparecían ante el juez, con sus 4 fórmulas y se agregaba otra para el *iudicium secutorium*, ésta última, contra el poseedor provisional del predio.

⁵⁰² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 514 a 516.

⁵⁰³ Al respecto, véase SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 429 y 430.

g) El juez fallaba, en base a las fórmulas indicadas. En ciertos casos, el vencido restituía la posesión y pagaba la *sponsio* y *restipulatio*, en este caso, la otra parte quedaba absuelta del pago. Distinto era, cuando el condenado no quería o no podía restituir la posesión, ya que, además de pagar la *sponsio* y *restipulatio*, debía el valor de la posesión del inmueble.

En relación al plazo para solicitar el interdicto, Volterra señala que era un año desde la perturbación. Respecto a la posesión provisional, esta se entregaba a quien otorgaba una mayor *stipulatio fructuaria*; la que tuvo como objetivo resguardar los frutos de la *res* en caso de restitución. En caso de perder el poseedor provisional, debía pagar la *sponsio*, la *restipulatio*, la *stipulatio fructuaria* y en caso de no restituir el predio, correspondía el pago de una indemnización por *iudicium secutorium sive cascellianum*; con todo, en la época justiniana, se asimilaron los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*⁵⁰⁴.

Como se puede apreciar, todas estas fórmulas y estipulaciones, tenían la finalidad de resguardar de mejor manera lo relativo al predio y los frutos, en razón de permitir la posible restitución de éste, por parte del poseedor provisional en caso de ser derrotado.

⁵⁰⁴ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 407 y 408.

2.7.8.- Interdicto utrubi

Este interdicto se refería a bienes muebles, tenía carácter prohibitorio, su objetivo era conservar la posesión, pero pudo ser recuperatorio, era doble. Eran legitimados activos, los poseedores civiles e interdictales, con excepción del *vectigalista*, ya que, poseía predios provinciales. En este interdicto, el vencedor era quién contaba con más tiempo de posesión en el último año, plazo computado desde la dictación del interdicto, eso si, esta posesión del actor, no debía ser viciosa respecto de quien la alegaba; además el interesado, podía unir a su posesión el tiempo de su antecesor a través de la *accessio temporis* o *possesssionis*, sin embargo, también agregaba los vicios de ésta, por ello su solicitud era facultativa. En caso de inobservancia, al igual que el *uti possidetis*: “...da lugar a una *actio ex interdicto* tramitada por el procedimiento *agere per sponsionem* y aun *iudicium secutorium sive cascellianum*”⁵⁰⁵.

Es importante mencionar, que en la etapa clásica por regla general, no se permitía la *accessio possessionis*, salvo en este interdicto⁵⁰⁶.

Con todo, Arangio – Ruiz opina que: “...el *utrubi clásico* no era estrictamente *retinendae possessionis*, ya que, podía servir también para recuperar una posesión recientemente pérdida; sólo en el derecho

⁵⁰⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 518 a 520.

⁵⁰⁶ V.a., p. 122 y 123.

justiniano prevalece el nuevo principio de que venza siempre el poseedor actual”,⁵⁰⁷.

La función de este interdicto por regla general, era de retener y no así de recuperar, tal como ocurría con el *uti possidetis*.

2.7.9.- Interdicto unde vi

Se aplica a inmuebles, tenía carácter restitutorio y simple; el legitimado activo era el poseedor expulsado con violencia por un tercero por si o por otros; pero uno de los requisitos para su interposición, era cumplir con la cláusula viciosa, es decir, que el poseedor expulsado no fuese vicioso respecto a quién lo había despojado. Junto a lo anterior, el plazo para oponerlo fue de un año desde la expulsión, posterior a dicho plazo, sólo tenía *acciones in factum*⁵⁰⁸.

En relación con este último tipo de acciones, se podía obtener aquello que lograba la persona que lo expulsó del predio⁵⁰⁹. Es más, Ulpiano en un comentario en el Digesto señala que: “*Praetor ait; unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque (2) ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo*”,⁵¹⁰, es decir: “Dice el Pretor: <<Restituirás>> al

⁵⁰⁷ ARANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 305.

⁵⁰⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 520.

⁵⁰⁹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 408.

⁵¹⁰ D 43, 16, 1.

demandante en el fundo de donde lo has expulsado, tú o tu servidumbre, y en todo lo que en ese momento él tenía allí>>.<<Tan solo en el plazo de un año; después del año, daré juicio por lo que lucró aquél que expulsó por la violencia>>”⁵¹¹.

Con este interdicto, se podía recuperar la posesión del predio, sin perjuicio, que en caso de ser interpuesto fuera de plazo, sólo daba lugar a *acciones in factum*, las que permitían al actor, solicitar lo que había obtenido quien lo desalojó.

Ulpiano manifiesta en el Digesto que: “*Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio (5) ad hoc interdictum pertinet*”⁵¹², su traducción es: “Puede ser expulsado el poseedor, tanto si tiene la posesión civil como la natural, pues también la natural vale para este interdicto”⁵¹³. En razón de lo anterior, Ulpiano está de acuerdo que el poseedor natural pueda ser legitimado activo de este interdicto, el que es una novedad respecto a los demás.

En la esfera práctica, D’Ors agrega que: “La mayor simplicidad del *interdicto unde vi* respecto al *uti possidetis*, hizo que, en la práctica procesal de fines de la república, se recurriera al expediente de un simulacro de expulsión violenta de una parte por la otra (*vis ex conventu*) a fin de plantear la cuestión en términos del *interdicto unde vi* y evitar la

⁵¹¹ D 43, 16, 1.

⁵¹² D 43, 16, 1, 9.

⁵¹³ D 43, 16, 1, 9.

mayor complejidad del *uti possidetis*”⁵¹⁴. Según D’Ors, esto ocurrió, en los comienzos de la época clásica central y se puede relacionar con lo planteado por Schulz, respecto a los pasos del interdicto *uti possidetis*⁵¹⁵.

En la época justiniana, se asimilaron en un solo instituto, el *interdicto unde vi* y el *unde vi armata*, manteniendo el plazo del *unde vi* y permitiendo la posesión viciosa como el *unde vi armata*⁵¹⁶.

Con todo, Samper agrega, que después del plazo de un año fijado en este instituto asimilado, la persona afectada con la expulsión, podía interponer una acción personal de enriquecimiento injusto⁵¹⁷.

Este instituto asimilado, sigue la misma línea del interdicto *unde vi*, el que permitía que con posterioridad al plazo fijado para su interposición, se opusiera una *actio in factum*, con el objetivo de obtener lo que había logrado quien lo expulso.

2.7.10.- Interdicto unde vi armata

Se refería a inmuebles, tuvo carácter restitutorio y simple; además no tenía plazo para su interposición y tampoco contaba con cláusula de

⁵¹⁴ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 106.

⁵¹⁵ V.a., p. 174 y 175.

⁵¹⁶ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 234.

⁵¹⁷ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p.127.

posesión viciosa, a diferencia del *unde vi*. El legitimado activo, era el poseedor desposeído por una banda de hombres armados⁵¹⁸.

Ulpiano señala en un pasaje del Digesto que: “*Qui armati venerunt, et si armis non sunt usi ad deiiciendum, sed deiecerunt, armata vis facta esse videtur; sufficit enim terror armorum, ut videantur armis deiecisse*”⁵¹⁹, es decir: “También se entiende que la violencia ha sido con armas cuando los que vinieron con ellas no las usaron para la expulsión, pero ésta se realizó de todos modos, pues, para que se considere que han expulsado con armas, basta el miedo que inspiran las armas”⁵²⁰.

Además, el mismo Ulpiano señala: “*Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne deiiciatur, sed etsi deiectus quis fuerit, eundem deiicere non ex intervallo, sed ex continenti*”⁵²¹, su traducción es: “Así, pues, podemos rechazar con armas al que viene con ellas, siempre que sea de manera inmediata, sin dejar pasar cierto tiempo, a conciencia de que es lícito no sólo resistirle para no ser uno expulsado, sino expulsarle si él le ha expulsado a uno antes, siempre de manera inmediata y no después de transcurrir cierto tiempo”⁵²².

⁵¹⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 520 y 521.

⁵¹⁹ D 43, 16, 3, 5.

⁵²⁰ D 43, 16, 3, 5.

⁵²¹ D 43, 16, 3, 9.

⁵²² D 43, 16, 3, 9.

Como se puede apreciar en estos pasajes, Ulpiano permite la interposición del interdicto, incluso en caso de no llevarse a cabo la expulsión con armas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que quienes desalojaron al poseedor, contarán con armas en ese momento,
- b) Que no las utilizarán y
- c) Que el posible uso de las armas provocará en el poseedor una sensación de temor.

Además permitía la posibilidad de repeler una expulsión con armas, siempre que ésta se produjese inmediatamente contra los hombres armados que venían a desalojarlo.

En relación con lo anterior, Casio en un fragmento en el Digesto manifiesta que: “*Vim vi (4) repellere licere Cassius scribit, idque ius natura comparatur; apparet autem, inquit, ex eo, arma armis repellere licere*”⁵²³, es decir: “Escribe Casio que es lícito rechazar violentamente la violencia, y que este derecho se funda en la naturaleza, de lo que resulta, dice, que es lícito rechazar las armas con las armas”⁵²⁴.

⁵²³ D 43, 16, 1, 27.

⁵²⁴ D 43, 16, 1, 27.

A diferencia del *unde vi*, este interdicto requería la presencia de hombres armados; incluso se trató de regular la autotutela del despojado, señalando el momento y la forma de reacción.

2.7.11.- Interdicto quod precario

Se aplicaba tanto a muebles como a inmuebles, tuvo carácter restitutorio y simple, en este caso, el *precario habens* debía devolver la *res* al *dans*, no contaba con cláusula viciosa, ya que, el precario era causal de vicio, sin perjuicio, de incluir una cláusula especial: "...alusiva al eventual hecho de que el precarista hubiera dejado dolosamente de poseer, en virtud de esa cláusula, pues, éste o bien recupera la cosa y restituye, o bien paga el valor de la posesión, porque no tiene cómo restituir"⁵²⁵.

Esta estipulación tenía como fin resguardar al *precario dans*, del posible dolo de dejar de poseer la *res* por parte del *habens*, ya que, la *res* era entregada para el uso del *habens*, pero estaba sujeta, a ser restituida en cualquier momento.

2.7.12.- Interdicto sectorio

La persona que compraba bienes en una subasta pública, se denominaba *sectorio* o *sectores*⁵²⁶. Al principio, estas ventas se realizaban en conjunto o

⁵²⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 521.

⁵²⁶ GAYO 4. 146.

universitas y el comprador debía dividir cada objeto, por eso se llamaba *sector*. La venta propiamente tal, se designaba *bonorum sectio* o *sub hasta venditio*. En la época imperial, la venta se realizaba por objeto individual y así, desapareció la *bonorum sectio* y comenzó a ser frecuente, la denominación *subhastatio*⁵²⁷.

El objetivo de este interdicto, era proteger al comprador de bienes públicos, de las eventuales molestias de los terceros.

2.7.13.- Actio de tigno iuncto

Gutiérrez la define como una: “...acción civil, reconocida con carácter penal desde las *XII Tablas* y considerada por Justiniano como acción mixta, que corresponde al propietario de la viga o materiales unidos a un edificio ajeno para conseguir del dueño del fundo contiguo, que ha procedido a su separación, una indemnización equivalente al doble del valor de los referidos materiales”⁵²⁸.

En tal sentido, la *lex de las XII Tablas* prohibía ejercer la *actio ad exhibendum* con el objetivo de demoler el edificio, junto a esto, esta *lex* protegía contra la *tignum furtivum*, es decir, la construcción que realizaba el dueño del predio con materiales robados. El legitimado activo, era el dueño de los materiales y la finalidad que tenía, era obtener una indemnización de

⁵²⁷ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 292 y 293. “N. del A. Ítem 195 Número 1”

⁵²⁸ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 14.

parte del constructor, evaluada en el doble del valor de éstos, siempre que contará con dos requisitos, el primero, que la obra estuviera en pie y que el constructor se encontrará de buena fe, en cambio, si el constructor estaba de mala fe, el dueño de los materiales podía ejercer la *actio ad exhibendum* para ser indemnizado o la *reivindicatio*, con el objetivo de obtener los materiales, en caso de caída o demolición del edificio⁵²⁹.

⁵²⁹ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 280.

CAPÍTULO III

“SEÑORÍOS JURÍDICOS POTENCIALES”

3.1.- ORIGEN, ELEMENTOS O ATRIBUTOS

Los señoríos jurídicos, han sido agrupados para los fines de este trabajo, en señorío jurídico pleno y señoríos jurídicos potenciales. Tanto los señoríos potenciales como el señorío pleno o *dominium*, comenzaron a tener un tratamiento más determinado desde fines de la época clásica inicial o comienzos de la central, en base a la configuración del término *dominium*.

