

LA PROPIEDAD PRIMITIVA DE LAS “RES NEC MANCIPI”

INTRODUCCION

El enunciado que encabeza nuestro trabajo muestra claramente la dificultad del tema. Analizar la situación jurídica de la arcaica categoría de las *res nec mancipi* vale tanto como adentrarse en el oscuro y a veces proceloso océano de la historia jurídica de la Roma primitiva, sobre la cual la carencia de fuentes coetáneas ha permitido que se desencadene lo que Von Mayr calificó de vendaval del escepticismo.

No son escasas, como veremos en el curso de este estudio, las teorías que a propósito de la calificación exacta de las *res nec mancipi*, como objeto de derechos subjetivos, se han forjado; mas para que ello sirva también como justificación del plan que adoptamos, queremos destacar cómo, generalmente, se ha querido resolver la cuestión, con un enfoque demasiado unilateral, excluyendo la consideración del panorama conjunto de la posible vida económica y jurídica de las épocas primeras de la urbe romana, lo que fatalmente ha conducido a soluciones que ni resisten el contraste con los resultados obtenidos por el método comparativo aplicado a los pueblos de la antigüedad, ni satisfacen plenamente a la luz de la investigación filológica.

Esta es la razón de que, observando el índice de los ca-

pítulos que integran este estudio, pueda parecer que se tratan cuestiones apartadas de su finalidad directa e inmediata; sin embargo, si aquí tratamos, en los límites que nos son precisos y útiles, temas como los del *nexum*, *mancipium*, etc., es a fin de que la visión plena de fenómenos sociales y jurídicos de la Roma primitiva evite, en la medida de lo posible, la desviación, tan fácil en el terreno de lo hipotético, del criterio metodológico.

I.—RES MANCIPI Y RES NEC MANCIPI.

La fuente jurídica más antigua que nos habla de una clasificación ya existente en cosas mancipables y no mancipables, son las Instituciones de Gayo, I, 120, que señalan como cosas que son vendidas por medio de la mancipación: los esclavos y las personas libres¹, algunos animales, como los caballos, bueyes, mulos y asnos, y los predios itálicos, tanto rústicos como urbanos.

En las Instituciones del mismo autor, II, 14.^a, encontramos una laguna, precisamente en la enumeración de las cosas mancipables, laguna que puede ser fácilmente suplida utilizando, sin salirnos de las Instituciones gayanas, el pasaje II, 16, que al enumerar los animales que, por ser bestias, no están incluidos en la categoría de las cosas mancipables, alude a un criterio no expresado en I, 120, en orden a la posibilidad de inclusión de animales en la categoría de las cosas mancipables, el de su doma: "*Et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent.*"

En los "*Tituli ex corpore Ulpiani*", XIX, 1, encontramos una exposición breve y didáctica, como corresponde al estilo general de la obra, de las cosas mancipables y no mancipables. Nos interesa destacar de esta fuente, únicamente, que los títulos de Ulpiano, que tanta semejanza ofrecen con las Instituciones de Gayo, al punto de hacer viable la teoría de

1 Este punto será oportunamente tratado.

Arangio Ruiz en favor de su identificación como un epítome de las Instituciones gañanas², al explicar por qué los elefantes y los camellos, aunque se doman, no son cosas mancipables, no nos dice, como Gayo, que la razón sea que estos animales no eran conocidos en el tiempo en que se hizo la distinción, lo que da sobrada base para suponer que la explicación de Gayo no fué recogida por Ulpiano sencillamente porque es posterior, de origen postclásico.

El texto del libro XII de las respuestas de Papiniano, conservado a través de los fragmentos del Vaticano, frag. 259, sobre los efectos de la donación de una mujer, sin la *auctoritas* de su tutor, de cosas mancipables, no proporciona ningún dato nuevo en orden a su clasificación³.

Nosotros no hemos de ocuparnos de las variadas teorías que sobre la clasificación de las *res Mancipi* y *nec Mancipi* se han formulado, lo que daría lugar a un trabajo especial⁴; simplemente queremos, por ser ello inexcusable, fijar nuestro punto de vista.

Existe una antigua teoría, que fué formulada por el holandés Meerman⁵, acogida entre los italianos por Bonfante principalmente⁶ y entre los alemanes por B. Kübler⁷ y

2 Cfr. *Bull dell' Ist. di Dir. rom.*, pág. 178. 1921, y *Storia del Diritto romano*, pág. 295, 3.ª ed. (Hay trad. esp. de F. PELSMARKER.)

3 Obras alusivas a la clasificación: Entre las fuentes jurídicas, podemos citar: *Frag. Vat.* 1-293-313; y en las extrajurídicas: *Cic. pro. Mur.*, 23; *pro. Fl.*, 32, 79-80; *Top.* V, 28, y BEOCIO en los comentarios a los "Tópicos de Cicerón". (*Patr. Lat.*, t. 64.)

(4) Para su más completa exposición hasta 1888, cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, t. I, pág. 31 y ss., en el que, como omisión importante, sólo encontramos la de FRESQUET, *R. II. D.* (1857), cuya tesis hubo de seguir VON MAYR. *Röm. Rechtsgeschichte*, tomo I, pág. 39. Las principales teorías modernas serán analizadas a través del presente estudio. Sobre el origen etimológico de los términos "res Mancipi", *Digesto italiano*, vocablo citado, y *Studia et documenta*, pág. 434. 1937.

5 *Diatriba exhibens nonnullas de r. m. et n. m. earumque mancipatione coniecturas*. Lugd. Bat., 1741.

6 *Corso di Diritto romano*, I, 1., pág. 180. 1926.

7 *Geschichte des R. R.*, pág. 39. 1925.

Wlassak⁸, que pretende enraizar la distinción en un criterio de valoración agrícola.

Modernamente esta teoría ha sufrido duros ataques por algunos autores, como De Visscher⁹, Monier¹⁰, Perozzi¹¹, etc. Examinemos primeramente las razones que abonan la teoría del fundamento económico-agrícola o social-agrícola, que es con el matiz que se presenta en Bonfante, y después analizaremos las principales objeciones que se le han formulado.

En favor de la idea de la primitiva civilización agrícola de Roma abundan los argumentos.

Observemos, en primer lugar, la lenta progresión de las instituciones que habrían sido necesarias para un pueblo comerciante, ya que los antiquísimos *collegia opificum* eran compatibles con la economía agrícola.

El primer tratado con Cartago no tuvo otra finalidad que la política.

En la terminología latina encontramos frecuentes huellas de un período intensamente agrario; así: *Detrimentum*, de *terere frumentum*, *emolumentum*, de *molere frumentum*.

Igualmente la primitiva concepción de los frutos como productos periódicos naturales destinados a la alimentación del hombre¹², nos habla de una economía fundamentalmente agraria.

Los datos históricos que poseemos nos hablan de un primer momento en el Lacio en que prepondera la ganadería sobre la agricultura, abundaba la leña por la exuberancia de los bosques¹³ y los pastos son abundantísimos¹⁴.

El cambio se operó no sólo por la penetración etrusca

8 *Studien zum altröm. Erb. und Vermächtnisrecht* (A. K. der-Wiss. in Wien. Ph-Hist. Kl. Sitzungber. t. 215; 2), págs. 61-62.

9 *Studia et documenta*, págs. 264 y ss. 1936.

10 *Manuel elem.*, 3.ª ed., t. I, pág. 457.

11 *Ist.* 2.ª ed., t. I, pág. 605, n. 1.

12 HUVELIN, *Cours*, t. I, pág. 526. Paris, 1927.

13 TEOFRASTO, *Hist. plant.* V. 8.

14 *Dionisio de Halicarnaso*, t. II, 2, 1.

(De Visscher), sino también por la inmigración sabina en la época regia.

Mas los ataques a la teoría que pone el fundamento de las cosas mancipables y no mancipables en la agricultura no se dirigen directamente a combatir la idea de la primitiva civilización agrícola romana, sino a negar destino agrícola a muchos de los elementos que figuran en la categoría de las *res mancipi*.

Así, el caballo se estima que no podía ser considerado por los antiguos más que como animal de guerra y uso personal de su propietario¹⁵.

Cagnat¹⁶ nos muestra que el caballo también se podía emplear para menesteres tan íntimamente relacionados con la agricultura como el accionar el molino para la molturación del grano.

Tanto De Visscher como Lefebvre des Nöettes consideran este medio de mover el molino como una excepción frente a la regla general que sería la molturación a brazo; para nosotros, el relieve que figura reproducido en la obra de Cagnat tiene un valor suficiente: el de negar exactitud a la rotunda afirmación de De Visscher¹⁷ "*jamais dans l'antiquité le cheval n'a été employé au travail agricole*".

Los versos de Horacio:

*Optat ephippia bos piger, optat arare caballus
Quam scit uterque, libens, censebo, exerceat artem*

aluden a la figura del caballo que tira del arado; en cambio, no se opone en nada al destino a otros trabajos íntima y directamente relacionados con el cultivo de la tierra.

La razón de no estar incluidos entre las cosas mancipables las cosechas ni el ganado menor será expuesta en el capítulo III.

15 DE VISSCHER, l. cit.

16 *Manuel d'Archéologie*, R., II, pág. 232, fig. 478.

17 Ob. cit., págs. 268-269.

Por lo que respecta al arado, creemos que su exclusión no debe extrañar si la clasificación se enfoca con una total visión de estimación económica y agrícola. Dada la simplicidad y sencillez del arado primitivo ¹⁸, es natural que, pese a su evidente destino agrícola, la mínima importancia económica de su producción lo mantuviese apartado del régimen jurídico que expondremos en el capítulo siguiente.

Ahora bien; las cuatro especies de animales que se citan como cosas mancipables, ¿tuvieron en todo caso esta calificación jurídica?

Al pasaje de agricultura de Catón (c. 138), "*Boves feriis coniungere licet... mulis equis asinis, feriae nullae nisi in familia sunt*", no le encontramos más que una explicación: que los bueyes "ordinariamente" eran *res mancipi* y las mulas, caballos y asnos únicamente cuando estaban destinados a la agricultura.

La discusión de proculeyanos y sabinianos sobre el momento en que empieza la cualidad de *res mancipi* en los animales, revela que no en todo caso y supuesto bueyes, caballos, mulas y asnos eran considerados como cosas mancipables. La tesis proculeyana, que considera a los animales cosas mancipables sólo cuando están domados, se aproxima al criterio que defendemos, ya que mucho más difícilmente se puede concebir la utilización del caballo que no está perfectamente domado para trabajos relacionados con el cultivo de la tierra ¹⁹ que para la guerra. Por consiguiente, caballos, mulos y asnos (respecto de estos últimos se admite mejor su dedicación a faenas relacionadas con la agricultura) serían cosas mancipables únicamente si estaban destinados a

18 Cfr. CAGNAT, ob. cit.

19 El uso del caballo como medio de transporte entre aldea y aldea en la prehistoria italiana, transporte en el que naturalmente figurarían en importante proporción los productos agrícolas, ha sido puesto de relieve principalmente por GIOVANNI PATRONI, *Dati dell' Archeologia preistorica*, en *Studi in onore di Enrico Besta*, vol. IV.

las faenas del campo. Por lo que respecta a los bueyes, pudiera deducirse del pasaje de Catón que en todo caso serían *res mancipi*.

El texto de Varrón ²⁰, en que se habla de la tradición para la transferencia de la propiedad de bueyes, no permite la solución anteriormente expuesta, ya que deja abierta la posibilidad de que los bueyes, en algún caso, no sean cosas mancipables.

La dificultad creemos que ha de ser resuelta viendo una confirmación del destino agrícola, como criterio diferenciador, en lugar del de la doma ²¹, ya que sabemos positivamente que el buey no era utilizado siempre entre los primitivos pobladores del Lacio en los trabajos agrícolas.

II.—EL PROBLEMA DEL NEXUM.

En el estudio del problema del alcance y contenido del primitivo negocio jurídico, de que con el nombre de *nexum* ¹ nos hablan las fuentes, hemos creído encontrar alguna luz para la visión más exacta de la propiedad primitiva romana.

La teoría tradicional en torno al *nexum*, o sea la de considerarlo como un préstamo celebrado con las solemnidades de los actos *per aes et libram*, y en el que la obligación

²⁰ De *Re rustica*, II, 1.

²¹ Tesis de GROSSO, *Le cose*, pág. 208.