3.2. ALGUNOS SEÑORÍOS JURÍDICOS POTENCIALES

En la época clásica, nos encontramos con los siguientes señoríos jurídicos potenciales:

- .- Proprietas⁵³⁰
- .- Servidumbres
- .- Usufructo
- .- Uso

⁵³⁰ V.a. Cap. II.

.- Habitación

3.2.1. Servidumbres

Según Di Pietro y Lapieza, en el período clásico, las servidumbres consistían en: “...la sujeción permanente de un fundo para proporcionar determinado beneficio a otro fundo ajeno, constituida de una vez por los respectivos propietarios”, además manifiestan que en la época justiniana este concepto se extendió, incluyéndose las denominadas servidumbres personales, es decir, el usufructo, el uso, la habitación y la *operae servorum*, las que se establecían tanto sobre cosas muebles como inmuebles, en beneficio de una persona determinada y con carácter temporal. Además, las servidumbres prediales se establecían sobre un predio en beneficio de otro y respecto a éstas, la utilidad debía ser objetiva, permanente y su establecimiento se realizaba a perpetuidad⁵³¹.

Según D’Ors, existieron tipos limitados de servidumbres prediales, aunque la jurisprudencia romana no operó con criterios de *numerus clausus*, dado que, podían existir servidumbres, cuando generaban un beneficio permanente para un predio⁵³². Esta idea es compartida por Volterra, quien agrega que en la época justiniana no existió dicha tipificación y los dueños de los predios pudieron fijar su contenido⁵³³.

⁵³¹ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 235 y 236.

⁵³² D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 145.

⁵³³ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., 415.

En la servidumbre clásica existían dos predios, uno denominado sirviente, el que soportaba la carga y uno dominante, que recibía la utilidad, tal beneficio se podía materializar en la facultad de realizar ciertos actos dentro del predio sirviente, denominados inmissio. Con todo, la ventaja del predio dominante se podía traducir también en un ius prohibendi a su favor, es decir, una prohibición para el sirviente de realizar algo⁵³⁴, sin embargo, las conductas del sirviente siempre debían ser pasivas, ya que, no estaba obligado a las positivas, sólo debía tolerar, es decir, un “*pati*”⁵³⁵.

En relación con este tema, Schulz⁵³⁶ plantea que en la época justiniana, existió una excepción en relación a las conductas positivas del sirviente denominada servitus oneris ferendi, ya que, el dueño del dominante apoyaba una construcción en la pared del sirviente y el dueño de este último, tenía la obligación de mantener dicha pared, esta opinión también es sostenida por Arias Ramos y Arias Bonet⁵³⁷.

En contradicción al planteamiento anterior, se encuentran D’Ors, Di Pietro y Lapieza, el primero plantea que la conservación de la pared tuvo como fin el no perturbar la servidumbre⁵³⁸. Junto a esto, para Di Pietro y Lapieza, la servidumbre oneris ferendi no fue una excepción, ya que, no obligaba al *dominus* del sirviente a realizar las reparaciones del muro respectivo, pues debía mantenerlo en las condiciones que tenía al momento

⁵³⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 619 y 620.

⁵³⁵ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 417 y 418.

⁵³⁶ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 368.

⁵³⁷ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 306.

⁵³⁸ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 145.

de la constitución de la servidumbre⁵³⁹. Con todo, este último razonamiento, se basa en el objetivo que tenía la servidumbre, es decir, el predio sirviente debía resguardar las condiciones básicas de conservación y ejecución de la servidumbre, en este caso es eso lo que realizaba y no debe ser observada como una conducta positiva, ya que, no realiza la construcción sino simplemente su conservación.

3.2.1.1.- Orígenes

En la época arcaica, las servidumbres eran *res mancipi*, por lo cual sus modos de adquirir fueron la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Además, hubo un período de tiempo en la historia romana en que se pudo utilizar la *usucapio*, lo que fue abolido con la dictación de la *lex Scribonia*. Esta ley, en base a que la jurisprudencia clásica inicial, las consideró un *iura*, sin necesidad de base material y por esta razón, con posterioridad, aparecieron las servidumbres urbanas en el siglo I A.C.⁵⁴⁰.

En cuanto a este aspecto, D'Ors plantea, que esta *lex* mantuvo vigente la *usureceptio servitutis*, es decir, la recuperación de una servidumbre pérdida por falta de uso, la posible fecha de aplicación de esta *lex* fue el año 50 A.C., a consecuencia de un tribuno llamado C. Scribonius Curio. Junto a esto D'Ors opina que en la época clásica, no existieron servidumbres legales, sin perjuicio, que con fines de urbanidad se

⁵³⁹ DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 237.

⁵⁴⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 626.

conocieron algunas en pleno período clásico central, en especial referidas a Constantinopla en el siglo I con Octavio o Nerón⁵⁴¹.

La servidumbre fue objeto de *usucapio* en base al *usus* y no a la *possessio*, pues en esa época, aún no se producía la asimilación de ambos términos.

3.2.1.2.- Características

Algunas de las características de las servidumbres fueron las siguientes⁵⁴²:

a) *Vecindad*, no era un requisito que los predios fueran contiguos, pero sí debían ser vecinos, ya que, la ausencia de esta condición podía provocar que no se cumpliera con la utilidad del dominante; las fuentes romanas interpretaron el término *vicinus*, como cercano⁵⁴³.

b) *Utilidad*, el predio dominante y no su dueño, debía recibir la utilidad del sirviente, la que debía ser permanente y constante en el tiempo.

c) *Indivisibilidad*, la servidumbre era un todo para ambos predios, no se extinguía por parte.

⁵⁴¹ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 256 y 259. "Nota N°1 y 2 del & 195".

⁵⁴² En relación, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 622 y 623 y PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 314 a 316.

⁵⁴³ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 160.

d) *Inherencia*, las servidumbres y los predios fueron inseparables, además las primeras siguen la suerte de los últimos.

e) *Causa perpetua*, el sirviente debió mantener permanentemente las cualidades de la servidumbre, de no ser así, se extinguía.

f) *Reales o prediales*, en la época clásica sólo recaía sobre predios; el dominante obtenía un beneficio y el sirviente debía cumplir la carga.

g) *Perpetuas*, en el *derecho quiritorio* se constituían para siempre, en razón de las necesidades permanentes del dominante, pero el gran influjo del Pretor, permitió la constitución de servidumbres por pactos en base a criterios temporales, éstas podían defenderse con una exceptio de pacto o de dolo, que se otorgaba al dueño del sirviente contra el dueño del dominante que no quería cumplir lo pactado.

h) *Pasividad*, la servidumbre era un gravamen real para el sirviente, pero no podía consistir en conductas positivas a favor del dominante⁵⁴⁴. En esta materia, se debe tener presente la contradicción planteada respecto a la servidumbre *oneris ferendi*⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 162.

⁵⁴⁵ V.a., p. 187 y 188.

3.2.1.3. Formas de constitución

Las servidumbres debían ser constituidas por ciudadanos romanos y recaer sobre predios itálicos, a través de alguno de los medios siguientes⁵⁴⁶:

- a) *Por in iure cessio*, de la *actio vindicatio servitutis*, tanto a título oneroso como gratuito.
- b) *Por legado vindicatorio*, fórmula similar al *dominium*, a través de la cláusula *do lego*.
- c) *Por deductio en mancipatio o in iure cessio*, en la enajenación de un predio, el antiguo dueño podía reservarse en el momento de la *deductio* una servidumbre a través de estos modos de adquirir. Gayo por su parte, en las *Institutas* presenta una distinción entre las servidumbres prediales, como urbanas y rústicas, las primeras, sólo podían transferirse por cesión ante magistrado, en cambio, las rústicas, tanto por cesión como por *mancipatio*⁵⁴⁷.

Respecto a este último punto, Petit ratifica lo anterior, ya que, señala que la *mancipatio* sólo servía en caso de *res Mancipi*, es decir, sólo para

⁵⁴⁶ En referencia, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 628 a 630.

⁵⁴⁷ GAYO 2. 29.

servidumbres rústicas⁵⁴⁸. Con todo, Samper, señala que en la época clásica no era procedente la *deductio* en la *in iure cessio*⁵⁴⁹.

- d) *Adiudicatio*, se producía en un juicio de partición o división, con el fin de garantizar cierta igualdad entre los ex – comuneros del predio.
- e) *Por mancipatio directa*, antes de la *lex scribonia*, se refería sólo a las servidumbres rústicas, dado que, eran consideradas *res Mancipi*, con posterioridad a dicha *lex* la servidumbre comenzó a ser *in iura*.
- f) *Por usucapio*, hasta la *lex scribonia*, a través del *usus* por dos años.
- g) *Por pactiones et stipulationes*, fue un modo de constituir servidumbres en predios provinciales⁵⁵⁰, este pacto o estipulación generaba efectos personales y no reales, es decir, era una obligación, su objetivo fue que el titular del sirviente indemnizará al dueño del dominante, en caso que el primero no permitiera la ejecución de la servidumbre⁵⁵¹.
- h) *Por longi temporis praescriptio*, a fines de la época clásica, parece ser un modo de constitución de servidumbres en provincias.

⁵⁴⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 320.

⁵⁴⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 166. En base a lo simple y absoluto de la *confessio in iure* y la *addictio*.

⁵⁵⁰ GAYO 2. 31. “En los predios provinciales no pueden constituirse las servidumbres por *mancipatio* ni cesión”.

⁵⁵¹ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 321.

- i) Por litis aestimatio, en base a una *acción negatoria*, se podía constituir una servidumbre inexistente.

Guzmán señala que la *traditio* y la *destinación del padre de familia* no fueron modos de constituir servidumbres en la época clásica⁵⁵², en razón de lo siguiente:

1) La *traditio* para ser aplicable requería la posesión como requisito y la servidumbre predial no la confería, por tanto, este modo fue postclásico, en base al desuso de la *mancipatio e in iure cessio*, permitiendo también la constitución por *quasi possessio*.

Petit razona contradiciendo a Guzmán, pues señala que el Pretor en la época clásica central configuró formas de constituir servidumbres fuera del *derecho quiritorio*, entre éstas, la *quasipossessio* o *possessio iuris*, en base que el dueño del dominante ejerciera por cierto tiempo la servidumbre; se protegía a través de interdictos y acciones útiles⁵⁵³.

Respecto a la opinión de Guzmán, Petit concuerda con la existencia de la *traditio* clásica, dado que, ésta solicitaba como condición la posesión (entrega de la *res*), sin perjuicio, que el *Pretor*, conformará formas de constituir las no estrictas con la posesión.

⁵⁵² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 630 y 631.

⁵⁵³ PETIT EUGENE. *Op. Cit.*, p. 321.

2) Respecto a la *destinación del padre de familia*, Guzmán plantea que fue una construcción de los medievales y que en el derecho clásico no existió un modo tácito de constitución de servidumbres.

Refutando lo anterior, a juicio de Volterra, en la época clásica para ciertos casos se admitió la *decisión del padre de familia*, es decir, el *pater* dueño de dos o más predios y uno de éstos obtenía utilidad del otro, no podía constituirse una servidumbre, dado que, ambos predios tenían un mismo *dominus*, pero esta situación cambia en caso de enajenar uno de éstos, consolidándose la servidumbre⁵⁵⁴.

3.2.1.4.- Modos de extinción

En la época clásica, los modos de extinción de las servidumbres fueron los siguientes⁵⁵⁵:

- a) Por desuso, en caso de no ejercerse la servidumbre de forma continua por nadie que tuviera interés en ella dentro de los plazos de *usucapio* (2 años para inmuebles); previo a esto, se debía realizar una distinción entre servidumbres rústicas y urbanas, las primeras por regla general, eran positivas o de *inmissio* y por estas

⁵⁵⁴ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 421.

⁵⁵⁵ Para un mayor análisis de las formas de extinguir las servidumbres, véase PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 324 a 326 y GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 633 a 636.

características bastaba sólo el no ejercicio, en cambio, las urbanas por regla general, fueron negativas o de *ius prohibendi*, por esto, requerían de un acto contrario del sirviente, desde esos momentos comenzaba a correr el plazo de desuso de cada una.

- b) Por la pérdida de uno de los fundos, si uno de los predios se destruía o tenía cambios permanentes que no permitían el ejercicio de la servidumbre.
- c) Por renuncia, en la época arcaica no se permitió salvo se realizará por *in iure cessio* a través de la *actio negatoria*, posteriormente el Pretor accedió a que el dueño del dominante renunciará a la servidumbre a través de un pacto que no produjo efectos de extinción para el *derecho quiritario* y en caso que el renunciante tratará de ejercer la servidumbre, se amparaba al dueño del sirviente a través de una *exceptio de pacto o de dolo*. En la época clásica, se permitió una especie de renuncia del dueño del dominante en caso que autorizará la realización de algo contrario a la servidumbre en el sirviente.
- d) Por confusión, cuando ambos predios pasan a ser de un mismo *dominus*.
- e) Predio sirviente fuera del comercio, en caso de pasar el sirviente a ser una *res extracommercium*.

- f) Cese de la utilidad del predio, al ser esencial en la constitución de la servidumbre el beneficio o utilidad, al no estar presente, se extinguía.
- g) Por litis aestimatio en una vindicatio servitutis⁵⁵⁶, en caso de pagarse el valor de la estimación de la servidumbre.

3.2.1.5. Tipos de servidumbres

Las servidumbres podían consistir en los siguientes prototipos⁵⁵⁷:

1) Rústicas o urbanas, las primeras se referían a un beneficio agrícola, en cambio, las urbanas tenían una utilidad para construcciones con fines habitacionales; estas podían encontrarse ubicadas en la ciudad o en el campo, pues no respondieron a un criterio de zona.

Algunos Ej., de servidumbres rústicas⁵⁵⁸.

- a) La servidumbre iter, que permitía el paso por el sirviente a pie o a caballo.
- b) La servidumbre vía, que facultaba el paso de carruajes y animales, y

⁵⁵⁶ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 168.

⁵⁵⁷ Al respecto, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 626 a 628.

⁵⁵⁸ En relación, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 627 y PETIT EUGENE, Op. Cit., p. 318.

c) La *servidumbre actus*, que admitía el paso de ganado u otros animales.

Diferentes Ej., de servidumbres urbanas⁵⁵⁹.

a) La *servidumbre tigni immitendi*, autorizaba el apoyo de vigas en el muro vecino.

b) la *servidumbre oneris ferendi*, que admitía el apoyo de una construcción en el muro del sirviente, y

c) la *servidumbre stillicidii vel fluminis recipiendi*, la que permitía, dejar caer aguas lluvias en el sirviente.

2) *Positivas o negativas*, las primeras se basaban en una *inmissio*, ésta permitía intervenir de forma lícita en el sirviente, en cambio, las negativas se trataban de un *ius prohibendi*, es decir, permitía al dominante restringir ciertos actos del sirviente que trastornaban la servidumbre.

3) *Aparentes o no aparentes*, el criterio de distinción se refería a la existencia de signos materiales, en caso de existir éstos, sería aparente y en caso contrario, no aparente.

⁵⁵⁹ En referencia, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 627 y PETIT EUGENE. *Op. Cit.*, p. 318 y 319.

4) *Continuas o discontinuas*, se diferenciaban en la forma de ejercerse, dado que, si era ininterrumpida será continua y en caso contrario, discontinua.

3.2.1.6. Protección o amparo

En la época clásica, la protección de las servidumbres se podía realizar a través de la *actio vindicatio servitutis o acción confesoria*, la que es definida por Gutiérrez como una: “acción real concedida al titular de una servidumbre predial para hacer valer su derecho frente al propietario del fundo gravado, y que en derecho justiniano se denomina *actio confessoria*”⁵⁶⁰.

Según D’Ors, esta acción era similar a la *reivindicatoria* y la antitesis de la *negatoria*⁵⁶¹; contaba con cláusula arbitraria y el legitimado activo era el *dueño quiritario* del predio dominante⁵⁶².

En tanto, según una teoría de Arangio – Ruiz, Perozzi y Biondi, el legitimado pasivo era exclusivamente en un principio el dueño del sirviente, pero con posterioridad se podía interponer contra quien causaba molestia al ejercicio de la servidumbre⁵⁶³; en caso de no defenderse, el

⁵⁶⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 618.

⁵⁶¹ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 146.

⁵⁶² GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 631.

⁵⁶³ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 423.

Pretor confería al actor un *interdictum quam servitutem* para ejecutar la servidumbre⁵⁶⁴.

Por su parte, Guzmán plantea que no fue verificable la utilización de este interdicto, pero no aprecia imposibilidad para ésta, es más, si el actor obtenía el pleito en razón de la *cláusula arbitraria*, pudo existir una restitución al estado previo a la alteración y en ciertos casos, el vencido debía rendir una *cautio de non amplius turbando* cual aseguraba con garantes que no perturbaría la servidumbre; en caso de no existir restitución, se condenaba a la evaluación que hiciera el actor⁵⁶⁵.

El *Pretor* ajusto ciertos interdictos para proteger a las servidumbres, a saber⁵⁶⁶:

- a) *Interdicto quo itinere actuque y de itinere reficendo*, en relación a las servidumbres de *iter, via y actus*, tuvo como fin no prohibir el paso ni dificultar sus arreglos.
- b) *Interdicto uti hoc anno aquam*, tenía como objetivo que no se detuviera la conducción de aguas y sus reparaciones.
- c) *Interdicto uti de eo fonte*, evitó molestias en la extracción de agua.

⁵⁶⁴ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 146 y 147.

⁵⁶⁵ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 632.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*, p. 632 y 633.

- d) *Interdicto quo minus illia cloacam*, para no perturbar la reparación de cloacas o desagües.
- e) *Interdicto de rivis*⁵⁶⁷, trataba de evitar la violencia en la limpieza de acequias y conducción de agua.
- f) *Interdicto demolitorium*, en caso de existir construcciones en el sirviente que molestarán la servidumbre, el dueño del dominante debía realizar la *novi operis nuntiatio*, es decir, la denuncia de que en el sirviente se construía una obra nueva, incluso este interdicto pudo dar lugar a la demolición de la obra⁵⁶⁸.

Respecto a esto, D’Ors señala que: “Cuando la denuncia es aceptada por el magistrado, exige éste del denunciado que dé caución de indemnizar en el evento de ser vencido en la *vindicatio servitutis* que ejercite el denunciante. Si no se da esta caución, procede el interdicto y el magistrado defiende al denunciante que impide la prosecución de la obra frente al interdicto *uti possidetis* del constructor. Dada, en cambio, la caución, el magistrado dispensa de la denuncia (*nuntiatio remissa*), y se espera el resultado de la acción real”. Esta caución era asegurada por la *actio ex stipulatu*⁵⁶⁹. Pero si la obra se encontraba terminada, Samper manifiesta que debía interponerse la *vindicatio servitutis* con *cláusula arbitraria* y así, el

⁵⁶⁷ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 165.

⁵⁶⁸ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 258 y 259.

⁵⁶⁹ *Ibíd.* p. 258 y 259.

demandado podía optar, si realizaba la demolición de la obra o pagaba la *litis aestimatio* realizada por el actor⁵⁷⁰.

Según D’Ors, el *interdicto uti possidetis* en la época clásica no pudo proteger las servidumbres, ya que: “...consisten en un *usus* y no en una *possessio*”⁵⁷¹. Esto en razón de la falta de posesión que tenían las servidumbres con posterioridad a la *lex scribonia*.

3.2.2. Usufructo

Según Petit, el usufructo se podría definir como: “...el derecho de usar de la cosa de otro y de percibir los frutos, sin alterar la sustancia”⁵⁷². Por su parte Gutiérrez lo describe como: “...derecho real- a lo sumo vitalicio- sobre cosa ajena, constitutivo de una de las denominadas servidumbres personales y consistente en el derecho de usar y disfrutar de la cosa de otro sin más limitación que mantener indemne su sustancia. Es un derecho personalísimo de titularidad intransferible, aunque cabe ceder su ejercicio, y se extingue a la muerte de su titular. El propietario de la cosa conserva la *nuda proprietas*, y tal derecho no puede recaer, en principio, sobre cosas consumibles”⁵⁷³.

⁵⁷⁰ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 165.

⁵⁷¹ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 147.

⁵⁷² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 327.

⁵⁷³ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 609 y 610.

En este sentido, es útil aclarar que en la Roma clásica no existía la figura de los derechos reales como se conoce modernamente⁵⁷⁴ y además, la definición de Gutiérrez emplea un concepto postclásico, en lo referido a las servidumbres personales.

Junto a esto, Paulo manifiesta en un pasaje del Digesto: “*Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*”⁵⁷⁵, es decir: “El usufructo es el derecho de usar cosas ajenas y percibir sus frutos respetando la natural entidad de las mismas”⁵⁷⁶; en cambio, Celso presenta un comentario en el Digesto: “*Est enim ususfructus ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est*”⁵⁷⁷, o sea: “Es pues el usufructo un derecho sobre un objeto material, desaparecido el cual se extingue necesariamente el usufructo”⁵⁷⁸.

De esta manera, en la época clásica el usufructo recaía sobre cosas que dieran lugar a frutos⁵⁷⁹, también en dicho período, la *res* debía cumplir con el requisito de ser no consumible.

El dueño del bien fructuario, conservaba la disposición, la posesión civil y se denominaba *nudo propietario*, no obstante, entregaba las facultades de

⁵⁷⁴ V.a. Cap. I. Subt. 1.4.

⁵⁷⁵ D 7, 1.

⁵⁷⁶ D 7, 1.

⁵⁷⁷ D 7, 2.

⁵⁷⁸ D 7, 2.

⁵⁷⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 172.

uso, disfrute y la mera tenencia al usufructuario, existiendo así una concurrencia entre ambos⁵⁸⁰.

Esta figura restringió las facultades del dueño de la *res*, por esto debía tener una duración reducida⁵⁸¹, por regla general, era hasta la muerte del usufructuario y en caso de no tratarse de una persona natural, se fijó como límite el plazo de 100 años; el usufructo al ser temporal no podía heredarse ni transferirse entre vivos. Sin embargo, según Arias Ramos y Arias Bonet, pudo cederse su ejercicio, no así el usufructo mismo⁵⁸². Respecto a esto último, Guzmán plantea que no se permitía ceder el usufructo, pero se aprobaba que se arriende la *res*⁵⁸³. En cambio, Petit expone que el *Pretor* admitió su cesión o hipoteca, pero lo dejó limitado a la vida del cedente⁵⁸⁴.

En relación con la finalidad que tenía esta institución, Samper señala que en un principio era familiar y alimentaria, por esto, el elemento más importante era el uso, pero: “...desde *Aristón y Labeón*, al independizarse progresivamente del ambiente familiar, irá ganando interés el disfrute en la consideración jurisprudencial...”, por esta razón comenzó a ser más importante el goce y se planteó la divisibilidad del usufructo, aunque la división física sólo tuvo lugar en la época postclásica⁵⁸⁵; el usufructo se pudo establecer en favor de una o más personas, situación denominada

⁵⁸⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 604.

⁵⁸¹ SCHULZ FRITZ. *Op. Cit.*, p. 371.

⁵⁸² ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. *Op. Cit.*, p. 308.

⁵⁸³ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 611.

⁵⁸⁴ PETIT EUGENE. *Op. Cit.*, p. 330.

⁵⁸⁵ SAMPER FRANCISCO. p. 173 y 174.

cousufructo, cual consistía sobre parte indivisa y las partes regulaban el *uti*, no el *fruit*, dado que, este era divisible⁵⁸⁶.

3.2.2.1.- Orígenes

El usufructo comenzó como una disposición *mortis causa*, es decir, un legado a favor de la mujer o de las personas indefensas, siendo una respuesta de la jurisprudencia respecto de las necesidades de la vida en Roma. Su finalidad fue impedir la pérdida del poder económico de las familias, luego de la muerte del *pater* y pudo tener su origen alrededor del siglo III A.C.⁵⁸⁷.

En principio el usufructo se limitó a los inmuebles, pero después se extendió a los muebles y se permitió su otorgamiento entre vivos, es más, el *Pretor* permitió que tuvieran un plazo de duración⁵⁸⁸.

Las personas que eran favorecidas con esta institución fueron generalmente la viuda y otros como, ancianos, inválidos, locos, sin embargo, respecto a la viuda se debía distinguir en que categoría estaba casada con el causante, ya que, si era *cum manu* se protegía por no contar con la facultad de disponer, en ese caso heredaba como hija al causante y

⁵⁸⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 612.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*, p. 606 y 607.

⁵⁸⁸ *Op. Cit.*, p. 606 y 607.

sus decisiones eran limitadas por el tutor; pero si era *sine manu*, disponía sólo de aquello que le había dejado el causante en su testamento⁵⁸⁹.

Como se puede apreciar, el origen de esta institución tuvo un claro matiz familiar y cumplió dos objetivos, como eran, mantener el patrimonio familiar y evitar la pérdida del poder económico de ciertas personas, en relación al nivel alcanzado en vida del *pater*.