¹ La bibliografía sobre el *nexum* es abundantísima. HUSCHKE, *Über das Recht des nexum* (1846); MITTEIS, *Z. S. S.*, XXII (1901), págs. 96 y ss.; *Z. S. S.*, XXV (1904), págs. 282-283; *Z. S. S.*, XXIX (1908), págs. 498 y ss.; *Röm. Privatr.* (1908), págs. 137 y ss., 429 y ss.; LENEL, *Z. S. S.*, XXIII (1902), págs. 84 y ss.; *Z. S. S.*, XXV (1904), págs. 388-399; MOMMSEN, *Z. S. S.* (1902), págs. 348 y ss.; KLEINEIDAM, *Personal exekution der Zwölftafeln* (1904); *Lex Poetelia, Festschrift, f. Dahn*, 1905, págs. 1 y ss.; SCHLOSSMANN, *Altröm Schuldr* (1904); STINZING, *Nexum Mancipiumque* (1907); KRETSCHMAR, *Z. S. S.*, XXIX (1908), págs. 227 y ss.; *Z. S. S.* (1909), págs. 62-64; GRADENWITZ, *Melanges Girard*, I, pág. 505 y ss., y los conocidos trabajos de MARCI, SIBER, LEVY-BRUHL, KOSCHAKER, LUZZATO, etc.

de restituir nace de una *damnatio*, de una fórmula solemne pronunciada por el acreedor contra su deudor², sufrió, como es sabido, grave ataque por parte de Mitteis³, Schlossmann, Huvelin, etc., que ven en el *nexum* más bien un acto de mancipación fiduciaria o de automancipación condicional. Mitteis percibió ya una dualidad entre *nexum*, contrato generador de obligaciones, y *nexi*, ciudadanos prisioneros de un acreedor. Esto fué explicado por Mitteis recurriendo a su conocida hipótesis de la *mancipatio*, que, como procuraremos demostrar, encierra un error de perspectiva histórica. Mitteis vió en el *nexum* un contrato real de mutuo, que supone al mismo tiempo una *mancipatio*, condicional del deudor. Esta concepción sirve a Mitteis para explicar la situación desde el comienzo y antes del vencimiento de la deuda que, como veremos más adelante, es el punto eje de la cuestión. Mas no es una explicación satisfactoria, teniendo en cuenta el carácter simple de los efectos jurídicos producidos por los negocios formales primitivos.

El profesor italiano Pacchioni⁴ se ha aproximado a la doctrina de Mitteis, no obstante reconocerla no aceptable en su totalidad. Pacchioni rechaza la idea del *nexum* como contrato de préstamo provisto de fuerza ejecutiva, basándose: 1.º En que si el mutuo hubiese sido simplemente un mutuo solemne con fuerza ejecutiva no hubiera podido dar lugar a tantas iras y recriminaciones, como tenemos noticia que suscitó, ya que la ejecución personal sería tan penosa procediendo de un contrato solemne en el que figurase una *damnatio* del acreedor como derivándose de una resistencia. 2.º En la referencia de Tito Livio a propósito de los *nexi*,

2 HUSCHKE, BEKKER, KÜBLER, SENN, BERTOLINI, EISELE, ZU-
LUETA...

3 Z. S. S., XXII, pág. 128, y Z. S. S., XXV, pág. 282, seguido, entre otros, por KLEINEIDAM, MARCHINI, HUVELIN... Modernamente, ARANGIO RUIZ, *Ist.*, pág. 286.

4 MELANGES GIRARD, t. II, págs. 319 y ss.

en que éstos se lamentan no tanto de su condición de *nexi*, sino del abuso que de su situación hacían los acreedores. “Nosotros no somos—decían—asignados al servicio de nuestros acreedores únicamente, sino que somos tratados por ellos *in carcerem, incarneficinam*.” Frases de las que resulta que los deudores se lamentan no tanto de su situación de *nexi*, como del abuso que de su estado se hacía por los acreedores.

—Era, pues—dice Pacchioni—, de un estado de hecho del que los deudores se lamentaban, y de un estado de hecho que se verificaba durante el tiempo que estaba pendiente su deuda.

Lenel ⁵, apoyándose en fuentes extrajurídicas clásicas (en especial Cicerón) y en comentaristas del siglo VI, afirmó que las frases *nexum mancipiumque*, de las XII Tablas, significaban los dos aspectos de un acto único, según evidenciaba la conjunción *que*. Eisele pudo demostrar con repetidos ejemplos tomados del código decemviral ⁷ que la conjunción *que* desempeña también un papel de separación ⁸.

En el curso de este trabajo estudiaremos la unión entre *nexum* y *mancipium*, que representa no una identidad objetiva, sino una relación histórica.

A. Segré ⁹ estima que el término *nexum* designa “ligámenes jurídicos de especie desaparecida”.

Betti ¹⁰ ve en el *nexum* un negocio jurídico que tiene por fin poner al servicio del acreedor el trabajo del deudor o también de las personas sujetas a su potestad.

5 Z. S. S., XXIII, p. 87.

6 Especialmente BOECIO. MIGNE (*Patrologia Latina* vol. 64).

7 *Studien*, págs. 8 y ss.

8 En contra de la teoría de los que como LENEL SCHLOSSMANN, STINTZING, POPESCU SPINENI y LÜBTOW ven una posible identificación entre *nexum* y *mancipium*. Vid. *Melanges Girard*, t. II, pág. 35.

9 *Archivo giuridico* (1929), pág. 36.

10 *Corso di Diritto romano*.

Giffard ¹¹ considera que el *nexum* no engendra una obligación contractual, porque en la época antigua en que nace, la noción de la obligación, lazo jurídico, no existe todavía; el nexo, como indica su nombre, derivado de *nectere*, es solamente creador de un lazo físico de sometimiento.

En este punto la discusión de la doctrina, pasamos a preguntar: ¿Cuál sería el objeto del *nexum* en caso de ser un negocio generador de un préstamo?

Ordinariamente se afirma que el objeto del *nexum* = préstamo ¹² sería una cantidad de dinero; pero aquí surge la gran dificultad de que en la época más primitiva, en que era usado el *nexum*, no existía la moneda. E. Cuq. ¹³ admite también el empleo del *nexum* para las cosas ciertas que se pesan, cuentan y miden, y lo mismo Girard ¹⁴. Levy-Brühl ¹⁵ estima que no es dudoso que el ganado y, en general, la *res mancipi* hayan sido el primer objeto del *nexum* = préstamo ¹⁶.

Si consideramos la estimación que a los antiguos romanos

11 *Precis de Droit romain*, pág. 9 (1929). En este sentido ya se habían pronunciado HARTMANN y PUNTSCHAR. *Die obligation. Erlangen*, 1875, págs. 24 y ss., y *Die moderne Theorie des Privatrecht*, páginas 213-226. Leipzig, 1893.

12 Modernamente, y pese a las afirmaciones rotundas de LUZZATO (*Per un'ipotesi sulle origine e la natura delle obbligazioni romane*, pág. 216): "... si pou dire che oggi non sia chi crede nella tesi piu antica del *nexum*-mutuo, aven te efficacia esecutiva di per se, quale atto quasi-publico cosi HUSCHKE o su forza de di damna-lio pronunciata dal creditore all'atto della cosegna dell'aes", la tesis de la automancipación carece de argumentos sólidos, después de las críticas de LEVY-BRÜHL (*Quelques problemes du tres ancien Droit romain*, pág. 140), y las modernísimas de NOAILLES, *Nouvelle Revue historique*, 1940-1941, y de THORMANN, *Der Doppelte Ursprung der "mancipatio"*, 1943.

13 *Institutions juridiques des Romains*, pág. 412.

14 *Manuel*, pág. 510, n. 1, apoyándose en Gai, 3-175.

15 L. cit., pág. 141.

16 Para el derecho comparado, vid. M. MAUSS, *Essai sur le don, forme archaïque de l'échange*, en *Annee Sociologique, Nouvelle Serie*, t. I, págs. 30-186 (1925).

merecían los fundos rústicos y su limitación ¹⁷, llegamos a la conclusión de que no sería cosa fácil y ligera la enajenación de estas propiedades ¹⁸; a la misma conclusión llegamos teniendo en cuenta que todos los fundos, incluso los de poca cabida, tienen un nombre que se conserva inmutable a través de los sucesivos traspasos (*fundus Cornelianus, Terentianus, Sempronianus*) ¹⁹, nombre que incluso se mantiene cuando varios fundos se reúnen en manos de un solo propietario, como demuestran los estudios epigráficos ²⁰; las informaciones de la papirología ²¹ insisten igualmente sobre la fijeza y duración de la propiedad agrícola.

Si todos los datos históricos parecen mostrarnos que la enajenación de los fundos rústicos sería difícil y poco frecuente en una primera época, ¿podremos hablar, al menos, de su posibilidad?

En un principio, cuando el trueque o cambio de productos constituía el primer régimen de cambio entre los romanos ²², resulta difícilísimo explicar el modo de adquisición derivativa *inter vivos* de las cosas, que provisionalmente lla-

17 El carácter sagrado atribuido a la determinación de las propiedades rústicas se desprende, entre otras, particularmente de las frases puestas en boca de la SIBILA O NINFA VEGOIA (*Gromatici veteres*, ed. Lachmann (1848), págs. 350 y ss., y de las afirmaciones de VARRÓN, FRONTINO e HIGINIO sobre el influjo en esta materia de los aurospices, como ejecutores de órdenes divinas...

18 LEVY-BRÜHL, ob. cit., pág. 141.

19 C. I. L., XI, 3.003; HENZEN, *Inscr. lat. sel.*, n. 6.085; CURCIO, *La primitiva civiltà latina agricola ed il libro dell agricoltoꝛ di M. PORZIO CATONE*, pág. 31. Firenze, 1929; THAES, *ling. lat.*, V, I, c. 1.580 ds., v. *fundus*, y LECLERCQ, *Dict. d'Arch. chret.*, vol. I, páginas 894 y ss. Sobre limitación de fundos, vid. FULVIO MAROI, *Il Diritto agrario nelle epigrafi romani*, Roma, 1938, y la bibliografía allí citada.

20 C. I. L., VI, 29.784.

21 *Publicazioni della Soc. ital. per la ricerca dei papiri greci e lat. in Egitto*, t. XI, 1933, núm. 1.182. *Fragments di Gaio a cura di V. Arangio Ruiz*.

22 *Infra*, cap. III.

maremos *res mancipi*. Besnier ²³ creyó que antes del uso del *aes* pudo haber existido una forma solemne de trueque de cosas mancipables, que se verificaría mediante una doble afirmación y una doble aprehensión en presencia de cinco testigos. Frente a esta tesis vemos alzarse una poderosa contradicción que nace precisamente de un argumento que Besnier pretende esgrimir en su defensa; según el autor citado, la prueba de su teoría está en que al no ser el *aes* una *res mancipi*, cuando entra este elemento en la solemnidad del negocio, representando el precio, el formalismo queda ya referido simplemente al adquirente. En este punto creemos poder hacer la siguiente observación: si la entrega de la *res mancipi* por el vendedor es continuación del rito formalista anterior a la introducción del *aes*, ¿cómo es posible que el mismo vendedor en la nueva fase de la intervención del *aes*, en la solemnidad del acto, permanezca en actitud pasiva frente al comprador?

Por otra parte, Plinio ²⁴ nos dice que un jefe de familia no podría pensar en comprar lo que sus tierras producen; y demostrada ya la imposibilidad del trueque de la *res mancipi* y teniendo en cuenta que aun cuando se admita la hipótesis de Giffard ²⁵ sobre la mayor antigüedad de la *in jure cessio*, ésta recaería primitivamente sólo sobre el *heredium* cedido por los herederos legítimos, agnados y gentiles, no se puede concebir la venta de tierras a ningún precio.

Por último, aún creemos tener otro argumento en favor de la tesis de la primitiva inalienabilidad de los fundos.

Es el famoso texto de los Tópicos, V, 28: "*Abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in jure cessio, inter quos ea jure civili fieri possunt*", Bonfante estimó que en este pasaje de Cicerón podía verse una atri-

²³ *Nouvelle Revue Historique de Dr. franc. et étrang.*, 1934. *L'état économique de Rome au temps des rois*, pág. 457.

²⁴ H. N. XVIII, 40.

²⁵ BESNIER, l. cit., pág. 458.

bución exclusiva de la *alienatio* a las *res Mancipi* y, por consiguiente, del *dominium*. Costa ²⁶ se opone a la interpretación de Bonfante, estimando que el pasaje de Cicerón no se refiere, en general, a *abalienatio*, sino a *abalienatio* de *res Mancipi*. Sin embargo, es lo cierto, como ha puesto de relieve De Visscher ²⁷, que la afirmación de Costa no encuentra apoyo en el análisis del texto. Mas es evidente que el pasaje de Cicerón no habla de *alienatio*, sino de *abalienatio*, y este término se encuentra ya mucho antes y después de Cicerón aplicado a la enajenación de *res Mancipi* ²⁸.