3.2.2.2.- Características

Se pueden mencionar como características del usufructo, las siguientes:

- a) *Recae sobre una res*; podía tratarse de un mueble o un inmueble, pero este debía ser inconsumible y no fungible⁵⁹⁰.
- b) *Es inalienable e intransferible*; no se permitió su transferencia ni transmisión⁵⁹¹. En razón de su fin alimentario, fue personalísimo y se extinguía con la muerte del usufructuario⁵⁹², según D'Ors, al ser vitalicio y personalísimo, no podía transmitirse⁵⁹³.

⁵⁸⁹ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 262.

⁵⁹⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 605 y 606.

⁵⁹¹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 426.

⁵⁹² SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 173.

⁵⁹³ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 263.

3.2.2.3.- Beneficios del usufructuario

I) *Ius utendi*, era la particularidad de destinar la *res* a su función natural⁵⁹⁴. Respecto a la explotación del bien, Samper plantea que su continuación se enmarca en ésta⁵⁹⁵. Guzmán contradice lo señalado por Samper, ya que, plantea que la continuación de la explotación se encontraba dentro de las facultades del *fruit*⁵⁹⁶.

Como se puede apreciar, Samper y Guzmán no están de acuerdo, si la explotación de la *res*, se asocia al *uti* o al *fruit*.

II) *Ius fruendi*, era la potestad de percibir los frutos de la *res*, sean naturales adquiridos por percepción o civiles adquiridos día por día⁵⁹⁷; en ningún caso contemplaba la disposición del bien⁵⁹⁸. Los frutos naturales se adquirirían por percepción y no por separación, ya que, requerían un acto posesorio particular, respecto a esta materia, un caso interesante es el del rebaño, esto en razón de la *sumissio*, es decir, el reemplazo de crías nuevas por las que falten y en caso de existir extras o sobrantes, éstas eran frutos para el usufructuario, no obstante, este criterio era distinto cuando se trataba del parto de esclavos, dado que, esos hijos eran productos y no frutos⁵⁹⁹, es decir, tenían relación con la disposición o *Habere*, las que son

⁵⁹⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 610.

⁵⁹⁵ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 174.

⁵⁹⁶ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 611.

⁵⁹⁷ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 263.

⁵⁹⁸ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 611.

⁵⁹⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 174 y 175.

muy distintas a las de *fruit*, respecto a las primeras el usufructuario no contaba con ellas; este criterio del parto de esclavos fue conocido: “Desde los tiempos del jurista republicano Bruto en el siglo II .A.C.”⁶⁰⁰.

En caso, que el usufructuario enajenará la cría de la esclava pensando que era parte de su usufructo, no cometía hurto, esto fue manifestado por Gayo en dos pasajes del Digesto, el primero: “*Item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit, ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem usufructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et foetus pecudum (6) ad fructuarium pertinet, alienaverit,*”⁶⁰¹, es decir: “Asimismo, si alguno creyera, engañado por otra estimación, que le pertenecía la herencia que no era para él, y hubiera enajenado una cosa de la misma; o si el usufructuario de una esclava, creyendo que le pertenecía el hijo de la misma como las crías de los animales pertenecen al usufructuario, lo hubiera enajenado”⁶⁰² y el segundo: “*furtum non committit (8); furtum enim sine affectu furandi non committitur*”⁶⁰³, en castellano es: “porque no comete hurto si falta la intención de hurtar”⁶⁰⁴. El titular del usufructo, no debía alterar la estructura ni la sustancia o esencia de la *res*.

Con todo, el tema de los esclavos no se agotó con sus hijos, ya que, fue muy interesante saber, ¿Qué ocurría en relación al trabajo del esclavo?,

⁶⁰⁰ ARANGIO - RUIZ VINCENZO. Op. Cit., p. 186.

⁶⁰¹ D 41, 3, 36, 1.

⁶⁰² D 41, 3, 36, 1.

⁶⁰³ D 41, 3, 37.

⁶⁰⁴ D 41, 3, 37.

¿Qué adquiriría el *dominus* y el usufructuario?; Gayo en sus *Institutas* plantea, que aquello logrado por los esclavos con su trabajo o con bienes del usufructuario era adquirido por este último, en cambio, aquello conseguido por otra causa pasaba a ser del dueño del esclavo⁶⁰⁵, es más, el mismo Gayo en un comentario en el Digesto manifiesta que: “*Acquiritur (5) nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus; item per servos, in quibus ussumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus; de quibus singulis diligentius dispiciamus*”⁶⁰⁶, su traducción es: “Podemos adquirir algo, no sólo por nosotros mismos, sino también por las personas que tenemos bajo nuestra potestad, incluso por los esclavos en los que tenemos el usufructo o por aquellas personas libres y esclavos ajenos que poseemos de buena fe <como esclavos de nuestra propiedad>, de cuyos casos vamos a tratar más detenidamente”⁶⁰⁷.

Incluso Paulo en un pasaje del Digesto es bastante claro, señalando que: “*Fructuario hereditas acquiri non potest, quod in operis servi hereditas non est*”⁶⁰⁸, es decir: “<Un esclavo en usufructo> no puede adquirir una herencia para el usufructuario, porque la herencia no se adquiere con el trabajo del esclavo”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ GAYO 2. 91 – 94.

⁶⁰⁶ D 41, 1, 10.

⁶⁰⁷ D 41, 1, 10.

⁶⁰⁸ D 41, 1, 47.

⁶⁰⁹ D 41, 1, 47.

Estos razonamientos fueron la base para saber a quien corresponde lo logrado por el esclavo, teniendo presente las diferentes circunstancias.

3.2.2.4.- Obligaciones del usufructuario

Algunas de las obligaciones del usufructuario, fueron las siguientes:

1.- La denominada *cautio usufructuaria con cláusula boni viri arbitrata*, era una estipulación con garantes, impuesta por el *Pretor*, que señalaba un patrón ideal que debía tener el usufructuario en el uso de la *res* y además regulaba la restitución al momento de extinguirse el usufructo, esta caución permitía la interposición de una acción personal contra el usufructuario en caso de incumplir alguna de las circunstancias mencionadas⁶¹⁰.

Así, la restitución debía realizarse (*restituere quod inde extabit*), es decir, de la misma forma que la entrega de la *res*⁶¹¹; la acción personal era la *actio ex stipulatu* y tenía como objetivo solicitar la restitución y las indemnizaciones que correspondían en razón de daños y negligencia en el uso⁶¹²; esta *stipulatio era incerti*⁶¹³.

Las partes del usufructo no podían pactar la renuncia a la *cautio*, ya que, dicho pacto era nulo, además el *Pretor* impedía el ejercicio del usufructo si

⁶¹⁰ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 609 y 610.

⁶¹¹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 176.

⁶¹² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 330 y 331.

⁶¹³ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 152.

no se constituía ésta, pero en caso de realizarse con dicha falta, otorgaba una *reivindicatio* al dueño de la *res* para que volviera a su control⁶¹⁴.

2.- Los gastos de conservación para mantener su función⁶¹⁵.

3.2.2.5. Formas de constitución

El usufructo se constituía por los siguientes modos, a saber⁶¹⁶:

- a) *In iure cessio ususfructus*, era similar a la *in iure cessio* para adquirir el *dominium*, aprovechaba la fuerza de la *addictio* del magistrado en la *vindicatio ususfructus*.
- b) *Deductio en la mancipatio o in iure cessio*, consistía en realizar la *deductio ususfructus*, es decir, el *dans* realizaba la reserva del usufructo mientras la otra parte se constituía en *dominus* de la *res*.
- c) *Pactiones et stipulationes*, según Gayo, fue una forma de constituir usufructos en provincias. Refutando lo anterior, Schulz afirma que estos pactos sólo proveían una acción personal y no real⁶¹⁷.

⁶¹⁴ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 427.

⁶¹⁵ *Ibíd.*, p. 426.

⁶¹⁶ Al respecto, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 607 a 609.

⁶¹⁷ SCHULZ FRITZ, Op. Cit., p. 371.

Para Arias Ramos y Arias Bonet, dichos pactos tenían influencia griega y los magistrados de esas provincias en estos casos otorgaban una *actio in rem utilis*⁶¹⁸. El debate de la posible aplicación del procedimiento formulario romano en provincias, se expuso en relación al *dominium* provincial⁶¹⁹.

- d) *Adiudicatio*, en razón de la sentencia de adjudicación en juicio de partición tuvo como fin mantener los equilibrios entre los ex – comuneros.
- e) *Legado per vindicationem*, con *cláusula doy y lego*, en ella se designaba al asignatario quien tenía una acción real para reclamar; con todo, el heredero podía alegar a través de un interdicto la restitución del legado⁶²⁰.

3.2.2.6.- Modos de Extinción

Las maneras de extinguir el usufructo fueron las siguientes⁶²¹:

- a) *La muerte del usufructuario*, el usufructo era vitalicio, pero en caso de ser el usufructuario una persona moral, los romanos fijaron un plazo de duración de 100 años, esta idea tenía raigambre griega;

⁶¹⁸ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 313 y 314.

⁶¹⁹ V.a., p. 87 a 89.

⁶²⁰ D 43, 3, 1, 8. “Interdicto por legado vindicatorio”

⁶²¹ En relación, véase PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 332 y 333 y GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 614 y 616.

junto a esto en la época justiniana se mantuvo este plazo en base al *saeculum*, es decir, la vida más larga que pudo alcanzar una persona natural⁶²².

- b) Capitis deminutio del usufructuario, se trataba de una especie de muerte civil, en la época clásica, el usufructo se extinguía con cualquier *capitis deminutio*⁶²³, en la época justiniana, la mínima no produjo el efecto.
- c) Desuso, se relacionaba con la falta de uso y goce del usufructuario u otra persona, en la época clásica los plazos aplicables, eran los de la *usucapio*.
- d) Pérdida de la res, podía ser total o incluso seguir existiendo ésta sin que cumpliera la función del usufructo, es decir, ocurría una *mutatio rei*. Si la transformación era temporal y la *res* volvía al estado anterior, revivía el usufructo, salvo que se hubiese perdido por otra razón.
- e) Renuncia del usufructuario en beneficio del dueño, en la época clásica se requería junto a la renuncia, la *in iure cessio* por *actio negatoria*, ya que, de no realizarse así, sólo daba lugar a una *exceptio de pacto* en contra de la posible *vindicatio ususfructus*, con

⁶²² SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 178.

⁶²³ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 429.

Justiniano bastaba la renuncia; la diferencia del *pacto* y la *in iure cessio* se refería al efecto de resolución del usufructo, es decir, *ope exceptionis* (vía excepciones) o *ipso iure* (inmediatamente) respectivamente.

f) Consolidación, el usufructuario pasaba a ser dueño de la *res* fructuaria.

g) Expiración del tiempo fijado, el usufructo era vitalicio, pero el *Pretor* permitió pactos que fijaban plazos de duración.

Con todo, extinguido el usufructo por alguna de las formas antes señaladas, el dueño podía recuperar su *res* con la *actio negatoria* y en caso de existir daños, oponía la *actio legis aquiliae* en contra del usufructuario⁶²⁴.

3.2.2.7.- Cuasiusufructo

Esta institución se denominó por los romanos como *quasi ususfructus* y es definida por Gutiérrez como una: "...nueva modalidad de usufructo al ampliarse la posibilidad de constituirse este derecho real por *actos mortis causa* sobre toda clase de cosas consumibles al primer uso, créditos o derechos"⁶²⁵.

⁶²⁴ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 612.

⁶²⁵ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. *Op. Cit.*, p. 512.

Gayo en unos pasajes en el Digesto señala: “*Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus eius pecuniae ususfructus legatus erit. §1.- Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie (4) esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit, sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi*”⁶²⁶, es decir: “Pero tratándose de una cantidad, conviene que se den las debidas garantías a aquellos con cargo a los cuales se hubiera legado el usufructo de esa cantidad. (1) Por este Senadoconsulto no se dio vida a un propio usufructo de cantidad (ya que la autoridad del Senado no pudo cambiar la razón natural), pero, introducido el remedio, comenzó a admitirse un *cuasiusufructo*”⁶²⁷.

En la época clásica por regla general, el usufructo no podía recaer sobre cosas consumibles y fungibles, pero entre los bienes dejados por el causante, era factible encontrar *res* con dichas características. Así y con el fin de no generar una merma a los legatarios asignados en el período de Augusto o Tiberio, se dictó un *senadoconsulto* que permitió los usufructos bajo legado sobre toda clase de bienes, el cual se extinguía por la muerte o *capitis deminutio* del *cuasiusufructuario*. La diferencia entre ambos titulares, se refería a que el *cuasiusufructuario* era dueño de las cosas consumibles, no obstante, debía devolver su equivalente⁶²⁸.

⁶²⁶ D 7, 5, 2 – 2, 1.

⁶²⁷ D 7, 5, 2 – 2, 1.

⁶²⁸ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 335.

Ahora bien, en relación al período histórico de dictación del *senadoconsulto*, Samper plantea que fue bajo el período de Tiberio, agregando, que servía para *res* genéricas y no identificables⁶²⁹; esta solución tuvo como objetivo salvaguardar a los herederos del causante permitiendo al legatario del *cuasiusufructo*, solicitar la constitución de una caución con garantes para asegurar la restitución de los bienes consumibles, ésta debía realizarse con *res* equivalentes en calidad y género; en caso de no otorgarse se podía solicitar la restitución a través de una *actio condictio*⁶³⁰. Si existía caución se interponía la *actio ex stipulatu*⁶³¹.

En la época justiniana, el *cuasiusufructo* se extendió a créditos y a otras cosas incorpóreas⁶³².

3.2.2.8. Protección o amparo

Las formas de protección del usufructo fueron las siguientes⁶³³:

1.- *Vindicatio ususfructus*, Gutiérrez la define como una: “acción real concedida al titular de un derecho real de usufructo para hacer valer su derecho frente al titular del fundo gravado por el mismo. Es una *reivindicatio servitutis*, y con posterioridad se le denominó *actio*

⁶²⁹ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 177.

⁶³⁰ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 374.

⁶³¹ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, Op. Cit., p. 265 y 266.

⁶³² VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 430.

⁶³³ En referencia, véase GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 613 y SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 176.

confessoria’⁶³⁴. Era una acción real similar a la *vindicatio servitutis*, además en la época justiniana ambas se fundieron⁶³⁵.

El objetivo de esta acción se refería a que: “...el usufructuario obtenía la restitución de la cosa y de los frutos y recuperaba el ejercicio de su derecho”, además se concedía la *cautio de amplius non turbando*, que garantizaba al usufructuario contra las molestias o perturbaciones⁶³⁶.

Por su parte el legitimado activo de esta *actio* era el usufructuario y el pasivo en un principio era el dueño de la *res*; aunque no era una materia pacífica contra quien se podía interponer, pues posteriormente con Juliano se permitió contra otros poseedores⁶³⁷.

D’Ors plantea que se pudo oponer en un principio sólo contra el dueño de la *res*, además expone que el usufructo no era absoluto, es decir, *erga omnes*; junto a esto, señala que el demandado si era vencido, debía restituir la totalidad de los frutos, ya que, no se consideraba poseedor de buena fe antes de la *litis contestatio*⁶³⁸.

Con todo, la *actio* pudo ser dirigida: “...desde Justiniano a todo detentador que, perturbe el derecho del usufructuario”, y en caso de

⁶³⁴ GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 618.

⁶³⁵ D’ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., p. 151.

⁶³⁶ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 429.

⁶³⁷ D’ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 266. “N. del A. Ítem 201 número 3”.

⁶³⁸ *Ibíd.*, p. 266.

indefensión del demandado, el *Pretor* otorgó al actor el *interdicto quem usus fructum* con el fin de reclamar la *res*⁶³⁹.

2.- *Actio ad exhibendum*, sirvió para preparar la *vindicatio usufructus* respecto a muebles.

3.- *Interdicto uti possidetis*, se refería a inmuebles y en vía útil, en relación a la perturbación que realizaban terceros al usufructuario; debía ser otorgado de esta forma, ya que, el usufructuario no era poseedor.

4.- *Interdictos utrubi y unde vi*, según D'Ors, en estos interdictos no se mencionaba el término posesión, con lo cual el usufructuario podía utilizarlos de forma directa, es decir, sin vía útil⁶⁴⁰. Samper contradice lo anterior respecto al *interdicto unde vi*, ya que, señala que el usufructuario no era poseedor, por lo tanto, debía utilizarlo en forma útil.

5.- *Exceptio usus fructus*, impedía la *actio reivindicatio* del dueño⁶⁴¹.

6.- *Actio legis aquiliae*, el *Pretor* permitió esta *actio* en forma útil por los daños en la *res fructuaria*, que fueran cometidos por terceros con culpa.

⁶³⁹ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 151.

⁶⁴⁰ D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*, p. 267.

⁶⁴¹ D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*, p. 151.

7.- Actio negatoria, en la época clásica existió la *exceptio usus fructuaria*, en cambio, en la época justiniana, se comenzó a utilizar esta *actio* por la fusión de las servidumbres prediales y personales.

8.- Actio furti, podía interponerse contra cualquiera que privará al usufructuario de la *res* fructuaria o de sus frutos.

3.2.3.- Uso

Gutiérrez señala que el uso es una: “...servidumbre personal de uso; derecho real sobre cosa ajena que otorga a su titular el derecho – a lo sumo vitalicio – de servirse personalmente de una cosa, sin alterar su substancia y sin poder beneficiarse de los frutos, si bien la jurisprudencia clásica amplió su derecho en el sentido de favorecer a los familiares del titular y permitirle disfrutar de los frutos forestales y hortícolas necesarios para las atenciones domésticas”⁶⁴².

Como se puede apreciar, esta definición presenta conceptos postclásicos en lo referido a servidumbre personal y además se refiere al término derecho real, cual no se condice con la época clásica.

Para Petit el uso fue un usufructo limitado que trataba: “...el derecho de retirar de una cosa todo el uso de que pueda ser susceptible, pero sin percibir ningún fruto”, se constituía y extinguía como el usufructo salvo

⁶⁴² GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. Op. Cit., p. 609.

excepciones, la forma común de constituirlo fue a través de legados y debía otorgarse una *cautio* para su ejercicio y devolución⁶⁴³.

En relación con lo anterior, Gayo en un pasaje del Digesto señala que: “*Nunc videndum de usu et habitatione. §1.- Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu, qui et ipse iisdem modis constitui solet, quibus et ususfructus*”⁶⁴⁴, es decir: “Tratemos ahora del simple uso y de la habitación. También se puede constituir el nudo uso, esto es, sin el usufructo, y se suele constituir de los mismos modos que el usufructo”⁶⁴⁵.

Por su parte Ulpiano en otro pasaje del Digesto plantea: “*Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Et de singulis videntur*”⁶⁴⁶, su traducción es: “Aquél a quien se dejó el simple uso puede usar, pero no puede percibir los frutos. Deben examinarse los distintos casos”⁶⁴⁷.

En la época clásica inicial, al parecer el uso se aplicaba a la *res* no fructuaria, pero a fines del período clásico, se extendió a ciertas facultades de disfrute, eso sí, en un estricto carácter familiar y alimentario⁶⁴⁸. No existió un co – uso, pero podían existir otras titularidades paralelas⁶⁴⁹; era similar al usufructo, pero restringido al *ius uti*, pues no es aplicable el *ius fruendi*.

⁶⁴³ PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 336 y 337.

⁶⁴⁴ D 7, 8, 1.

⁶⁴⁵ D 7, 8, 1.

⁶⁴⁶ D 7, 8, 2.

⁶⁴⁷ D 7, 8, 2.

⁶⁴⁸ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 178.

⁶⁴⁹ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*, p. 619.

Con todo, el uso podía recaer en una casa y en ese caso el usuario la habitaba; es más, se pudo ceder la titularidad gratuitamente, pero no arrendarla⁶⁵⁰.

Respecto a este punto, Volterra plantea que no era materia de cesión a terceros, pero indica que en la época de Justiniano, existió una interpretación amplia del *uti* y se permitía alquilar locales por sobre las necesidades del principal, su familia y huéspedes, cuando se trataba de una casa⁶⁵¹.

En cambio Petit plantea, que el ejercicio del uso no pudo ser cedido ni alquilado en base a que su resultado era un fruto y el usuario no contaba con ese atributo⁶⁵². En razón de las finalidades de esta figura, es más aplicable a la época clásica, la idea de Petit.

Con todo, el uso fue amparado a través de acciones similares a la *vindicatio usufructus* o la *actio confessoria* según el período, además del *interdicto unde vi*⁶⁵³. Sin embargo, Samper está en desacuerdo con esta afirmación, ya que, opina que el uso ha diferencia del usufructo era protegido sólo con excepciones⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. Op. Cit., p. 311.

⁶⁵¹ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 430.

⁶⁵² PETIT EUGENE. Op. Cit., p. 336.

⁶⁵³ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 430 y 431.

⁶⁵⁴ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 178.

3.2.4.- La habitación

Según Samper, en la época clásica, la habitación: “...solía consistir simplemente en la remisión vitalicia de una renta de alquiler sobre una casa, hecha a través de un legado permisivo”⁶⁵⁵.

Volterra manifiesta que fue creada por Justiniano en el año 530, ya que, la independiza del usufructo o del uso, con los que se confundía en la etapa clásica, además señala que era intransferible, pero se permitía arrendarla a título oneroso a terceros. En lo relacionado a su constitución y extinción era muy similar al usufructo, sin perjuicio, de no extinguirse por el *no uso* o por la *capitis deminutio*, junto a esto, fue obligatorio constituir una *cautio* para su desarrollo y devolución⁶⁵⁶. Por su parte Schulz plantea, que esta figura fue desconocida para los juristas clásicos⁶⁵⁷.

Esta institución, por lo señalado por Samper, era distinta al uso en la época clásica, ya que, es una especie de donación al titular de la habitación y no necesariamente se refería a residir una casa, como ocurría con el uso, no obstante, se pudieron igualmente generar confusiones, por lo cual, pudo tener una menor presencia en esta época y por esto, según Volterra, logró su plenitud con la separación de las otras figuras similares realizada por Justiniano.

⁶⁵⁵ SAMPER FRANCISCO. Op. Cit., p. 179.

⁶⁵⁶ VOLTERRA EDUARDO. Op. Cit., p. 431.

⁶⁵⁷ SCHULZ FRITZ. Op. Cit., p. 374.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de esta investigación, tanto en los acercamientos a las fuentes como a la bibliografía, han surgido ciertas interrogantes relativas a criterios y opiniones, las que pasó a comentar en esta sección.

En primer lugar me referiré al término “*res*” y luego analizaré las distintas razones para la utilización del término “señorío jurídico” en este trabajo. En segundo lugar, señalaré la incompatibilidad del término derecho real en la época clásica. Finalmente realizaré una reseña de las ideas bases planteadas en la introducción de este trabajo, con el fin de comprobar su probable veracidad.

Comenzando con estas conclusiones, hay que detenerse en una noción romana fundamental, piedra angular de cualquier tipo de construcción jurídica en temas de bienes en la Roma clásica, la que fue presentada en el Cap. I. Subt. 1.1.

Se trata de la expresión *res*, la que, según mi parecer, debió ser interpretada en forma restringida en lo relacionado con su corporeidad. Esto en razón de los conceptos enunciados por D’Ors, Iglesias y Guzmán, parece factible sostener que dicho término debió ser descrito, como todo objeto material que existió en el mundo exterior, ya sea, por causas

naturales o del hombre, tuviera o no beneficio, valor económico, incluso pudiera o no ser adquirido por él.

A continuación y en cuanto a la utilización del término señorío jurídico en todo este trabajo, paso a explicar las motivaciones que me llevaron a ello:

La primera razón es que esta investigación ha girado en torno a la voz *dominium*, la que ha sido tratada latamente en el Cap. II, expresión que se relaciona directamente con la voz dominio utilizada en la actualidad.

En segundo orden, he esgrimido el término señorío jurídico por razones de unidad en la nomenclatura utilizada en este trabajo, y al ser relacionado con el dominio, he extendido dicho vocablo a sus desmembraciones. Es más, en el Cap. I. Subt. 1.4., hemos analizado, que en razón de lo sostenido por Di Pietro y Lapieza, se puede plantear que el término señorío jurídico es aquel poder directo e inmediato sobre la *res*, teniéndose o no su posesión.

Sin perjuicio que durante el desarrollo del Cap. I. Subt. 1.4., hemos señalado las dificultades de aplicar fielmente el término señoríos jurídicos a la época clásica, se ha manifestado la posibilidad de asociarlo a dicha época en cuanto a la voz “señorío”.

Sin embargo, la voz “jurídico” se encuentra en contraposición con el término “*dominium*”, ya que, el *ius* en la época clásica, fue contrario a la *res* razón por la que se entiende que el *dominium* no era un *ius in re*, no obstante, fuese una condición jurídica como lo señala Villey.

Por las razones antes señaladas, el empleo del vocablo señorío jurídico en este trabajo no tiene como fin plantear nuevas directrices u otra visión respecto de su contenido y extensión para la época clásica, sino que, más bien, se ha utilizado simplemente con el objetivo de realizar una presentación clara de las diferentes categorías aludidas, como por Ej., *dominium*; *proprietas*; *servidumbres*; *usufructo*; *uso*; *habitación*; incluyéndolas a todas bajo una misma expresión, ya sea con el adjetivo de pleno o potenciales, estos últimos, conocidos en la actualidad como desmembraciones del dominio.