Ahora bien; visto ya que la *abalienatio* es término referido a las *res Mancipi* ²⁹, no hay motivo para excluir a la *nec Mancipi* de la *alienatio* y del *dominium*.

26 *Ciceron giuriconsulto*, I, pág. 94.

27 *Studia et documenta*, pág. 317, núm. 144 (1936).

28 *Front. Grom*, 45, 13; 55, 1; *Scaevola*, 32, 38, 7; *Paulo D.*, 10, 3, 14, 1, y 41, 1, 48, pr. *Lex Antonia de Termess Cic. De lege agr.*, 2, 64; SENECA, *Epist.*, 117, 15. C. I. L., V, 7.454; VI, 14.027, 13, 13 y 14, 14.930 b, X, 1.804, 6-7. Ciertamente que a veces, como en VALERIO MÁXIMO, 4, 4, 3, vemos referido el término a objetos de orfebrería; pero esto confirma la regla de que la *abalienatio* alude a la enajenación de la *res Mancipi*, ya que sabemos que la *mancipatio* fué a veces empleada, por extensión del primitivo campo de aplicación de esta forma de enajenación, a cosas que no eran *res Mancipi*. PLINIO (N. H., 69, IX, 35).

29 El término *abalienatio* ha perdido su primer sentido técnico (C. Th., 3, 8, 2 y 16, 2, 27. Cfr. DE VISSCHER. *Revue des études latines*, pág. 132 (1936), en el Bajo-Imperio. Boecio en los comentarios a los *Tópicos de Cicerón* (P. Latina. Migne, T. 64, col. 1095), parece confundir *abalienatio* con *alienatio*, y extender el primer término tanto a las *res Mancipi* como a las *nec Mancipi*, y así se lee: "Omnes vero res quoe abalienari possunt, id est quae a nostro ad alterius transere dominium possunt, aut Mancipi sunt aut non Mancipi"; pero precisamente a continuación se lee: "Mancipi res veteres appellabant, quae ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam nexus fieret solemnitate", con lo cual une la definición antigua de las *res Mancipi* a la solemnidad propia de la *abalienatio*, y quince líneas más abajo (col. cit.) sigue diciendo: "Quaecumque igitur res, lege duodecim tabularum aliter nisi per hanc solemnitate—se refiere a la *mancipatio* que acaba de narrar—*abalienari non poterat*", con lo cual queda vinculada la idea de *abalienatio* a la *mancipatio*.

Mas *abalienatio* tiene la partícula *ab* como prefijo, que significa abandono, alejamiento; pues bien, nosotros no vemos en este detalle gramatical un indicio de renuncia o abandono del supuesto *mancipium*, del primitivo *paterfamilias* ³⁰, sino que en la enajenación de las *res mancipi*, cuando ésta fué posible, se quiso destacar en un principio, incluso gramaticalmente, la separación de la cosa del *paterfamilias*, que hasta entonces la había tenido indisolublemente unida. En resumen, para entrar de lleno en la tesis que propondremos sobre el significado y alcance jurídico del primitivo *nexum*, queremos dejar sentada nuestra opinión, basada en las pruebas que anteceden, de que las cosas que más tarde hubieron de llamarse *mancipi* eran inalienables (los argumentos en favor de la inalienabilidad de los fundos eran aplicables a las otras *res mancipi*, en virtud de la unidad agraria que creemos haber demostrado).

Rastreando en las fuentes relativas al *nexum*, nos encontramos: 1.º Que el *nexum* desaparece antes que la *mancipatio* ³¹. 2.º En las XII Tablas: "*Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto*", el término *nexum* figura en primer lugar, lo que, dado el carácter riguroso y preciso de la arcaica terminología romana, estimamos altamente significativo. Estos dos datos nos hablan claramente, a nuestro juicio, de la mayor antigüedad del *nexum* respecto de la *mancipatio* ³². Por consiguiente, si el *nexum* ha sido anterior a la *mancipatio*, no podrá decirse que el objeto del *nexum* haya sido el préstamo de *res mancipi*; lo que sí debemos poder afirmar, y ello vamos a tratar de demostrar seguidamente, es que aquellas cosas agrupadas en un criterio social-agrícola por el común denominador de su inalienabili-

30 Infra, cap. IV.

31 Así se explica la duda y contradicciones del fundamental pasaje de VARRÓN, *De lingua latina*, 7, 105, dudas y contradicciones que no existen respecto de la *mancipatio*.

32 Sobre la antigüedad de la *mancipatio*. Infra., cap. IV.

dad, y que más tarde se llamaron *res Mancipi*, constituyeron el único y específico objeto del *nexum*.

A nuestro modo de ver, el punto más esencial del debatido *nexum* es ver si la condición de *nexus*, que a través de todas las fuentes se revela en una situación de dependencia, de ligazón, sobre todo de una manera abiertamente clara en Festo V° *nectere*, comienza inmediatamente a partir de la celebración del acto solemne, o sólo a partir del incumplimiento de la deuda. Analizando el texto de Varrón (*De Lingua latina*, VII, 105) ³³: “*nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint Mancipia. Mucius quoque per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom Mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit inde nexum dictam. Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum est ne fierit, et omnes qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti*”; notamos en seguida que las frases de Varrón aluden a dos cosas distintas, *aes nexum* y *liber nexus*.

El *aes nexum* no puede explicarse antes de la introducción del dinero en el mercado; en cambio, el *liber nexus* puede perfectamente explicarse en una época más remota ³⁴.

Es imposible que negocio jurídico como el *nexum*, de la mayor antigüedad, carezca de evolución histórica. En la evolución del *nexum* creemos apreciar dos momentos: 1.º *Nexum* = préstamo de uso de *res Mancipi* (único medio posible, en el comercio jurídico de aquel tiempo dado el principio de inalienabilidad ya expuesto, de atender a la exigencia social y económica de comunicación de la riqueza agraria),

33 Según la lectura de GOETZ Y SCHOELL, *M. Terenti Varronis de lingua latina quae supersunt*. Teubner, 1910.

34 En la argumentación siguiente veremos cómo se desvirtúa la dificultad que pudiera hallarse en el empleo de *pecunia*.

quedando sometido o, más exactamente, ligado el libre prestatario, *liber nexus*, al *paterfamilias* prestamista. Así, a cambio de prestaciones que no nos son bien conocidas, un propietario concedía el uso y aprovechamiento³⁵ de tierras e instrumentos de labor inalienables³⁶ por un determinado tiempo³⁷. El prestatario quedaba sometido, con sometimiento físico, al propietario, ya que entraba en el territorio, dentro de cuyos límites el *paterfamilias* ejercía su poder.

2.º Aparición de la moneda; *nexum*, como préstamo de dinero. Esta segunda fase del *nexum*, como más moderna, sería mejor conocida en tiempos históricos, y así a ella se refieren los testimonios de historiadores latinos y griegos próximos a nuestra era³⁸.

Insistimos en cómo el primer momento del *liber nexus* es poco conocido por los historiadores antiguos, que tienen de ello una idea mucho más vaga y oscura que del préstamo de dinero, que se efectúa ya por el rito de la *mancipatio*, que viene a marcar el primer momento de la enajenación de aquellas cosas inalienables, que desde entonces van a recibir el nombre de *res mancipi*. Así, unas veces se asemeja el *nexus* al *addictus*³⁹ y otras se dice que es un libre que presta sus *operae* al acreedor para liberarse⁴⁰.

Nuestra explicación del *nexum* tiene la ventaja, por otra parte, de conciliar las dos teorías, la de los que piensan en

35 Sería absurdo tratar de encajar el perfil de esta institución arcaica en figuras jurídicas que hoy nos son familiares.

36 No el arado, por la razón ya expuesta. Cfr. *Supra.*, pág. 7.

37 LEVY-BRÜLL apunta una teoría parecida en *Quelques problèmes du tres ancien Droit romain*, págs. 141 y ss., pero sin atacar el problema de las *res mancipi* en su conjunto.

38 TITO LIVIO, VI, 14, 15; II, 23, 24, 25 y 27. Vol. MAX. VI, 1, 9; AUL. GEL., XXI. DION DE HAL., IV, 9 y 11; V, 6 y 69; VI, 1, 26, 29, 59, etc.

39 Quint. *Decl.*, pág. 311.

40 VARRÓN, *De lingua latina*, 7, 105. A. SEGRÉ—*Arch. giur.*, CII, página 41—señaló dos significados distintos de la palabra *nexus* en un mismo autor, Tito Livio.

un préstamo de dinero y la de los que defienden que se trata de una *auto-mancipatio* ⁴¹. Además se puede explicar la aparente contradicción, que tanto ha preocupado a los autores, de las dos etimologías propuestas por Festo, que unas veces hace derivar *nexum* de *nectere*, ligar, y otras (vº *nexum aes*): “*Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur*”, parece referirlo a la entrega de dinero, ya que lo que ocurre es que en el segundo caso (en que no se habla sólo de *nexum*, sino de *aes nexum*, concretamente) se trata del último momento de la evolución, mientras que en el primero predomina la idea antigua y cardinal de ligazón y sometimiento. En Varrón es cierto que encontramos ⁴² el término *pecunia* unido a la idea del libre, que queda sometido y obligado a prestar su trabajo por haber recibido *pecunia*; pero esto se explica porque el *nexum*, una vez introducida la moneda en los cambios y generalizado el uso de la *mancipatio* para transferir la propiedad de las *res mancipi* al no cumplir ya la antigua finalidad de facilitar la comunicación de los medios de producción agraria, queda reducido a servir (utilizando el formalismo de la *mancipatio*) para verificar préstamos de dinero; pero su anterior estructura jurídica infunde un carácter especial al nuevo préstamo; así el vínculo, que ya no es real y físico, como en la fase anterior, entre prestamista y prestatario, pero que se considera que existe desde la celebración del acto solemne ⁴³, es lo que tiene virtualidad suficiente para suplir al llegar el momento del incumplimiento de la deuda, la conde-

41 Conciliación sólo en cuanto al aspecto material o de fondo, ya que la primera fase del *nexum* es anterior a la *mancipatio*.

42 Loc. cit.

43 Así queda también resuelto el problema de los dos estados sucesivos del *nexum*, que ya en la primera mitad del siglo XIX planteó SELL—*De juris romani nexo et mancipio*. Brunsvici, 1840—; hasta el vencimiento se llamaría *inire nexum*, y después, en caso de no pago, *nexum se dare*.

na judicial ⁴⁴, sin que haya necesidad de recurrir a la teoría de la *auto-mancipatio* ni de la *damnatio* del acreedor ⁴⁵.

En el pasaje de Cicerón, ya estudiado (*Topica*, V, 28), así como, según demostró De Visscher, no se había dado la debida importancia al prefijo *ab* en el término *abalienatio*, creemos que tampoco se ha dado a la frase *aut traditio alteri nexu*. Cicerón está hablando concretamente de las *res mancipi* y a ellas se refiere el *nexum* empleado en ablativo instrumental como medio de *traditio*. Una sola comunidad de forma no sería suficiente para explicar la confusión que se observa entre *nexum* y *mancipatio*, a no haber existido también en períodos sucesivos una identidad de objeto ⁴⁶.

III.—TRUEQUE DE PRODUCTOS.

Hemos fijado ya en el capítulo anterior nuestra opinión sobre la primitiva inalienabilidad de las cosas que más tarde hubieron de llamarse *res mancipi*; pero se plantea la cuestión de cuál fué el primitivo régimen jurídico de cambio de las demás, o sea de las *res nec mancipi*. En una economía rural desprovista de moneda metálica es imposible la venta. ¿Conocieron los romanos un régimen de cambio sin moneda? Paulo, en el Digesto D., 18, 1, 1, pr., nos dice: "*Origo*

44 SAVIGNY—*Über das altröm Schuldrecht en Vermischte Schriften*, págs. 396-470. Berlín, 2, 1850—considera que el que recibe el préstamo daría en prenda, para garantizar su deuda, sus *operae*. Aquí vemos que se apunta una idea parecida a la sustentada por nosotros; pero que se sigue pensando en primer lugar en el préstamo de dinero y que, además, se hace contemporáneo el *nexum* de la *mancipatio*.

Modernamente, P. NOAILLES — *Nouvelle Revue Historique*, 1940-1941—insiste en el mismo sentido, afirmando que las *operae* del *nexum* están al servicio del *aes alienum*.

45 La condición del *nexum* ha sido equiparada a la de una cosa mancipada *fiduciae causa*—BRINZ, SCHLOSSMANN—y también a la del *mancipi causa*—MOMMSEN—(parecida es la posición de Marchi).

46 La confusión entre *nexum* y *mancipatio* persiste hasta el final del Derecho clásico.

emendi vendendi a permutationibus coepit. Olim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri superest alteri desit." Fabro, sobre este pasaje, escribe: "Igitur permutationibus emptionibus et venditionibus antiquiores fuisse, necesse est et emendi vendendi qui originem, ut Paulus hic proefatur, a permutationibus coepisse, sine quibus nulla plane inducendi nummi necessitas fuisset."

La tradición y las observaciones hechas en las naciones no civilizadas, así como las investigaciones especulativas, confirman las frases de Paulo ¹.

Excluidas ya las cosas mancipables de la primitiva permuta o trueque como problemas al ocuparnos de la teoría de Besnier ², creemos que sería el único medio de cambio, por lo que respecta a las *res nec mancipi*.

Nótese que no afirmamos en modo alguno que la permuta fuese comprendida en un negocio amplio y complejo que comprendiese también la compraventa. En este orden de ideas no tenemos inconveniente alguno en aceptar la apreciación del insigne Ferrini sobre la observación de Paulo ³, a la que atribuye un carácter económico más que jurídico, viendo en las frases del jurista la idea no de que la permuta en sentido lato fuese un instituto complejo de donde habría procedido por evolución la compraventa, sino que la función económica a que sirven la permuta y la compraventa fuese en un principio cumplida sólo por la primera.

Levy-Brühl ⁴ parece mostrarse un poco escéptico respecto a las alegaciones de los antiguos a propósito del trueque

1 Así, DUVERGIER, *Le Droit civil français Comm.*, al libro III, tit. VI, vol. I, núm. 2. En el mismo sentido, Troplong, Ducarroy, Vinnius, Domat, Christiansen, Pacifici-Manzoni, etc.

2 Cfr. *Supra*, pág. 15.

3 *Opere*, t. III, pág. 50.

4 *Quelques problemes...*, págs. 140-41.

primitivo; mas reconociendo que, en todo caso, antes de la moneda metálica se utilizaron las cabezas de ganado para los cambios ⁵; nosotros añadimos que en los cambios se utilizarían, en general, las *res nec mancipi*; precisamente este empleo de los productos de la tierra (frutos), una vez satisfechas las necesidades de la familia (en sentido subjetivo), en razón de su carácter de fungibilidad, es lo que explica su exclusión de la categoría de cosas inalienables o *res mancipi*.

La idea de un primer sistema de trueque o cambio de cosa por cosa, esto es, la permuta como contrato real, se encuentra no sólo en las fuentes jurídicas ⁶, sino en las extrajurídicas, y así Plinio el antiguo ⁷, en su famosa diatriba contra los metales preciosos, dice: "*Quantum feliciorae aevo, quum res ipsae permutabantur inter sese!*"; y que esto no es sólo un desahogo literario o una creencia popular lo demuestra la filología comparada, por medio de la cual se aprecia el uso de la palabra ganado para significar moneda: anglosajón, *fech*; gótico, *skalts*; escandinavo, *skaltz*; antiguo alemán, *scaz*, sánscrito, *rupa*, etc., por ser los ganados, en general ⁸, si no el único, sí el principal medio de facilitar el trueque ⁹.

5 GIRARD, *Manuel*, 8.^a ed., pág. 266.

6 *Gai*, 3, 141; *Inst.*, 3, 23, 2. Hemos de hacer resaltar que la frase de Gayo, *vulgo putant*, estimamos que más que significar cómo pretende LEVY-BRÜHL que fuese una creencia del vulgo, que el cambio haya precedido a la venta, se refiere a la confusión entre permuta y compraventa.

7 XXXIII.

8 El hecho de que se considerase que un buey equivalía, a los efectos de cambio, a diez cabezas de ganado menor, muestra que en todo caso no sería considerado el buey *res mancipi*, sino sólo cuando estuviese destinado a la agricultura. Cfr. *Supra*, pág. 9.

9 Sobre el tema del primitivo sistema de cambio romano, vid. E. BABELON, *Les origines de la monnaie*. París, 1897. P. S. Leicht, *Corso di Storia economica*. Bolonia. DOPSCH, *Wirtschaftliche und Soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung*. Viena, 1928.

IV.—MANCIPIUM.

¿Qué significa el término *mancipium* en Derecho romano? Cornil ¹ considera que la autoridad del *paterfamilias* sobre los elementos vivos que aportan su colaboración indispensable a la perpetuación del culto doméstico es designado por la expresión *manus-mancipium*. *Manus*, sobre los colaboradores directos (esposa y descendientes); *mancipium*, sobre los colaboradores indirectos (*clientes, aedes, fundi, domita, animalia*). La unificación de todas las variedades de pertenencia de un jefe de familia, que encuentra su expresión en la fórmula general, uniforme, *meum esse aio*, habría sido consecuencia del influjo de las ideas etruscas.

Cornil habla de un tránsito del *mancipium* al *dominium* como consecuencia de la penetración etrusca, y estima que el acto del establecimiento de la *manus* y del *mancipium* recibió en este período la forma estilizada de la *mancipatio*.

Siguiendo esta teoría llegamos a la conclusión de que la forma primitiva de la *adoptio* y de la *arrogatio* fué simplemente una *mancipatio*, en cuyo caso tendremos forzosamente que convenir en que en este punto la evolución histórica ha sido contraria a la línea general del Derecho romano, se ha ido de lo más simple a lo más complicado, de no requerir la presencia de los representantes de la autoridad política y religiosa a exigir la intervención de los pontífices y la presencia de los Comicios, como si a medida que transcurría el tiempo en la Roma primitiva el sentimiento religioso de los romanos se hubiera ido acrecentando. La adopción, antes de realizarse por el procedimiento de la triple venta seguida de la *in jure cessio*, habría tenido una forma más sencilla, lo cual nos llevaría a suponer que se unificaría la situación del *filiusfamilias* adoptado y la del *filiusfamilias* en *mancipio*.

1 *Festschrift Koschaker*, t. I, págs. 404 y ss.

De Visscher ² rechaza como muy dudosa, y en todo caso excepcional, la identificación de *mancipium* con *mancipatio* ³.

Para De Visscher *mancipium* significó primeramente un poder de mando del *paterfamilias* sobre los seres racionales e irracionales que le obedecen.

Lo falso de querer configurar el *mancipium* primitivo no como el acto de la *mancipatio*, sino como una relación, se traduce en las dificultades que encuentra De Visscher al verse forzado a desarrollar y aplicar las consecuencias de su criterio.

En primer lugar surge la dificultad de que, si bien se puede concebir sin gran esfuerzo el mando político sobre seres capaces de obedecer la voluntad del hombre y de servirlo ⁴, en cambio es difícil poderse explicar el caso de los fundos.

De Visscher quiere resolver esta dificultad, pretendiendo que lo que ocurre es que los fundos representan la zona en la cual se ejerce el poder exclusivo de mando del *paterfamilias*; pero frente a esto preguntamos nosotros: ¿Es posible que en la Roma primitiva, en la que, como hemos destacado ⁵, tanta importancia tiene la agricultura ⁶, el principal papel del fundo sea el de servir de límite al poder del *paterfamilias*?

Las dificultades que ofrece el caso del fundo a la teoría de De Visscher aumentan considerablemente al dar un paso

² *Studia et documenta*, pág. 288 (1936).

³ Sin embargo, tiene que reconocer que en la *Instituta*, de GAYO, I, 116-123, la unidad entre las *res mancipi*, cosas y personas libres, está mantenida solamente en virtud del acto generador del poder que sobre ellos se tiene, esto es, en virtud de la *mancipatio*.

⁴ GIFFARD, *Revue de Philologie*, París, 1937, se pregunta justamente asombrado por qué, de ser cierta la teoría de De Visscher, los perros, los más fieles servidores del hombre, no son *res mancipi*.

⁵ Cfr. *Supra*, pág. 4.

⁶ Recuérdese también la significación de las deidades más antiguas de la religión latina y las características del calendario.

más y contemplar las servidumbres rústicas como *res Mancipi* ⁷.

Ocuparnos detalladamente de esta cuestión sería desorbitar los límites del presente trabajo y desvirtuar su finalidad; simplemente queremos señalar cómo De Visscher, para defender el criterio por él mantenido, se ve precisado a estirar el argumento que utiliza en el caso del fundo, y así dice que las servidumbres rústicas encuadran dentro del *mancipium*, porque su constitución, a diferencia de lo que sucede con las servidumbres urbanas, supone el desenvolvimiento de una actividad positiva del propietario del fundo dominante sobre el fundo sirviente.

Es, según el autor citado, el poder de *mancipium* que se prolonga y manifiesta fuera de los límites normales ⁸.

En la conferencia que en homenaje a Castelli ⁹ pronunció en la Universidad de Pavía en 1939 De Visscher, argumenta en esta forma: Si la *mancipatio* hubiese sido un acto especial destinado a la adquisición de la propiedad, no se podría justificar el uso corriente que de este rito se hace para la adquisición de la *manus* y del *mancipium* en el Derecho de personas, y para la emancipación y adopción. Invertiendo el argumento, podemos decir que lo que es inexplicable es que si la *mancipatio* no fué originariamente un medio de adquirir la propiedad, se extienda con esta finalidad, incluso a las cosas *nec Mancipi*, en determinadas ocasiones (perlas, urnas, etc.). Además, si la *mancipatio* en un

7 BUCKLAND, *The conception of servitudes in Roman Law*, *Law Quarterly Review*, págs. 426-35 (1929), y LUSIGNANI, *Le origini delle servitù prediale en D. R. (Studia et documenta, XIX)*.

8 La tesis de DE VISSCHER es tan poco fuerte, que se ve precisada a apoyarse en el testimonio de autor tan alejado de las primeras concepciones jurídicas romanas como San Isidoro, que incluye el ganado menor entre las *res Mancipi*, "*mancipium est, quidquid manu cupi subdique potest eum homo, equum, ovis*". Loc. cit., página 294.

9 P. 15

principio sirvió para adquirir y perder el legítimo *mancipium* o poder sobre personas y cosas, de que habla De Visscher, no tiene explicación posible el precepto de las XII Tablas, que dispone que el hijo vendido tres veces por su padre salga de la patria potestad.

El defecto principal y radical de De Visscher es, a nuestro juicio, unificar con un criterio apriorístico, que puede inducirse de las Instituciones gayanas, personas libres con *res mancipi*.

En contra de la teoría de De Visscher se situó abiertamente el notable jurista y filólogo Giffard¹⁰, quien se basa en el hecho de que no se pueda identificar el poder sobre las *res mancipi* y las personas *in mancipio*¹¹, y en que la aparición de la expresión *mancipium*, significando potestad sobre las personas, es relativamente reciente¹².

Nuestra opinión es, de acuerdo con Westrup¹³, que el término *mancipium*, en el antiguo Derecho romano, no significa en un principio derecho de propiedad, sino adquisición de la propiedad (*mancipatio*). Giffard demuestra plenamente¹⁴ que el significado de la palabra *mancipium*, en sentido de potestad, es posterior a las XII Tablas.

En la investigación de las Instituciones de Derecho romano primitivo, el estudio filológico es de capital interés; en la *mancipatio*¹⁵ tenemos buena prueba de su utilidad para

10 *Revue de Philologie*. París, 1937.

11 *Loc. cit.*, pág. 397.

12 Parcialmente contrarios a DE VISSCHER, son: BETTI, en *Istituzioni*, vol. I, pág. 360, y GROSSO, *Le cose*, págs. 219-224. Nosotros creemos poder afirmar que con la construcción teórica de DE VISSCHER no se ha llegado a la meta que señalara BONFANTE a los investigadores de la estructura de la propiedad primitiva romana, en orden a descubrir las características extra-patrimoniales de su noción primera (*Storia*, 3.ª ed., t. I, pág. 177).

13 *Nouvelle Revue Historique*, pág. 227 (1933).

14 *Loc. cit.*, pág. 398.

15 Cfr. sobre la *mancipatio*. HAGERSTRÖM, *Der römische obligationsbegriff*, I, págs. 35 y ss. WEIS, *Peregrinische Mancipationsakte*,

desentrañar el enigma que encierran las expresiones arcaicas.

Las dudas y vacilaciones en torno al verdadero significado de *mancipium* y *mancipatio* creemos que son debidas principalmente a que no se ha analizado debidamente la etimología de los términos. Generalmente se admite su procedencia de *manu capere*. Ahora bien; el verbo *capere* no ofrece grandes dificultades en su significado de adquirir, coger, aprehender, tomar, hacer de uno. ¿Pero se puede decir lo mismo de *manu*?