En un tercer lugar, y siguiendo con el afán de incluir todas las figuras presentadas en este trabajo en una sola categoría, he preferido no utilizar la nomenclatura “derechos reales” para la época clásica, ya que, aunque pudo tener algún germen en dicho período y existir una discusión referente a la posible aplicación de los derechos subjetivos en Roma, la que fue presentada en el Cap. I. Subt. 1.4., se puede sostener que los derechos subjetivos no existieron en dicha época.

Lo anterior, se basa en lo sostenido por Guzmán y Villey, quienes presentan el contexto histórico en que pudo comenzar a visualizarse los

derechos subjetivos. Guzmán, fija este acontecimiento en la edad media, en particular en el siglo XII, al identificarse a la voz *ius* como facultad o *potestas*, premisa básica de éstos. En cambio, Villey manifiesta que su comienzo fue con Guillermo de Occam y su consolidación con Hobbes.

Con todo, en relación con la discusión referente a la posible aplicación de los derechos subjetivos en Roma, la que es presentada por Megías, planteando las posiciones de Kaser y D'Ors; surge una circunstancia que merece ser tratada nuevamente en esta sección.

No obstante que éstos autores toman como objeto de análisis la *in iure cessio*. Kaser la asocia a una cesión de un derecho subjetivo, considerando una transferencia y una visión derivativa de los modos de adquirir. Este punto de vista ya ha sido analizado en el Cap. II. Subt. 2.6., y por lo allí expuesto, se puede sostener que los modos de adquirir en la época clásica fueron originarios y no derivativos, ya que, no dependían de la transferencia del enajenante.

Por su parte, y tal como se analizó en el Cap. II. Subt. 2.6.1.1., Guzmán plantea que el significado de la cesión, no tenía ninguna vinculación con el término transferencia, pues en Roma clásica no existió una transferencia como la conocemos hoy en día.

Siguiendo con el planteamiento de la imposibilidad de aplicación de los derechos reales en la Roma clásica, se debe observar otro elemento importante, cual es la forma de defender las diferentes titularidades.

Respecto a esto, se debe recordar lo señalado en el Cap. I. Subt. 1.4., en cuanto a que, para dicha época, Ávila Martel plantea, que se trataba de un sistema de acciones, las que presentan condiciones muy distintas al derecho real, ya que, este último, se basa en un modelo de protección por fuente jurídica, es decir, el amparo se concedía si el caso puede ser subsumido en la descripción presentada en una constitución, una ley u otra norma como ocurre actualmente.

Sin embargo, el sistema clásico de acciones se fundamentaba en el análisis previo del asunto que realizaban el *Pretor* y los jurisperitos y en caso que la circunstancia estudiada tuviera mérito para ser resguardada se otorgaba el amparo requerido a través de acciones o remedios, en caso de existir, y de no ser así, a través de la creación de una solución a la medida de la situación examinada, generalmente tomando como Ej., las preexistentes.

Con todo, si aún se dudará de la posible aplicación de los derechos reales en la época clásica, en base a la traducción general de la palabra *ius* como derecho, hemos mencionado en el Cap. I. Subt. 1.4., que en esta etapa la noción utilizada era *ius*, la que se ha traducido como derecho, sin perjuicio, que el término empleado por los romanos para esta alusión era

directum, siendo mejor interpretado el término *ius* como “lo justo” o “posición jurídica” y como se señaló anteriormente, las acciones o remedios eran las que protegían este status jurídico del individuo respecto a las *res*.

En mi opinión, el elemento de fondo que permite visualizar la diferencia entre los sistemas de acciones y de derechos reales, es que en el caso de los derechos subjetivos, la figura jurídica no es discutible, por lo que el debate se centra en quién es el titular. En cambio, la estructura romana clásica dependía en extremo de las *actios* o remedios, pues una persona con las mismas circunstancias, pero en distintos períodos de esta época, pudo ser titular de una *actio* o remedio y sin variar las circunstancias, en otra etapa, no serlo, por no contar con la protección del sistema, esto en razón del análisis casuístico que se realizaba en dicha época.

En razón de lo anterior, me parece adecuado señalar que esta organización fue una variable para que en dicha época no existiera una traslación del dominio y que los modos de adquirir sólo generaran *dominium* nuevos, ya que, en caso de existir un modo de adquirir derivativo, la titularidad no podría haber sido cuestionada, situación distinta a lo que ocurría en el régimen clásico de acciones.

Con todo, los resultados alcanzados en este trabajo me permiten reafirmar que la idea base señalada en la introducción referente a “Tratar de constatar que los señoríos jurídicos desde sus inicios fueron un motor

fundamental para la sociedad romana, en relación a distintos factores”, es totalmente verdadera. Lo anterior es posible corroborarlo con diferentes circunstancias tratadas a lo largo de esta investigación, particularmente las siguientes.

En el Cap. I. Subt. 1.2.2., se analizó la clasificación de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, las que, como señalamos anteriormente, tuvieron por objetivo desarrollar y proteger a Roma bajo un mundo agrario y poco a poco, evolucionaron a través de la práctica diaria, hecho que fue reconocido por la jurisprudencia, lo que produjo un grado de despliegue que se reflejó en la sociedad romana, alcanzando su punto culmine con el cambio de paradigma económico desde una economía agraria a una comercial. Esto trajo aparejado una extensión de la aplicación, a lo menos teórica, de la *actio reivindicatio* sobre las *res nec Mancipi*, en la época clásica central.

Todo este progreso económico se puede relacionar históricamente, según señala Iglesias, con dos de los más grandes señoríos jurídicos de esta época, como son, el *dominium* y la *proprietas*.

Según mi visión, y tal como se trató en el Cap. II. Subt. 2.1., este cambio surgió por dos grandes fenómenos, en primer lugar, el cambio de una economía agraria a una comercial, situación previamente señalada y en segundo término, por la tecnificación del tratamiento de las instituciones del derecho, circunstancia que fue desarrollada por el *Pretor* en razón de la amplitud de criterio que tuvo para resolver conflictos prácticos; siempre

apoyado por los *jurisprudentes*, situación que será revisada en relación con la otra idea base de este trabajo.

En relación con estas expresiones, me parece importante reiterar ciertas conceptualizaciones en base a lo presentado en el Cap. II. Subt. 2.4. Según mi parecer, en la época clásica, el vocablo *dominium* fue el señorío jurídico más completo o pleno conocido por el hombre, cual aparece a fines de la primera etapa clásica o inicial, recayendo sobre *res Mancipi* o *nec Mancipi* y aplicándose, finalmente, a las *res* corporales identificables; se adquiría por transmisión y/o por alguno de los modos del *derecho de los Quirites* o *natural* y pudo ser amparado por diferentes medios, siendo el más importante la *actio reivindicatio*.

Sin embargo, esta definición debió ser más restringida si era enfocada desde el ámbito del *iure Quiritium*, ya que, el *dominium* pudo ser definido como un señorío jurídico total o pleno, el que podía ser adquirido por cualquier ciudadano romano sobre la (s) *res Mancipi* en un principio y luego sobre cosa (s) corporal (es) específica (s) o identificable (s). Su adquisición se llevaba a cabo por transmisión y/o por algún modo solemne, es decir, *Mancipatio* o *in iure cessio* y fue amparado a través de distintos medios, siendo el principal la *actio reivindicatio*.

En razón de lo anterior, a mi parecer los romanos advirtieron que los latinos con *ius commercii* eran una especie de *dueños Quiritarios* aparentes, sin perjuicio, que realmente no lo eran, pues en esta época ellos no tuvieron

acceso a ser titulares de la *actio reivindicatio*, no obstante, se les permitió ciertos beneficios relativos a realizar negocios con los propios romanos; incluso, podían intervenir en la *mancipatio*.

Esta visión, a mi entender, se fundamentaba en la eventual ayuda que como legiones auxiliares pudieron prestar, con el objetivo de mantener las campañas extra itálicas romanas.

Con todo, me parece sensato realizar la siguiente pregunta, ¿Cuál fue el fin de los romanos, al permitir al latino con *ius commercii* utilizar la *mancipatio* clásica, si éstos no podían adquirir el *dominium ex iure quiritium*?

La solución a esta interrogante, ya fue analizada en el Cap. II. Subt. 2.6.1.2., y se presentó según mi punto de vista con un objetivo doble.

En primer lugar al permitir el acceso a la *mancipatio*, se generaba un mayor tráfico jurídico de objetos para los romanos, pues podían comerciar bienes con los latinos que contaban con ésta capacidad y así adquirir las titularidades correspondientes.

En segundo orden, el latino con *ius commercii* alcanzó una situación intermedia de protección a través de esta institución, más precisamente a través de la *actio auctoritatis*, pues en base a lo señalado por Arangio - Ruiz, en caso que el *accipiens* fuera latino, el *dans* estaba

obligado a la defensa de las posibles evicciones por siempre, ya que, no accedería nunca al *dominium quiritario* de la *res*, por ser una categoría reservada sólo para ciudadanos romanos. Por esto, los latinos que no contaban con dicha cualidad, no tenían acceso a la *mancipatio*.

Junto con lo anterior, parece importante referirse a dos instituciones antes analizadas como son la *actio reivindicatio* y la *mancipatio*. En relación a la primera de ellas, que fue tratada en el Cap. II. Subt. 2.7.1., es posible sostener que en la época clásica, según señala Schulz, la legitimación pasiva del poseedor civil e interdictal. No obstante, parece más correcta la visión presentada por Guzmán, quien la restringe al poseedor civil, esto en razón de los argumentos señalados por el concepto de *corpus*.

En relación a la *mancipatio*, ya analizado en el Cap. II. Subt. 2.6.1.2., y siguiendo los planteamientos de D'Ors y Guzmán, la *mancipatio* clásica comienza alrededor del siglo III A.C., en razón de la acuñación de la moneda y la creación de los *Triumviri monetales*.

Esta afirmación me parece de toda lógica, ya que, demuestra el cambio de mentalidad que se estaba produciendo en la sociedad romana por el devenir del cambio de paradigma económico, pues antiguamente no era una prioridad acuñar monedas para los romanos, ya que, el precio estaba dado por cabezas de ganado y luego, por los metales no estampados o reglados.

En consecuencia, al acuñar las monedas se cumplió un objetivo de certeza en el valor de las transacciones entre romanos y entre éstos y las personas que pudieran comerciar con ellos, como el caso de los latinos con *ius commercii*.

A mi entender, esta es una circunstancia básica y esencial en una sociedad que comienza a dar los primeros pasos en las lides comerciales y que desea progresar en dicho campo; junto a esto empiezan los *triumviri monetales*, quienes cumplían el objetivo de ordenar y regular todo lo relacionado con las monedas.

En razón de lo anterior, creo necesario realizar un comentario en relación a las fechas citadas en el Cap. II. Subt. 2.6.1.2., pues podrían generar una confusión al tener presente la historia cronológica romana, dado que, D'Ors y Guzmán, mencionan el comienzo de la *mancipatio* clásica en plena época arcaica el año 289 A.C., en circunstancia, que la etapa arcaica concluye con la *lex aebutia* aproximadamente en el año 130 A.C.

Pero este planteamiento, a mi parecer, se realiza por el trasfondo comercial que se vincula al período central romano, no obstante, exista una diferencia de casi un siglo y medio en los períodos mencionados, además se debe considerar que todo esta transformación se desarrollo en un plazo bastante prolongado para los esquemas actuales; pues debemos entender

que en la Roma de esa época, las comunicaciones dentro de una misma provincia debieron ocurrir lentamente.

Con todo, siguiendo con el *dominium*, debo manifestar que en relación a sus características, discrepo, tal como señalé en el Cap. II. Subt. 2.2.2., con lo planteado por Iglesias, al señalar que el *dominium* es ilimitado, es decir, que, en la época clásica ni siquiera los *actos ad emulationem* con *animo nocendi* lo restringían, estos últimos, eran aquellos eventos que realizaba el titular causando daño a un tercero, incluso sin que le reportará algún beneficio. En relación al punto anterior, me parece más razonable la opinión de Guzmán, quien señala que el *dominium* no era ilimitado, pues no se permitían actos injustos o indebidos que estuvieran fuera de la lógica, sin perjuicio, que no es menos cierto que entre sus características se encontraba el ser pleno, pues contaba con todos los atributos de una *res*, es decir, *uti, fruit, habere y possidere*, el contar con todos al mismo momento perfecciona la estructura de plenitud del *dominium*, en oposición a la *proprietatis*.