La frase de Varrón ¹⁶ "*mancipium quod manu capitur*"; la de Gayo ¹⁷ "... *unde etiam mancipatio dicitur, quia manu rē; capitur praedia vero in absentia solent mancipari*", y la de Ulpiano ¹⁸ "*Res mobilis non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures simul, quam quot manu capi possunt immobiles autem etiam plures simul et quae diversis locis sunt, mancipari possunt*", han producido el efecto de referir la terminología *manu capere* al rito mismo del acto de la *mancipatio*, entendiendo la palabra *manus* en sentido de contacto material, de aprehensión física y efectiva.

Si observamos las palabras del jurista más antiguo de los tres autores citados, Gayo, vemos en seguida que, de seguir rigurosamente las expresiones gayanas, los predios no serían *res mancipi* ¹⁹.

en Z. S. S., 37, pág. 136 (1916). SCHLOSSMANN, *In jure cessio und mancipatio*. Berlin, 1894. HUSSER, Z. S. S. (1930) STINZIG, *Über die mancipatio*. Leipzig, 1904. A. SACCHI, en *Digesto italiano*, y KUNKEL, en *Pauly-Wissowa*.

16 Ob. cit., VI, pág. 85.

17 *Inst.*, I, pág. 121.

18 *Tit.*, XIX., pág. 6.

19 Para resolver la dificultad creada al identificar *manus* con aprehensión física, se admitió por la doctrina que la *mancipatio* tuvo lugar permanente sobre el fundo (LEIST, EXNER, VERING), creyendo que la propiedad inmueble era inalienable (GIFFARD), o que la *mancipatio* no se aplicaba a los inmuebles (HUVELIN), o que *mancipatio*

Es notable, que parece pasar desapercibido para la mayoría de los juristas, el verdadero significado que en el Derecho romano tiene la palabra *manus*.

Manus tiene un sentido generalizado e inconcreto de poder, así no sólo para designar la autoridad del jefe de familia sobre las personas que están bajo la patria potestad ²⁰, sino también poder sobre la mujer, como lo revela la expresión *conventio in manu* ²¹, el poder sobre el esclavo ²² y sobre los bienes ²³.

Si nosotros aplicamos este sentido de la palabra *manus* a la expresión *manu capere*, generatriz del término *mancipatio*, descubrimos en él inmediatamente un nuevo significado, que no es, ciertamente, el de aprehensión material, sino el de entrada bajo el poder del adquirente.

Es natural que, prescindiendo de considerar un período anterior en que determinadas cosas no podían transferirse, sino sólo prestarse ²⁴, se haya caído en el error de creer que

deriva de *mancipium* (BONFANTE), o que bastaba con la presencia simbólica de un terrón del fundo a mancipar por similitud con lo que nos dice GAYO que se hacía en el rito de la *legis actio sacramento*. (A. SACCHI).

20 LIV., 3, 45; 34, 2. PLIN., *Ep.*, 8, 18.

21 LIV., 39, 18. Recuérdese también la expresión *manstutor* o *manus tutor*. PLAUT., *Truc.* 848.

22 PLAUT., *Curcul.*, 4, 2, 10.

23 PLAUT., *Merc.*, 213, 117. En este sentido puede recordarse también *manus injectio* y *manus conserere*.

24 Que la separación de *res mancipi* y *nec mancipi* no comienza con la *mancipatio*, sino que es anterior, lo creemos ver ratificado en el hecho de que modernamente sea posible la discusión de si las cosas, *nec mancipi*, pueden ser transmitidas por *mancipatio*. (PAD., *Cogl.*, pág. 223, m.; H. KRÜGER, *Geschichte d. Capitis De minutio*, páginas 122, 153 y 160). Los mismos argumentos de SCHILLING (*Bemerk.*, pág. 153) confirman nuestra tesis, pretendiendo afirmar cosa muy distinta. El citado autor afirma que la división de *res mancipi* y *nec mancipi* tiene que ser de época prerromana, porque de no haber existido tal clasificación, todas las cosas deberían ser enajenadas como *mancipi* o como *nec mancipi*, y añade: "La segunda hipótesis no puede admitirse, y la primera es incompatible con las necesida-

lo que da nombre al acto solemne que nos ocupa es una formalidad ritual. Pero si pensamos en la enorme transformación social y económica que tuvo que representar la aparición de un modo de enajenar cosas que hasta entonces se habían considerado inalienables, es natural que la terminología refleje la trascendencia del rito y que no sea éste el que defina el acto.

Pero aún más claro aparece el sentido que atribuimos a la *mancipatio* si lo ponemos en relación con *abalienatio*. Frente a la entrada bajo el poder del adquirente está el desprendimiento del enajenante. No es que ambos fenómenos no se den en la transmisión de las *res nec mancipi*, sino que, como en el primer caso, la *mancipatio* supone la transformación del estado de inalienabilidad al de la alienabilidad; la adquisición de la *manus* sobre los bienes por parte del comprador, lo mismo que el desprendimiento de las cosas en cuanto al vendedor, reciben su adecuada expresión, *manu capere* y *abalienare*.

Más aún: dentro del formulismo propio de la *mancipatio* seguimos encontrando confirmación a nuestra tesis.

La actitud del comprador en el rito de la *mancipatio* ha preocupado a los romanistas (Bonfante, Levy-Brühl, Colli-net, De Visscher...).

En la fórmula pronunciada por el *accipiens* se encuentra una declaración de especial energía, *hanc ego rem meam esse aio*, en lugar de *haec res mea est*. Bonfante es quien ha puesto de relieve especialmente la importancia jurídica del matiz de esta expresión ²⁵. El ilustre autor cree explicarla mediante la hipótesis de una posible oposición por parte de

des del comercio." Las dificultades que encuentra SCHILLING para admitir la tesis de la mayor modernidad de la *mancipatio* respecto de la primitiva división de las cosas, se resuelven aceptando el primitivo préstamo de cosas inalienables (*nexum*), anterior a la *mancipatio*.

25 *Nouva Raccolta di Scritti giuridici e sociali*, II, pág. 134.

terceros, en el caso del adquirente no ciudadano. Esto explicaría, según Bonfante, la diferencia de lo que ocurre con la tradición, en que la parte más activa corresponde al antiguo propietario enajenante, aquí sea el adquirente el autor de la declaración y el enajenante permanezca en una actitud pasiva ²⁶.

Nosotros, en cambio, vemos la raíz psicológica y jurídica de la declaración en el tránsito del simple préstamo a la adquisición de la propiedad.

A la misma conclusión se llega atendiendo a la segunda parte de la fórmula de la *mancipatio*: "*Isque mihi emtus esto hoc aere aeneaque libra.*" La fórmula, evidentemente, alude no al acto en sí, sino a un estado futuro, *emtus esto*, con lo cual se trata de insistir en que la cosa va a quedar en una relación en que no podía quedar antes.

Collinet ²⁷ cree que esta segunda parte de la fórmula pudo ser añadida, para dar una causa jurídica a la adquisición, cuando la idea de la ocupación no fué comprendida. Esta ingeniosa explicación, naturalmente sólo puede ser admitida siguiendo la doctrina de Ihering sobre el primitivo carácter de la *mancipatio* ²⁸.

Por lo que respecta a la expresión *mancipium*, referida al esclavo, De Visscher pretende, apoyándose en la doctrina de

26 KARLOWA llega, incluso, a decir que en la fórmula vindicatoria, más que una afirmación hay una declaración de voluntad del *vindicans*. Mas a esto se opone el significado, fuertemente afirmativo, de *aito*. Cfr. ERNOUT MILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, y HAGERSTRÖM, loc. cit., pág. 37 y ss.

27 En LEVY-BRÜHL. Ob. cit., págs. 95 y ss.

28 IHERING, *Esprit des Lois*, t. I, pág. 111. De FRANCISCI, *Trasferimento della proprietà*. Sin entrar a fondo en la cuestión, simplemente señalaremos que el argumento de LEVY-BRÜHL, que pretende apoyar la teoría de que la *mancipatio* es modo originario, relacionándola con el abandono que supone la *in jure cessio*, carece de fuerza, dada la especial naturaleza de la ficción procesal que sirve a múltiples fines.

Levy-Brühl ²⁹ y Benveniste ³⁰, que el término *mancipium* sería la aplicación a la noción etrusca del esclavo de un nombre latino.

En este punto preferimos aceptar la tesis de Westrup ³¹, según el cual *mancipium* significó, primero, el acto de la adquisición de propiedad, y después uno de los objetos de esta propiedad.

No estimamos preciso recurrir, como hace De Visscher, a la teoría de que el nombre latino antiguo de *mancipium* se aplicó a la nueva noción etrusca del esclavo para explicar el término, sino únicamente que la condición natural del esclavo hizo que repugnase aplicar a éste el calificativo de *res Mancipi*, a la par que su condición social, impedía considerarlo como persona *in Mancipio* en la época histórica ³².

Las investigaciones de Levy-Brühl evidentemente han conseguido, partiendo de muy sólidas bases, demostrar que el esclavo primitivo no pudo ser nunca un nacional, sino persona extraña a la urbe ³³; pero lo que no demuestra es que la idea de esclavo fuese desconocida en el período pre-etrusco.

Expuesta ya la opinión de que *mancipium* significó primitivamente *mancipatio*; cabe concluir precisando en qué momento histórico tiene lugar su aparición, o, en otras palabras, cuándo las cosas en un principio inalienables pasaron a llamarse *res Mancipi* y, por conclusión, las alienables *res nec Mancipi*. Este momento histórico es para nosotros el de la introducción de la moneda metálica.

En Etruria parece comenzar el uso de la moneda, en el

29 Loc. cit., págs. 15 y ss.

30 *Le nom de l'esclave à Rome, Revue des études latines* (1932), páginas 429-440.

31 Loc. cit.

32 Cfr. *Infra.*, IV.

33 Paridad de criterio se observa en Derecho griego y en Alejandría. (Pap. Hal., I, 119).

siglo VI a. de J. C.³⁴. Esta moneda etrusca, lo mismo que la que por entonces comenzaba a usarse entre los Samnitas y los habitantes de la Campania, hubo de influir directamente³⁵ en la economía de la urbe.

En la historia de la moneda hay que distinguir un primer período, que es el llamado del *aes rude*³⁶, o *aes infectum*, en el que el peso era sólo lo que se tenía en cuenta, y un período posterior, el del *aes signatum*, en que el valor de la moneda se halla controlado por marcas y contraseñas³⁷, eliminándose ya la necesidad de la pesada.

La *mancipatio*, con la esencial formalidad de la pesada, sin duda ha de referirse al primer momento del *aes rude*; a esto se puede objetar que la fase del *aes signatum* haría innecesaria la formalidad de la *mancipatio*. Pero se ha de tener en cuenta que la época de la moneda, con valor fijo y controlado, no es tan antigua como se pudiera deducir del testimonio de Plinio³⁸, *Servius rex primus signavit aes*, que es una muestra más del afán de los escritores latinos por aumentar la antigüedad de sus instituciones. Los estudios más recientes han demostrado que no se debe remontar más allá de la época republicana la introducción del *aes signatum*³⁹. Pero el uso de la balanza pudo seguir incluso en el período del *aes signatum*, pues tenemos pruebas del empleo que de ella se hacía, con la misma finalidad de verificar el precio, por los mercaderes de la Edad Media y por los mercaderes

34 S. Ricci, *Storia della moneta in Italia. Part. antica*, pág. 1. (1937).

35 Más tarde hubo de influir indirectamente la moneda de la Magna Grecia.

36 El *as* es un entero entre los romanos: significa la cantidad primitiva por contraposición a la suma subdividida. Etimológicamente es una contracción de origen tarentino o sículo del dórico *αῖς* o *εῖς*.

37 Grabados de peces, flores, caballos, etc.

38 *H. N.* XXXIII, 3, 43.

39 S. Ricci. *Ob. cit.*, pág. 39.

chinos ⁴⁰. Por consiguiente, antes de ser la *imaginaria venditio*, de que habla Gayo ⁴¹, sirvió a los efectos reales de la pesada ⁴².

V.—PERSONAS LIBRES “IN MANCIPIO”.

Si dedicamos un breve capítulo a estudiar el concepto y significación jurídica de la situación de las personas *in mancipio* es por la importancia que tiene su determinación en orden a fijar el alcance de la noción de *res mancipi* y *res mancipi* como objeto de derechos.

De Visscher, en el caso de las personas libres *in mancipio*, cree encontrar la plena confirmación de su teoría; pero es de notar que los textos que él mismo cita ¹ Cic. (De Sen., XI, 38: “*ita senectus honesta est... si nemini emancipata est*”); Horacio (Ep., IX, 11-12: “*Romanus... emancipatus feminae*”); Tácito (Hist., II, 71: “*luxu et saginae mancipatus emtusque*” Apul. (Met., IX, 14): “*mero et continuo stupro corpus manciparat*”, ciertamente significan una relación de servidumbre y abandono total, más que el vestigio de una primitiva potestad de mando sobre las personas libres. Pero además surge la cuestión de cómo puede tener la mujer personas libres *in mancipio* si esto se entronca con una idea de mando del *paterfamilias*. Aún más; el hecho de que se diga expresamente que la mujer necesita la *auctoritas* para enajenar *res mancipi* y, en cambio, no se exija para mancipar personas libres, revela claramente que la configuración ju-

40 A principios de siglo. Vid. F. GIL Y PABLOS, *Estudios sobre la moneda y los cambios*, pág. 37.

41 Id., pág. 119.

42 En una época anterior parece haberse usado la balanza para ofrecer el *aes rude* como homenaje a la divinidad, fijando el peso de conformidad a la gracia recibida o a las condiciones económicas de los fieles.

1 Loc. cit., pág. 302.

rídica de las *res mancipi* es anterior a la de las personas libres *in mancipio*.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, De Visscher considera la semilibertad que supone la figura jurídica del *in mancipio* como primitiva condición social contemporánea a la época latina antecedente a la introducción de la noción del esclavo. Aquí hemos de entrar algo más en el análisis de la cuestión.

La situación de semilibertad arriba apuntada, ¿es anterior a la invasión etrusca?

F. Dessertaux, en un fundamental trabajo sobre la formación histórica de la *capitis deminutio* ², sin llegar a conclusiones definitivas, apunta la idea de que antes de la formación del Estado patricio-plebeyo la entrega *in mancipio* debió ser más bien teórica, y que la clase aristocrática apenas debió de usar de su derecho a vender a sus hijos mediante la *mancipatio*.

Schmidt ³ hace observar que la condición del hijo entregado *in mancipio* presenta en tiempo de Gayo dos elementos contradictorios, esclavitud y libertad, de donde se puede concluir que en el Derecho primitivo el elemento preponderante sería la esclavitud.

⁴ Girard, después de poner de relieve que, según el testimonio expreso de Gayo (I, 162), la persona *in mancipio* queda libre y ciudadano romano, y estimar (en contra de Savigny y Karlowa) que conserva sus derechos políticos; destaca cómo el individuo *in mancipio* parece estar, respecto del adquirente, en una situación muy próxima a la potestad dominical y "probablemente copiada de ella en época muy antigua",

2 *Études sur la formation historique de la "capitis diminutio"*, pág. 5. París, 1919.

3 *Mancipi*, pág. 9, n. 34 y 41.

4 *Man.*, págs. 143 y 144, 8.ª ed.

como el esclavo, es incapaz de obligarse, como él puede ser instrumento de adquisición para su dueño, etc. ⁵.

Muchos años antes, otro profesor francés, el catedrático de la Facultad de Aix R. Fresquet ⁶, al ocuparse de la distinción de las *res Mancipi* y *nec Mancipi*, analiza el pasaje de Gayo I, 140: "*Quin etiam invito quoque eo cuius in Mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege Mancipio dedit ut sibi remancipetur*", y llega a la conclusión de que el estado de *in Mancipio* es un estado transitorio, y nosotros añadimos que es un estado transitorio y poco sólido, porque supone, no la conservación intacta de un primitivo y genuino estado romano de semilibertad, sino una degeneración del estado de *comprado*, con todo el alcance patrimonial que tenía la venta de los hijos, de la que tanta noticia tenemos en los pueblos antiguos ⁷.

VI.—TEORÍAS PROPUESTAS PARA EXPLICAR LA SITUACIÓN JURÍDICA PRIMITIVA DE LAS "RES NEC MANCIPI"

Después de habernos ocupado en los capítulos precedentes de la distinción de las *res Mancipi* y *nec Mancipi*, del problema del *nexum*, del significado de *Mancipium* y del alcance jurídico de la situación de las personas libres *in Mancipio*, vamos a pasar revista a las teorías que sobre la situación jurídica de las *res nec Mancipi*, en la época más remota, se han formulado.

5 El texto mismo de los Pasajes gayanos, t. I, pág. 138, asimilando a los libres *in causa Mancipi* a los esclavos; y el t. I, pág. 139, exceptuándolos expresamente de la ley *Aelia Sentia* y *Fufia Caninia*, contribuyen a reforzar la creencia de una condición originaria, común a la de los esclavos.

6 *Revue de Droit français et étranger*, págs. 509 y ss. (1857).

7 PHILOSTR. *Vit. Apoll.*, 8, 7, 4, 12. DIO CHRISP, *Or.* 15, pág. 1.604, edición Morelli. MOMMSEN, *Bürgerlicher und Peregrinischer Freheitschutz im römischen Staat. (Festgabe für Beseler, 1885.)* MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht in den Ostlichen Provinzen*, págs. 358-364.

A este fin hemos preferido hacer dos grandes grupos: Teorías que niegan la propiedad primitiva de las *res nec mancipi* y teorías que propugnan la tesis de la propiedad colectiva, terminando con la exposición de las conclusiones que mantenemos.

Teoría de la posesión de las "res nec mancipi".

Westrup ¹, partiendo de la idea de que el derecho de propiedad, como derecho de percibir de una cosa, toda la utilidad económica que pueda reportar, es decir, no solamente servirse de ella (*usus*) y adquirir sus frutos (*fructus*) sino también poder usar de ella plenamente (*abusus*), y, especialmente, poderla enajenar, es el producto de una larga evolución social y jurídica, que arranca de la simple señoría efectiva sobre la cosa, y después de mostrar, utilizando el método filológico, un momento primitivo en que la propiedad se designa por términos que hacen alusión a una relación de hecho, de contacto físico entre el hombre y la cosa, llega a la conclusión de que la palabra latina *mancipium* se refiere a la simple señoría de hecho sobre una cosa.

Pero en el mismo trabajo, aún más, en la misma página, Westrup se apresura a indicar cómo la pertenencia efectiva de una cosa a una cosa o a un grupo de personas no ha de ser nunca un hecho desnudo, es decir, un simple estado de hecho sin alcance jurídico.

En punto a nuestro tema, Westrup sienta una afirmación, en la página 226, que nos interesa destacar: "*La simple possession de fait, le rapport de puissance concret et purement exterieure sur une chose dont a l'origine la seule protection etait probablement les propres forces du possedant (justice privée) est l'element primaire (las "res nec mancipi [i] de l'ancien droit romain")*".

La sugerencia final de Westrup se compagina muy mal,

¹ *Nouvelle Revue Historique* (1933), pág. 223.

a nuestro modo de ver, con el sentido que atribuye al término *mancipium*: “De même l’ancien terme latin commun désignant la “propiete” *mancipium* (*mancupium*) qui, comme semble le montrer son étymologie *manu capio*, “je prends [jesaisis] par la main” fait certainement allusion à la plus ancienne forme d’acquisition d’une chose, l’acte de l’appréhension unilatérale et arbitraire (*occupatio*) semble indiquer la seule maîtrise de fait comme étant l’élément primaire”.

V. Mayr ² cree que la única propiedad quiritaria posible era la que se tenía sobre *res Mancipi*; ahora bien, según él, todas las cosas serían *Mancipi*, en el sentido de que todas exigirían la *mancipatio* para ser enajenadas, y pone como fundamento de su teoría que no se concibe cómo se celebraría, en un principio, una enajenación válida sin formas.

A esto hemos de oponer: 1.º Que la clasificación de *res Mancipi* y *nec Mancipi* no puede ser reciente, porque supone un criterio arcaico; y 2.º Que la tradición, antes de la aparición de la moneda, no creemos que estuviera desprovista de solemnidades.

La razón que da E. Cuq para afirmar que en un principio no existiría más que una propiedad de hecho (son sus palabras) ³ sobre las cosas *nec Mancipi*, es la de que no habría un modo de adquirir la propiedad, porque la *mancipación* no se aplicaba a otros objetos muebles más que a los animales de tiro y carga y a los esclavos, y la *in jure cessio* no era primitivamente utilizada más que para las manumisiones de esclavos.

La argumentación de E. Cuq es fácil observar que presenta el defecto de reducir todos los modos de adquirir la propiedad a la sola clase de los modos de adquisición de las *res Mancipi*, con lo cual, como es natural, el problema no queda resuelto, sino desplazado, utilizándose un razo-

2 *Historia del Derecho romano*, t. I, págs. 177 y ss.

3 *Institutions juridiques des romains*, pág. 243.

namiento que sólo tendría eficacia para negar la validez de las enajenaciones de *res mancipi* sin cumplir el rito de la *mancipatio*.

El hecho de que no exista una designación técnica y específica de propiedad entre los pueblos primitivos ha preocupado mucho, creemos que excesivamente, a los juristas ⁴.

Nosotros, frente a esto, sostenemos dos conclusiones: 1.^a Que las perífrasis empleadas, *rem esse meam*, en la Roma primitiva *svam*, lo suyo, en Derecho hindú, etc., son suficientemente expresivas; y 2.^a Que la designación técnica y específica de la propiedad aparece cuando la progresiva diferenciación de las instituciones y relaciones jurídicas es secuela obligada de su creciente complejidad.

El reconocer únicamente, respecto de las *res nec mancipi*, la posibilidad de posesión, ha sido impugnada modernamente con todo vigor por Koschaker ⁵, para quien tal tesis es indemostrable, y, por otra parte, lo que sabemos o podemos suponer de la primitiva *possessio* es muy inverosímil ⁶.

Koschaker hace resaltar cómo entre las *res nec mancipi* están precisamente, sin ningún género de duda, las armas, y éstas acompañan a los muertos a la sepultura ⁷, terminando por creer que el *dominium* se extendería de las *res nec mancipi*, su primer objeto, a las *res mancipi*.

Tesis de la propiedad colectiva de las "res mancipi".

Ha sido también bastante frecuente entre los autores afirmar que las *res mancipi* y las *res nec mancipi* se diferencia-

4 WESTRUP, loc. cit., págs. 228 y ss.

5 Z. S. S. (1938), pág. 260.

6 ALBERTARIO, B. I. D. R., 40, pág. 5.

7 WESTRUP añade joyas y vestidos. Sobre la vieja costumbre germánica. Tac. Germ., XXVII. Cfr. también HEUSLER, *Institutionen des deutsch Privatrechts*, II, pág. 532, y HÜBNER, *Deutscher Privatrecht* (1930), pág. 679.

ron, no por razón de la exclusión del régimen de propiedad de las segundas, sino por ser, a diferencia de las primeras, objeto únicamente de propiedad privada o individual.

Así, según Giffard ⁸, tanto las *res Mancipi* como las *res nec Mancipi*, son objeto de propiedad; pero aquéllas son objeto de un derecho limitado por el derecho de la familia y de la gens (*faint-property*), y, en cambio, las *res nec Mancipi* están sometidas al derecho individual del propietario (*personal-property*) ⁹.

Para Perozzi, la diferencia entre la propiedad de las *res Mancipi* y *res nec Mancipi* está en que las primeras eran objeto de propiedad pública, y las segundas de propiedad privada ¹⁰.

Esta distinción le lleva a una configuración del derecho de propiedad, con base gentilicia para las *res Mancipi*.

Al lado de Perozzi debemos citar a Bonfante ¹¹, para quien las *res Mancipi* son los bienes sociales en contraposición a los bienes individuales *res nec Mancipi*.

Bonfante apoyaba su conclusión en los ejemplos que ofrecían algunos pueblos de constitución social primitiva, como los esclavos meridionales.

Por último, para Bonfante el grupo social a que pertenecerían las *res Mancipi* sería la *gens*.

Es de notar que Bonfante, en su *Corso* ¹², muchos años posterior a sus *Scritti giuridici* ¹³, revela cómo se iba debili-

8 *Revue de Philologie* (1937).

9 Sobre la relación de las cosas Mancipables con la primitiva solidaridad familiar romana, cfr. DE ZULUETA, *The new Fragments of Gaius en The Journ. of Rom. Stud.*, XXIV, págs. 168 y ss., y XXV, páginas 19 y ss. WESTRUP, *Family, property and patria potestas*. Copenhagen-London, 1936. FULVIO MAROI, *Il Diritto agrario nelle epigrafi romani*.