Junto a lo anterior, en otra de las características del *dominium*, esto es, el ser absoluto, me encuentro de acuerdo con lo planteado por Guzmán, en cuanto a que ésta era una situación jurídica que permitió interponer la *actio reivindicatio* contra cualquiera. A diferencia de lo que plantean Di Pietro y Lapieza, en lo relacionado con esta característica del *dominium*, pues señalan que se refiere a un término elástico.

En este trabajo he señalado que en la época clásica el *dominium* debía ser pleno, pues en caso de ser potencial y contar el titular con el *habere*, nos encontraríamos en presencia de una *proprietas* y en esta época, no era indistinta la denominación que se otorgaba, pues *dominium* y *proprietas* no significaban lo mismo, no obstante, a lo ocurrido en la época postclásica hasta nuestro días; en consecuencia, en la época clásica, el *dominium* debía ser siempre pleno.

En cambio, en esta misma época, la *proprietas* era un señorío jurídico potencial que desde el final de la etapa inicial, significaba una facultad de *habere* o disposición sobre una *res Mancipi* e incluso *nec Mancipi* que mantuvo el titular del primitivo *dominium*, es decir, aquél que no contaba con las facultades de *uti, fruit y possidere*; en la etapa central se refería a res corporales específicas, aunque siempre restringida ya sea, por otro señorío jurídico o por situaciones que daban lugar a *actios* personales, como por Ej., la *locatio conductio* que se encontraba amparada a través de acciones u otros remedios.

Junto a esto, Iglesias plantea que tanto el *dominium* como *la proprietas*, provocaron verdaderos cambios sociales desde una perspectiva del señorío jurídico pleno el primero y potencial el segundo, ya que, extendieron el catálogo de bienes que podían dar lugar a las máximas categorías de aprovechamiento. Lo anterior, en comparación con la clasificación de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, que aunque no eran en estricto rigor comparables, se pueden relacionar con el primero de estos términos, pues

dichas *res* se transmitían y podían trasladarse por modos solemnes como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, en cambio, las *res nec mancipi* cumplían un fin de intercambio y consumo en la práctica diaria, ya que, no eran bienes estables como los primeros.

Esto se tradujo en beneficios para los romanos, dado que, comenzaron lentamente a crearse las condiciones para que aquéllos que no habían tenido acceso a bienes estables, ya sea, por no heredarlos o por no contar con los factores suficientes para acceder a ellos, pudieran empezar a crear su *bona* o *patrimonium*.

En razón de lo anterior, a mi juicio, es la principal diferencia con una sociedad agraria, pues en estas últimas quien no contaba con una titularidad respecto a un predio, era muy difícil que llegarán a acceder a ellos, en razón de la conservación de dichos bienes en el patrimonio familiar, circunstancia también asociada al culto de sus difuntos.

Incluso tomando esta idea, se puede plantear que desde esta época se empieza a promover un cambio de conciencia referente a la permanencia en la titularidad de los predios itálicos, para pasar a un intercambio más fluido de dichas *res*, el primer criterio se visualizaba en la época arcaica, ya que, se conservaban en manos de la misma familia por una larga tradición, entre éstas, la de rendir culto, esto se puede inferir de la opinión de Gayo, respecto a la *usucapio pro herede*.

Tomando en cuenta la idea base planteada anteriormente, ahora corresponde examinarla en relación con lo que se ha denominado en este trabajo como señoríos jurídicos potenciales, entre los que pueden mencionarse el caso de las servidumbres rústicas, cuáles brindaron un gran desarrollo al predio dominante bajo una economía basada en lo relativo a la ganadería, las siembras y cosechas de distintas especies.

Es más, me parece que tal como se planteo en el Cap. III. Subt. 3.2.1.1., de no haber existido esta institución no habría tenido lugar el desarrollo del mundo agrario y ganadero romano, pues en el intertanto del proceso de cambio de paradigma económico, fue modificada en la primera época clásica o inicial, según lo señalado por D'Ors, alrededor del año 50 A.C., mediante la dictación de la *lex scribonia*, la que derogaba la usucapión de las servidumbres y así pasaban de ser *res mancipi* a convertirse en un *iura*.

En base a ello, parece razonable sostener el surgimiento posterior de las servidumbres urbanas, las que validaron el criterio aplicado por la *lex* antes reseñada, ya que, no requerían una base corpórea para su ejecución.

Sin perjuicio, que en un principio, la diferencia entre servidumbres rústicas y urbanas no tuvo criterios territoriales, con el tiempo se fue masificando el desarrollo de la ciudad, lo que se deduce de lo señalado en el Cap. III. Subt. 3.2.1.1., pues se observan en plena época clásica central, las primeras bases para las servidumbres con fines urbanísticos en la ciudad

de Constantinopla, circunstancias que según mi opinión, también contribuyen al cambio de paradigma económico.

Junto a esto, creo oportuno referirme a la factibilidad de la aplicación como modo de constituir servidumbres en la época clásica, de la destinación del padre de familia, esto es tratado en el Cap. III. Subt. 3.2.1.3. Este caso me parece discutible, respecto al de la *traditio*, ya que, indistintamente a que fuese permitido o no, esta forma tácita de constitución, el enajenante, en ciertos casos pudo reservarse este gravamen, con lo cual, a lo menos, se visualiza el mismo resultado a través de otros medios. No obstante concuerdo con el planteamiento de Guzmán, en cuanto a que en este período lo esencial de las servidumbres es la voluntariedad en su constitución, lo que hace impensada la aplicación de esta forma en esta época.

Otro caso interesante se produjo con el usufructo, el que permitía la entrega de atributos de uso y disfrute de una *res* a un tercero, en base al Cap. III. Subt. 3.2.2, y Sig. Esta figura tuvo en un principio un perfil familiar - alimentario bajo el mundo agrario, para luego evolucionar a un contenido más comercial, como se ha señalado que ocurrió en la época clásica. Esto se vio reflejado en su constitución, a través de formas entre vivos y por la posibilidad de recaer sobre muebles, ya que, por su primitivo carácter familiar, sólo podía constituirse sobre inmuebles por vía mortis causa.

Respecto a esta materia, me parece interesante detenerme en la posible cesión del usufructo y del cuasiusufructo, el primero de estos casos, fue tratado en el mismo Cap., y Subt., citado anteriormente, en éste se expuso, que la mayoría de los autores se encuentran de acuerdo con la traslación del ejercicio del usufructo a otra persona en la época clásica, incluso con la posibilidad de arrendarlo.

Esta situación me parece de toda lógica, ya que, desde los comienzos del usufructo, la finalidad buscada era otorgar al usufructuario un beneficio o utilidad y éste al entregar su ejercicio o arrendarlo, obtenía un rédito, es decir, un fruto civil, el que podía adquirir.

Sin embargo, en el Cap. III. Subt. 3.2.2., hemos recogido el planteamiento de Petit en cuanto a que el *Pretor* permitió la cesión e incluso su hipoteca con una duración máxima hasta la vida del usufructuario; según mi parecer, en esta época no existió un *dominium* sobre el usufructo, por lo cual sería descartable como regla general, pero en estricto rigor, no desecho la posibilidad de forma excepcional que ocurriera lo anterior, en razón de la finalidad que tenía esta figura.

Es más, en relación a lo anterior, puede entenderse esta excepción en caso que el *Pretor* y sus asesores al momento de examinar las circunstancias del caso de un usufructuario de predio, que no contará con las herramientas y condiciones suficientes para obtener provechos de éste. No aplicarán en su análisis las lógicas del mundo agrario, del derecho

quiritario y pusieran real atención en las circunstancias del usufructuario y tratarán de proveerle la posibilidad de adquirir recursos, mirando un afán más comercial, eso sí, siempre teniendo presente el no perjudicar al *proprietarius* de la *res*, fijando como condición, el no exceder la vida del titular.

Junto con lo anterior, otro elemento que abogó a mí entender en una dinámica comercial del mundo romano, fue el establecimiento de la figura denominada cuasiusufructo, tratado en el Cap. III. Subt. 3.2.2.7., esto en base a una jurisprudencia abierta, comprometida e integrada con la sociedad romana, que hizo propia una necesidad de la vida práctica, con el fin de proteger el desmedro que sufría el titular respecto a la imposibilidad de entregar bajo usufructo las *res* consumibles; situación que en el mundo agrario no generaba debate, dado que, ese tipo de *res* daban lugar a una *res nec mancipi*.

Esta circunstancia a mi parecer, es integrada además de la sagacidad de la jurisprudencia, por la pérdida en la obtención de recursos que se producía al usufructuario, dado que, no contaba con este tipo de *res*; siendo que el mobiliario en esta época, fue tomando cada vez mayor valor ante los ojos de la sociedad.

Por todo lo anterior, dichos señoríos fueron tremendamente importantes para Roma y produjeron una serie de cambios.

Como la evolución del paradigma económico del mundo del agro a una sociedad comercial, el que tuvo como pilar fundamental la clasificación de *res mancipi* y *res nec mancipi*, pero con este progreso adquirieron gran relevancia también las cosas muebles e inmuebles. Además se generaron con el tiempo mejores expectativas en la calidad de vida y junto a esto, se produjo un cambio de mentalidad por factores culturales, pues Roma comenzó a comerciar por las distintas rutas, caminos terrestres y marítimos, construidos y mantenidos desde los tiempos de las conquistas romanas.

En razón de lo señalado en el Cap. I. Subt. 1.2.2., este cambio de paradigma permitió un cambio social y cultural que propició la influencia de las provincias en las costumbres romanas, atrayendo a sus habitantes a Roma, en base al estatuto intermedio que comenzó a generarse para los no romanos, los que contaban con ciertas capacidades en lo referido a *ius*, como por Ej., el *ius commercii*, *ius connubii*. Incluso en algún momento de la época clásica tardía conformaron el consejo imperial.

Corresponde referirse a la segunda de las ideas planteadas en la introducción de este trabajo, relativa a “verificar si fue posible con señorías jurídicos regulados flexiblemente, lograr soluciones a las diferentes problemáticas planteadas por la sociedad romana, sin necesidad de realizar cambios mayores a los marcos prefijados”.

En razón de la idea anterior, me parece que esta afirmación es verdadera, en base a los siguientes antecedentes que paso a explicar, los cuales se encuentran recogidos en el Cap. II. Subt. 2.4.

En la etapa arcaica, la regulación de todas las instituciones se realizaba a través de la *lex de las XII Tablas*, y sus procedimientos eran extremadamente rígidos, rituales y sacramentales. Con el paso del tiempo y en particular en la época clásica, se produjo una gran apertura del derecho a consecuencia de la aparición de la figura del *Pretor*, quien, sin ser un gran sabio del derecho, pues no tuvo dicha formación por regla general, según lo expuesto por Guzmán contaba con una mentalidad y creatividad a toda prueba, ya que, con distintas herramientas avaladas por él, como *acciones*, *remedios parajurisdiccionales* y otros, intentó lograr cierta ductibilidad o flexibilidad del derecho de los quirites, con el fin de hacerlo evolucionar de la mano de la realidad social de su época.

Este objetivo fue muy importante en lo que se refiere a la paz social y al bien común de Roma, es más, tal es la trascendencia de su importancia, que Savigny los fija como el fundamento del amparo de la posesión, según lo analizado en el Cap. II. Subt. 2.3.4., pues, en razón de ello se puede sostener que esta acción permitió propagar entre los romanos una sensación de que las distintas instituciones jurídicas cumplían el objetivo de proteger las diferentes circunstancias que tuvieran mérito para ello, dado que, si sólo se amparaba lo señalado por el derecho de los *Quirites*, claramente existiría un gran vacío respecto al resguardo de las personas, situación que afectaría

de manera directa a todo aquel que quisiera valerse de algún modo de protección, esto era lo que trataba de evitar el *Pretor*.

En razón de lo anterior, el *Pretor* obtuvo otro propósito, cual fue el de no requerir modificar el ordenamiento vigente, ya que, el *Pretor* con sus *acciones honorarias, pretorias y/o remedios parajurisdiccionales*, logró dar protección a todas las situaciones que la merecían, estuviesen o no amparadas por la *lex de las XII Tablas*, es más, algunas de estas realidades pudieron no estar presentadas en su edicto, pero si estimaba que debían acogerse, creaba un *edicto repentino* generalmente a través de una *actio in factum* u otra acción o remedio, siempre con el objetivo de no dejar desprotegida a ninguna persona que mereciera resguardo respecto algún asunto.

Por esta circunstancia a mi juicio, en la Roma clásica, no fue necesario que el *Pretor* dictara edictos diarios o semanales o se creara una gran cantidad de leyes en el ámbito privado, ya que, se confiaba en su criterio.