10 *Istituzioni*, 2.^a ed., vol. I, págs. 602 y ss.

11 *Corso di Diritto romano*, vol. II, lec. 1.^a, pág. 179.

12 Loc. cit., pág. 181 in fine.

13 Vol. II.

tando su postura en contra de la propiedad de las *res nec Mancipi* ¹⁴.

Modernamente, Betti es el romanista que más ha destacado la relación entre las *res Mancipi* y la estructura purídica de los primitivos grupos familiares; para él, las *res Mancipi*, *beni di signoria*, aparecen íntimamente unidos a todo el organismo familiar, formando parte de él de un modo inseparable.

El citado autor ofrece dos hipótesis a propósito de la relación entre *res Mancipi* y organismo familiar: 1.^a Patrimonio reservado en propiedad al vasto grupo agnaticio, probablemente idéntico a la *gens*, que después se denomina familia, *communi iure dicta*. 2.^a Cosas sometidas al poder político del jefe de la casa.

Cuando en la primera hipótesis Betti habla de las *res nec Mancipi* como bienes sometidos desde el comienzo a la libre disposición individual, sin necesidad del conocimiento de los agnados y del control de los comicios, no cabe duda que lo hace llevado por la idea de la exigencia de la *auctoritas* para la enajenación de las *res Mancipi* de la mujer sometida a la tutela; pero resultaría que, obtenido el asentimiento del grupo gentilicio, los bienes Mancipables podrían ser perfectamente enajenados, de donde se sigue que también Betti acepta su alienabilidad. En la segunda hipótesis incluye Betti como *res Mancipi* los seres libres, tesis que ya fué criticada por nosotros en el capítulo V.

Pero aún más: Betti, siguiendo el criterio de considerar la *res Mancipi* como *beni di signoria*, llega a suponer que sólo estos bienes eran objeto de una señoría soberana, y que a su lado las *res nec Mancipi* sólo eran susceptibles de gozo, uso o posesión individual.

Vemos, pues, que Bonfante, Perozzi y Betti, el último de

14 *Instituzioni di Diritto romano*, vol. II, págs. 358 y 359. PADOVA (1942). HUVELIN, *Cours du Droit romain*, t. I, pág. 420. París, 1927, hace una distinción análoga a la de PEROZZI.

un modo vacilante, relacionan la idea de *mancipium* con la potestad gentilicia ¹⁵.

Por lo que respecta a las teorías que sustentan el criterio diferenciador de la pertenencia colectiva de las *res Mancipi* frente a las *res nec Mancipi*, hemos de hacer destacar que este ensayo, más sociológico que histórico, presenta grandes inconvenientes.

No dejan de tener su fuerza los argumentos en favor de una propiedad colectiva de las *res Mancipi*; pero donde vemos un defecto de inexactitud es en negarle esta característica en absoluto a las *res nec Mancipi*. Piénsese que entre estas últimas se encuentra el arado, medio instrumental, en todo caso, de una explotación agraria común; los frutos de las cosechas y, especialmente, la caza, en cuya adquisición, como suficientemente prueban los datos de la arqueología prehistórica, intervenía todo el grupo familiar ¹⁶. Igualmente, entre las *res nec Mancipi* figura el ganado menor, que suministra la leche, la lana y la carne para las necesidades familiares, y que los historiadores de los pueblos primitivos colocan entre los objetos de propiedad colectiva de los primeros grupos sociales.

VII.—CONCLUSIONES

Establecidos ya los puntos básicos en que han de apoyarse nuestras conclusiones, llegamos a la exposición de nuestra tesis en orden a la propiedad primitiva de las *res nec Mancipi*.

En el tiempo primitivo, en que existían dos grupos de cosas, alienables e inalienables¹, las alienables, aquellas

¹⁵ Tesis combatida abiertamente por DE VISSCHER, *St. et doc* (1936), pág. 296.

¹⁶ GIOVANNI PATRONI, *Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta*, vol. IV, págs. 3 y ss.

¹ Que la separación de las clases de cosas que más tarde habían de llamarse *Mancipi* y *nec Mancipi* no comienza con la *mancipatio*

entre las que se encuentran los objetos de uso personal², no se puede concebir, ni siquiera en un razonamiento apriorístico, que estuviesen unidas a su dueño por una vinculación de menor entidad jurídica. Tal es la fuerza de este primer argumento, que, sin necesidad de encontrar nuevos puntos de apoyo en las fuentes, la doctrina moderna se orienta en este sentido.

Declareuil³ ya notó, entre otros⁴, cómo es inverosímil que las *res nec mancipi*, entre las cuales estaba el ganado, principal riqueza mobiliaria y capital circulante, no estuviesen, en un principio, protegidas en su propiedad.

El primer argumento en favor de la verdadera propiedad quiritaria o *dominium* sobre las *res nec mancipi*, suele tomarse de Gayo, que muestra como ejemplo de reivindicación, en el procedimiento *per sacramentum*, el rebaño, y aun más expresamente lo asimila al fundo en el aspecto procesal: *Similiter si de fundo... contraversia erat*⁵.

Para hacer frente a este argumento, Bonfante, principal impugnador de la teoría de la propiedad primitiva de las *res nec mancipi*, no tiene otro remedio que apuntar la posibilidad de que en una primera época, el rebaño, en su uni-

o *mancipium*, sino que es anterior, lo creemos ver ratificado en el hecho de que hoy día sea posible la discusión de si las cosas *nec mancipi* pueden ser transmitidas por la *mancipatio* (*Pad. Cogl.*, página 223 m. H. KRUGER, *Geschichte d. Capitis Deminutio*, págs. 122, 153, 160.) Además, si difícil es justificar como excepción, partiendo del principio de la exclusión propiedad quiritaria sobre las cosas mancipables, las extensiones de la *mancipatio* que hace Plinio (*H. N.*, 69, IX, 35), más difícil sería argumentar en contra del razonamiento de MUIRHEAD (*Introduction*, pág. 185, núm. 44) a propósito de las cosas *nec mancipi* que debían de figurar en la *fiducia cum amico deposito causa*, de que habla GAYO.

2 KOSCHAKER, *Z. S. S.*, 1938, págs. 259 y ss.

3 *Roma y la organización del Derecho*. Barcelona, 1928 (traducción española), pág. 195.

4 MONIER, PEROZZI, etc., etc.

5 *Gai*, IV, pág. 17.

dad, fuese considerado como *res Mancipi*⁶. Es curioso que Bonfante acoge el testimonio de Cicerón y Horacio para apoyar su teoría⁷, y, en cambio, rechaza el de Gayo, que si bien es más moderno, es el heredero de una tradición jurídica.

E. Cuq, el más acérrimo mantenedor entre los franceses de la teoría de la no propiedad primitiva de las *res nec Mancipi*, al encontrarse con que en Derecho romano clásico la acción de reivindicación protege las *res nec Mancipi* igual que a las *res Mancipi*, no tiene otro camino para seguir manteniendo su tesis que el de afirmar que tal extensión se operó en tiempos de Cicerón, o quizá antes⁸.

A esto se ha de oponer que de la aplicación de la *reivindicatio* a las *res nec Mancipi*, encontramos testimonios fuera de las instituciones gyanas⁹, y, en cambio, no encontramos en las fuentes la menor alusión a una primitiva exclusión.

Otro argumento en favor de la propiedad de las *res nec Mancipi* creemos encontrarlo en la teoría del *furtum*.

La procedencia etimológica de *furtum* más comúnmente adoptada es la de *ferre*, llevar¹⁰, tanto por su raíz gramatical como por las palabras que, con un sentido equivalente, se emplean en las fuentes y en el lenguaje corriente de los romanos, *attractare*, *contrectare*, *attingere*, *amovere*, *aufferre*, *tollere*, *expilare*, *compilare*.

En la época histórica vemos el *furtum* limitado a la pro-

6 Ob. cit., t. II, pág. 176. Sobre carecer de pruebas suficientes esta afirmación (Cfr. PAMPALONI, *R. per la Scienze giuridiche*, 1890, y GROSSO, *Le Cose*, págs. 293 y ss.), tenemos en contra el testimonio expreso de GAYO, que considera a la *hereditas* suma unidad patrimonial como *res nec Mancipi*, *Gai*, II, pág. 34.

7 Loc. cit., págs. 176-177.

8 *Institutions juridiques des romains*, págs. 292 y ss.

9 PAULO, D., 6, 1, 9. La elocuencia del texto gyanano es puesta de relieve por el autor de tanta agudeza crítica como PEROZZI (*Ist.*, 2.^a edición, t. I, pág. 607, núm. 2).

10 AULO GELIO, 1, 180. PAULO, D. 47, 2, 1, *pr. Instit.*, 4, 1, 2.

propiedad mobiliaria¹¹; ahora bien, resulta que, si en la época de las XII Tablas se reglamenta, no se crea el castigo del *furtum*, es evidente que en los primeros tiempos de Roma se penaba la sustracción de cosas muebles, y baste recordar que en esta clase de cosas estaban en abrumadora mayoría las *res nec mancipi*, para concluir que el robo de esta clase de cosas estaba ya castigado. ¿Mas se puede concebir el robo como anterior a la propiedad? Cualquiera que sea el alcance que se quiera dar a la disposición de las XII Tablas (8, 17): *Furtivam (rem) lex XII tabularum usu capi prohibet*¹², en relación con la *lex Atinia*¹³, es lo cierto que se atribuye (contra todo poseedor o sólo contra el ladrón poseedor) un derecho sobre *res nec mancipi* (puesto que la ley, en este punto, no distingue entre diferentes clases de cosas) a favor de quien era su propietario.

En contra de esto se ha dicho que la represión del robo, más que castigar el ataque al vínculo jurídico de la propiedad, sirve para castigar la ofensa hecha a la víctima, y que por esta razón sólo se castigaba, en un principio, al *fur manifestus*, al ladrón sorprendido *in fraganti*¹⁴. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que las XII Tablas hablan de *fur manifestus* y *nec manifestus*, variando su condena del cuádruplo al duplo; pero siempre dentro de un cuadro de represión del robo que se inspira en este punto, según el testimonio de Aulo Gelio en la legislación de Solon¹⁵.

Ihering, apoyándose en *Gai*, IV, 4,¹⁶ sostiene que en la época más antigua en el Derecho romano, a semejanza del germánico, la propiedad de las cosas muebles se confunde

11 AULO GELIO, 11, 18, 13.

12 *Gai*, 2, 45 y 49. *Inst.*, 2, 6, 2. JULIANO, D. 41, 3, 33, pr.

13 AULO GELIO, 17, 7, 1.

14 *Festschrift Koschaker*, I, pág. 435.

15 X, pág. 185.

16 Cfr. para su relación con el Derecho inglés, *Gai Institutiones Or Institutes of Roman Law by Gaius*. Ed. Poste., pág. 450.

con la posesión, por no poderse perseguir la cosa más que persiguiendo al ladrón.

Frente a esta tesis de Ihering ya hizo notar Scialoja ¹⁷ que la presencia de la cosa era un elemento del acto procesal, de la reivindicación, lo que lleva a creer que la defensa de las cosas muebles en los tiempos más remotos estuvo perfectamente garantida; y aun más, llega a decir el autor citado que, en su origen, la defensa del patrimonio se refirió, principalmente, a las cosas muebles, y por ello a las *res nec mancipi*.

Una prueba más de que sobre las *res nec mancipi* había verdadera propiedad es que en la usucapión del más antiguo Derecho romano no se distingue entre *mancipi* y *nec mancipi*, y ello pese a que se encuentra referencia a dicho modo de adquirir en la ley de las XII Tablas, y, por consiguiente, sin ningún género de duda, la usucapión es coetánea al momento de la plena vigencia de la distinción *mancipi-nec mancipi*. Pero aún más: en la ley de las XII Tablas se hace excepción expresamente de las *res mancipi* de la mujer enajenados sin la *auctoritas* del tutor, a los efectos de usucapibilidad, y, en cambio, no se exceptúa el otro término de la distinción. De aquí la conclusión es evidente; si eran susceptibles de usucapión, se podía adquirir la propiedad de las *res nec mancipi* en el tiempo de las XII Tablas ¹⁸.

Para nosotros hay un pasaje de Gayo que no suele utilizarse para defender la tesis de la propiedad de las *res nec mancipi*, y que, sin embargo, por las razones que exponremos, juzgamos que es interesantísimo a este fin; es el IV, 16, *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam*

17 *Teoria della proprietà nel Diritto romano*. Roma, 1928, vol. I, Ed. Bonfante, pág. 248.