Esta es la razón por la que la historiografía menciona que el derecho romano logró su mayor ímpetu en esta etapa; pero es de justicia señalar que el *Pretor* no trabajaba solo, ya que, se apoyaba de forma determinante en la casta de jurisperitos, quienes eran libres en su ejercicio y en base al Cap. II. Subt. 2.4., entregaron dos grandes elementos al mundo clásico romano, como fueron, la técnica jurídica, en relación con sus conocimientos de los distintos ámbitos del derecho privado romano,

concibiendo diferentes interpretaciones y soluciones a los casos particulares, las que se entregaban tanto a las autoridades como a los particulares y el método finalista, que fue utilizado en las diferentes regulaciones. Ambos elementos permitieron lograr el mayor tesoro al que se puede aspirar por una sociedad en el ámbito del derecho, es decir, el respeto por la esencia de sus instituciones.

Estas circunstancias generaron reglas básicas para todos los integrantes de la sociedad romana, las que continuamente se modificaban con el objetivo de proveer soluciones a los distintos problemas, otorgando herramientas y directrices que permitiesen sintonizar la realidad práctica social con las instituciones ya creadas.

En razón de lo antes presentado, crearon un puente entre ellas, utilizando como pavimento la confianza que existía en el criterio de un estamento de *jurisprudentes* y el *Pretor*, ya que, se requerían dichas muestras de fidelidad por la sociedad, pues las regulaciones eran prescritas con criterios finalistas, es decir, sin describir de forma completa y exhaustiva las situaciones que se señalaban, pues posteriormente debían hacer el análisis del caso concreto.

En razón de lo anterior, la confianza que existió por parte de los romanos en la función del *Pretor* y sus asesores, puede explicarse en los criterios de aplicación del caso concreto, los que no eran motivados por afanes negativos o arbitrarios, siendo factible dicha circunstancia; pues no

existieron criterios generales según materias, sino que éstos se basaban en el análisis casuístico.

Por estas razones, el *Pretor* y los jurisperitos con sus distintas herramientas como el *dominium bonitario*; *las acciones honorarias*; *las acciones in factum*; *útiles o ficticias*; *con transposición de personas* y los *remedios parajurisdiccionales*. Lograron aprovechar las instituciones existentes en la Roma clásica y las desarrollaron en todo su potencial y sólo en casos de convicción absoluta, crearon nuevas, las que generalmente se creaban en comparación a las existentes.

El *Pretor* debía comprender la realidad social romana para administrar de mejor forma la justicia, con tal finalidad se apoyaba en los jurisperitos tratando así de equilibrar su falta de formación jurídica, esto con el objetivo de aplicar con claridad las figuras procesales correspondientes a las diferentes circunstancias predeterminadas; incluso en casos no previstos por el *derecho de los quirites*, siempre que tuviera la convicción, que la situación merecía amparo.

Es por esto último, que, el *Pretor* logró la evolución y flexibilidad del *derecho quiritario* respecto a la sociedad romana.

Con todo, por los resultados logrados en esta investigación y teniendo presente que pueden faltar elementos para un juicio categórico, pues ninguno de nosotros fue testigo presencial de la época clásica romana, debo

señalar que las ideas planteadas al inicio de este trabajo, han sido comprobadas a mi juicio, en gran medida.

Finalmente y en cuanto al aporte de este trabajo a la disciplina del derecho romano, mi idea ha sido simplemente generar una investigación de lectura simple, presentado distintos planteamientos respecto a cada una de las materias tratadas.

FUENTES

1.- GAYO. *Instituciones Jurídicas de Gayo*. Texto y Traducción por Francisco Samper. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2000.

2.- JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García Del Corral. Barcelona, España. Imprenta <<La ilustración Ibérica>>, año 1889 – 1898, volumen I, II, III.

3.- JUSTINIANO. *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana por Álvaro D'Ors, F. Hernández – Tejero, P. Fuenteseca, M. García – Garrido y J. Burillo. Pamplona, España. Editorial Aranzadi, año 1968 – 1975, Tomo I, II y III.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ARANGIO – RUIZ VINCENZO. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la décima edición Italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires, Argentina. Editorial De Palma, año 1952.
- 2.- ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J. A. *Derecho Romano*. Quinta reimpresión de la décima octava edición, Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, año 1995 (Décima Octava Edición 1986), tomo I.
- 3.- ÁVILA MARTEL ALAMIRO DE. *Derecho Romano*. Reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 1994 (Segunda Edición 1992).
- 4.- DI PIETRO ALFREDO y LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE. *Manual de Derecho Romano*. Reimpresión de la tercera edición, Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma, año 1983 (Tercera Edición 1982).

- 5.- D'ORS ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*. Novena edición y revisada. Pamplona, España. Editorial Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra S.A., año 1997.
- 6.- D'ORS ÁLVARO. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona, España. Publicaciones del estudio general de Navarra XXIII, año 1960.
- 7.- DURUY V. *Compendio de Historia Romana*. Edición con grabados y mapas, versión española por D. Mariano Urrabieta. París, Francia. Editorial Librería de Hachette y Cía., año 1904.
- 8.- FERNÁNDEZ DE LEÓN GONZALO. *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Sea, año 1962.
- 9.- GUTIÉRREZ ALVIZ D. FAUSTINO. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid, España. Instituto Editorial Reus, año 1948.
- 10.- GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*. Reimpresión de la primera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 1997 (Primera Edición 1996), tomo I.
- 11.- GUZMÁN BRITO ALEJANDRO. *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*. Santiago, Chile. Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, año 2000.

12.- IGLESIAS JUAN. *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*. Quinta edición revisada y aumentada. Barcelona, España. Ediciones Ariel, año 1965.

13.- JORQUERA F. FRANCISCO. *Derecho Romano*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 1953, tomo I.

14.- JÖRS PAUL. *Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel. Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, reimpresión de la primera edición. Barcelona, España. Editorial Labor S.A., año 1965 (Primera Edición 1937).

15.- PETIT EUGENE. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Ferrandez González con una introducción sobre la importancia del derecho romano por Rudolf Von Ihering. Buenos Aires, Argentina. Editorial Albatros, año 1983.

16.- SAMPER FRANCISCO. *Derecho Romano*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso Universidad Católica de Valparaíso, año 1975.

17.- SCHULZ FRITZ. *Derecho Romano Clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, España. Editorial Bosch, año 1960.

18.- VILLEY MICHEL. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso Universidad Católica de Valparaíso, año 1976.

19.- VOLTERRA EDUARDO. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez. Reimpresión de la primera edición. Madrid, España. Editorial Civitas S.A., Año 1991 (Primera Edición 1986).

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA

1.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA Y DE SINÓNIMOS (en línea) (<http://www.elmundo.es/diccionarios/>).

2.- MEGÍAS, JOSÉ JUSTO. *EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO ROMANO (UN ESTADO DE LA CUESTIÓN)*. *Rev. estud. Hist.-juríd.*, año 2003, no.25, p.35-54. (En línea) (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552003002500002&lng=es&nrm=iso). ISSN 0716-5455.

3.- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *HISTORIA DE LA DENOMINACIÓN DEL DERECHO-FACULTAD COMO "SUBJETIVO"*. *Rev. estud. Hist.-juríd.*, año 2003, no.25, p.407-443. (En línea) (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552003002500011&lng=es&nrm=iso). ISSN 0716-5455.

4.- SOZA RIED, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *LA "INSINUATIO" Y LA "TRADITIO" INMOBILIARIA EN EL DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO*. *Rev. Estud. Hist.-juríd.*, año 2003, no.25 (en línea),

p.55-89.

([http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552003002500003&lng=es&nrm=iso)

552003002500003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455.

ÍNDICE

PÁG

.- INTRODUCCIÓN IV - VIII

CAPÍTULO I

“LA RES Y LOS SEÑORÍOS JURÍDICOS”

1.1.- TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE RES, COSA, BIENES Y PATRIMONIO	1 a 4
1.2.- ESTATUTOS JURÍDICOS DE LAS COSAS	4
1.2.1.- Res extra commercium y res intra commercium	5 a 17
1.2.2.- Res Mancipi y res nec Mancipi	18 a 22
1.2.3.- Res fundi y res ceterae	22 a 23
1.3.- CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS	23
1.3.1.- Cosas fungibles y no fungibles	23 a 24
1.3.2.- Cosas específicas y genéricas	24 a 25

1.3.3.- Cosas consumibles y no consumibles	25 a 26
1.3.4.- Cosas divisibles y cosas indivisibles	26 a 27
1.3.5.- Cosas principales y cosas accesorias	27 a 28
1.4.- QUÉ ES UN SEÑORÍO JURÍDICO, POSIBLE CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN	29 a 40

CAPÍTULO II

“SEÑORÍO JURÍDICO PLENO”

2.1.- ORIGEN Y TERMINOLOGÍA	41 a 44
2.2.- REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS	
2.2.1.- Requisitos	44 a 45
2.2.2.- Características	46 a 48
2.3.- ELEMENTOS O ATRIBUTOS	48
2.3.1.- Uti o uso	48 a 49
2.3.2.- Fruit o frutos	49 a 56
2.3.3.- Habere o disposición	57 a 58
2.3.4.- Possidere o posesión	58 a 72
2.4.- POSIBLE CONCEPTO DE DOMINIUM	73 a 79
2.5.- TIPOS DE DOMINIUM	79
2.5.1.- Dominio quiritarario o civil	79 a 81
2.5.2.- Dominio bonitario o pretorio	81 a 85
2.5.3.- Dominio provincial	86 a 90
2.5.4.- Dominio peregrino	91 a 92
2.6.- ALGUNOS MODOS DE ADQUIRIR	92 a 95

	2.6.1.- Modos del derecho de los quirites		
	2.6.1.1.- In iure cessio	95	a 98
	2.6.1.2.- Mancipatio	98	a
106			
	2.6.1.3.- Usucapio	106	a
109			
	2.6.1.3.1.- Requisitos	110	a
120			
	2.6.1.3.2.- Casos de Usucapio clásica sin justa causa, ni buena fe	120	a
122			
	2.6.1.3.3.- Successio in possessionem y Accessio possessionis	122	a
123			
	2.6.1.3.4.- Longi temporis praescriptio	123	a
130			
	2.6.2.- Modos del derecho natural		
	2.6.2.1.- Ocupación	130	a
134			
	2.6.2.1.1.- La caza	135	a
136			
	2.6.2.1.2.- La pesca	137	
	2.6.2.1.3.- Animales fieros y amansados	137	

	2.6.2.1.4.- Tesoro	137	a
139			
	2.6.2.1.5.- Captura bélica	139	
	2.6.2.2.- Traditio	140	a
144			
	2.6.2.2.1.- Requisitos	145	a
151			
2.7.- ALGUNAS FORMAS DE DEFENSA			
	2.7.1. Reivindicatio	152	a
157			
	2.7.1.1.- Restitución	157	a
162			
	2.7.2.- Actio negatoria	162	a
164			
	2.7.3.- Actio ad exhibendum	165	a
167			
	2.7.4.- Acción publiciana	167	a
169			
	2.7.5.- Exceptio rei venditae et traditae	170	a
171			
	2.7.6.- Exceptio doli	171	a
173			
	2.7.7.- Interdicto uti possidetis	173	a
175			

2.7.8.- Interdicto utrubi	176	a
177		
2.7.9.- Interdicto unde vi	177	a
179		
2.7.10.- Interdicto unde vi armata	179	a
182		
2.7.11.- Interdicto quod precario	182	
2.7.12.- Interdicto sectorio	182	a
183		
2.7.13.- Actio de tigno iuncto	183	a
184		

CAPÍTULO III

“SEÑORÍOS JURÍDICOS POTENCIALES”

3.1.- ORIGEN, ELEMENTOS O ATRIBUTOS	185	
3.2.- ALGUNOS SEÑORÍOS JURÍDICOS POTENCIALES	185	
3.2.1.- Servidumbres	186	a
188		
3.2.1.1.- Orígenes	188	a
189		
3.2.1.2.- Características	189	a
190		

194	3.2.1.3.- Formas de constitución	191	a
196	3.2.1.4.- Modos de extinción	194	a
198	3.2.1.5.- Tipos de servidumbres	196	a
201	3.2.1.6.- Protección o amparo	198	a
204	3.2.2.- Usufructo	201	a
205	3.2.2.1.- Orígenes	204	a
	3.2.2.2.- Características	205	
209	3.2.2.3.- Beneficios del usufructuario	206	a
210	3.2.2.4.- Obligaciones del usufructuario	209	a
211	3.2.2.5.- Formas de constitución	210	a
213	3.2.2.6.- Modos de extinción	211	a
215	3.2.2.7.- Cuasiusufructo	213	a
218	3.2.2.8.- Protección o amparo	215	a

3.2.3.- Uso	218	a
220		
3.2.4.- La habitación	221	
CONCLUSIONES	222	a
245		
FUENTES	246	
BIBLIOGRAFÍA	247	a
250		
BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA	251	