18 PEROZZI sólo admite que la usucapión haya servido para adquirir la propiedad de las cosas mancipables cuando la *mancipatio* se equiparó a la tradición en el sentido de ser ambos actos interfamiliares y no sólo intergentilicios. *Ist.*, 2.ª ed., t. I, pág. 651.

justi dominii, quando justo dominio ea maxime sua esse credebant, quae ea hostibus cepissent.

En este texto observamos que se considera como propiedad más legítima la de las cosas tomadas al enemigo¹⁹, no se distingue entre *res mancipi* y *nec mancipi*; y es más, creemos que vista su redacción, más bien parece referirse a *res nec mancipi*, sobre todo si lo consideramos en relación con el texto II, 69, del mismo autor, que pone fin a una relación de cosas no mancipables.

Monier²⁰ considera como un argumento en favor de la primitiva propiedad de las *res nec mancipi* su inclusión en las disposiciones de la ley Aquilia, que castiga los daños causados al propietario, sin hacer distinciones de cosas, y basa la fuerza de su argumento en la notable antigüedad de la ley.

Nosotros no hemos de entrar en el análisis del problema de la fecha de la ley Aquilia²¹, sino simplemente señalar cómo, según el testimonio de Ulpiano²², no representó una innovación, sino que vino a sustituir disposiciones muy antiguas.

Una equiparación más en el primitivo régimen jurídico de las *res mancipi* y *nec mancipi* encontramos en la *ocupatio* y la *derelictio*.

Por lo que respecta a la *ocupatio*, se ha sostenido que no

19 Cfr. KARL FRIEDRICH THORMANN, *Der Doppelte Ursprung der Mancipatio*. München, 1943, págs. 67 y ss., sobre la importancia de la lanza entre los primitivos indogermanos invasores de la península italiana y su relación con la *manus*.

20 *Manuel élémentaire*, 3.^a ed., t. I, pág. 464.

21 Vid: ANTONIO PÉREZ, *Praelection in Cod.*, lib. III, tit. 35, número 2. SUÁREZ DE MENDOZA, *Comm. ad L. Aquiliam in Apparat*, capítulo I (in *Ger. Meermannii Novo Thes. iur civ. et canon.*, t. II, página 9). PIGHIUS, *Anual Pap. Rom.*, t. II, pág. 330. BACH, *Histor iurisprud. Rom*, lib. II, cap. 2, lect. 1, § 37, pág. 155. TEÓFILO, lib. IV, tit. 3, § 15, ed. Reitz (t. II, pág. 165), etc.

22 D. 9, 2, 1, pr.

producía efecto como medio de adquisición de cosas abandonadas más que en el caso de las *res nec mancipi* ²³.

Por algún autor se ha sostenido que la ocupación sólo permite adquirir la propiedad sobre las *res nec mancipi*, mientras que en el caso de las *res mancipi* la ocupación, como la tradición, hace que estén *in bonis* hasta la expiración del plazo de la *usucapion* ²⁴.

Frente a todas estas opiniones, recientemente ha demostrado Silvio Romano ²⁵, contra Meyer Collings, cómo el pasaje de la *Instituta*, II, 1, 47: *Qua ratione verius esse videtur et si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici*, que se reputa tomado de las *Res cottidiannae*, de Gayo, no hay motivo alguno para suponer que en su forma originaria se refiriese sólo a la *res nec mancipi*, e igualmente que el texto del *Digesto*, XLI, 7, 1, se ha juzgado también alterado por los compiladores en el sentido de ampliarlo a las *res mancipi* sin argumentos suficientes ²⁶.

23 BONFANTE, *Corso*, II, 2, págs. 196 y ss., 251. CUQ, *Manuel*, página 260. GIRARD, *Manuel*, 8.ª ed., pág. 341. FERRINI PAND, pág. 414, número 4. COSTA, *Storia del D. rom. priv.*, págs. 196, 232, núm. 1. ACCARIAS, I, 503, etc. Sobre la distinta valoración de las *r. m.* y *r. n. m.* en orden a la *derelictio*, cfr. MAYER, *Z. f. geschicht. Rechtswissenschaft*, VIII, 1832, págs. 49 y ss. SELL, *Röm Lehre der dingl. Richte*, I, Bonn., 1852, pág. 183. BUCKLAND, *A Manual of roman privat. law*. Cambridge, 1925, pág. 188. MEYER COLLINGS, *Derelictio (Die Dereliktion in römischen Rechts biszum Corpus Juris Civilis)*. Kallmünz, 1932, y PEROZZI, *Ist.*, I, pág. 685, núm. 2.

24 CUQ, ob. cit., pág. 260. ROTTONDI (*Scritti*, vol. III, pág. 53) ha puesto de relieve que no hay en los textos justinianeos ningún trazo a través de la distinción muebles-inmuebles que superó a la de *r. m.* y *r. n. m.* se exigiese la usucapión en el caso de los inmuebles abandonados.

25 *Studi sulla derelizione nel Diritto romano*, págs. 75 y ss.

26 Cfr. también BERGER, *Bull. Ist. di Dir. rom.* (1922), pág. 164. A idéntica conclusión se llega respecto del D. 41, 7, 5 (cuya antinomia entre el pr. y el § 1 se quiso resolver admitiendo que Pomponio hubiese distinguido entre *r. m.* en el pr. y *r. n. m.* en el § 1) en el trabajo de SILVIO ROMANO.

En suma, que la discusión entre proculeyanos y sabinianos a propósito de la adquisición de las *res derelictae*, se refería también a las *res mancipi*, como se comprueba por el D. 47, 2, 43, 4 y 5, en que Ulpiano extiende la doctrina de los sabinianos a una *res nec mancipi*.

Rotondi ²⁷ pudo demostrar, con el estudio detallado de las fuentes bizantinas, que es una innovación del Derecho nuevo la adquisición de la libertad en el caso del esclavo abandonado por su dueño ²⁸.

Ahora bien; éste es un caso de aplicación de la teoría del abandono a la figura siempre especial del esclavo, y el hecho de que al romperse la relación de propiedad del esclavo con su dueño aquél permanezca tal no supone un diferente régimen en la *derelictio* de las *res nec mancipi* respecto de las *res mancipi*, lo que, a su vez, llevaría a pensar en una vinculación jurídica más fuerte de las primeras.

Examinados ya los argumentos en favor de la primitiva propiedad de las *res nec mancipi*, pasemos a ocuparnos de los motivos que han inducido a negación por un sector de la doctrina.

El principal argumento invocado por Bonfante ²⁹ es: en un principio la venta de una *res nec mancipi* carece de garantía por evicción. De aquí puede deducirse que no nacia obligación de garantía, porque no era posible una *reivindicatio* sobre las *res nec mancipi*, con lo cual queda negada su primitiva propiedad.

Es interesante destacar que cuando Bonfante pone de relieve de un modo resuelto y categórico la inexistencia de una garantía, en el caso de evicción de las *res nec mancipi*, el único texto que cita en apoyo de su tesis es el de las sentencias de Paulo II, 17, 2. "*Si res simpliciter traditae evincantur*

27 Scritti, vol. III, págs. 25 y ss.

28 Ya AFFOLTER, *Ueber Personlichkeit der herrentosen Sklaven*. Leipzig, 1913, y entre los antiguos, CUYAS, *Opp.*, I, 1146. P.

29 N. R. Scritti *giuridici varii*, II, Torino. 1926, pág. 178.

tanto venditor emptori comdenandus est quanto si stipulatione pro evictione cavisset."

Este texto precisamente se refiere al tiempo en que existía una garantía por estipulación ³⁰.

Las dos interrogantes que intentaremos contestar son: ¿Cuál es la antigüedad de esta estipulación?, y antes de su introducción, ¿cómo se protege al comprador?

La más antigua de las estipulaciones para garantizar a los compradores de *res nec mancipi* parece ser la *stipulatio rem habere licere*. En favor de su antigüedad militan los siguientes argumentos, puestos de relieve principalmente por Girard ³¹. La *stadistatio* o *repromissio secundum mancipium* parece ser la imagen fiel de la *actio auctoritatis*, y la *stipulatio duplae* es una nueva edición de la *estipulatio secundum mancipium*; por consiguiente, queda la *stipulatio rem habere licere*, que ha de ser, por lo menos, contemporánea a la *actio auctoritatis* ³².

Cierto, sin embargo, que la *stipulatio rem habere licere* es una obligación de hacer, por lo cual, teniendo en cuenta la tardía aparición de esta clase de obligaciones, no puede remontarse más allá del final de la época antehistórica.

Monier ³³ coloca el origen de la *stipulatio rem habere licere* antes de las XII Tablas. Nosotros, considerando que la *stipulatio r. h. l.* no tiene carácter penal, a diferencia de lo

30 Adelantaremos que no estimamos satisfactoria la postura de explicar una primitiva irrevindicabilidad de las *res nec mancipi* vendida por la investidura de un poder oponible a todos. Cfr. GRANDENWIZ, *Einführung in der Papyruskunde*, págs. 193 y ss. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers*, pág. 48. MITTEIS, *Grundzüge*, II, 1, págs. 171 y ss.

31 *Melanges de Droit romain*. II. *Droit privé et Procedure*, página 100.

32 Sobre la antigüedad de la *stipulatio duplae* cfr. IHERING, *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverhältnissen*, *Jahrbücher für die Dogm. des R.*, 1885, pág. 204.

33 *Manuel*, 2.ª ed., II, pág. 198.

que parece ocurrir con la *actio auctoritatis* ³⁴, sino que tiene por misión garantizar al comprador la lícita y pacífica tenencia de la cosa, prescindiendo de la fijación *a priori* de un múltiplo del precio pagado, y atendiendo únicamente para establecer la medida de la indemnización a pagar por el vendedor al valor de la cosa en el momento de la evicción *stipulatio incerta* ³⁵, creemos poder afirmar que su origen debe situarse en el momento de la aparición de la moneda.

Queda por resolver el último punto. ¿Qué medios tenía, antes de la introducción de la *stipulatio rem habere licere* el adquirente de una *res nec mancipi* en caso de ser reivindicada por el legítimo propietario?

Si pensamos en el primitivo medio de adquisición derivativa de las *res nec mancipi*, el trueque ³⁶, y a la vez tenemos presente un pasaje de las Instituciones de Justiniano, el II, 1, 41, que tan copiosa bibliografía ha suscitado ³⁷: "*Venditae*

34 En la *actio auctoritatis* ya creyó ver IHERNIG una pena por el doble del precio de la venta por apropiación injusta de un bien ajeno, como en el caso del *furtum nec manifestum* y en las *vindicia falsa* del procedimiento de reivindicación.

En contra RUDORFF, *Z. f. Rechtsgesch.*, t. II, pág. 88, y ECK, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewahrung des Eigentums*. Halle, 1874, pág. 4.

Modernamente, HUVELLIN, un especialista de los estudios sobre el *furtum*, insiste en el carácter penal de la *actio auctoritatis*. *Cours*.

35 GIRARD, *Histoire de la garantie d'éviction, Melanges*, t. II, página 131.

36 No creemos que pueda confundirse en modo alguno el trueque de productos a que aquí aludimos con el convenio de cambio, cuya regulación jurídica tan graves problemas plantea a sabinianos y proculyanos, y cuya génesis se enlaza, según la tesis de THORMANN, con la escasez de dinero que se notó en el Principado.

Cfr. *Der Deppelte Ursprung der Mancipatio*, pág. 125 y ss.

37 MITTEIS, *Z. S. S.*, 1914, pág. 330. BOYER, *Recherches historiques sur la resolution des contrats*, 1924. These, págs. 57-104. APPLETON, *A l'époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était il subordonné, au règle du paiement du prix?* *Revue historique de Droit français et étranger*, 1928, pág. 173. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*. Leipzig, 1916, págs. 65 y ss. FERRINI, *Pandett*, 3.^a ed., pág. 397. ZOCCO-ROSA, *Annuario dello Ist. del Diritto*

vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege Duodecim Tabularum; tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri." En este pasaje advertimos, en primer lugar, dos fuentes perfectamente distintas, las XII Tablas y el *jus gentium*, que en la Instituta se quieren destacar con la frase *tamen recte dicitur es jure gentium id est jure naturali id effici*; y en la paráfrasis de Teófilo: "Esto es lo que estableció la ley de las XII Tablas, y esto es lo que quiere también el "jus gentium", fuente de justicia natural, que por esto es observada por todos los pueblos."

Al existir dos fuentes tan distintas, no cabe duda que el motivo de la disposición era también distinto en una y otra. A nosotros nos interesa demostrar el motivo de la disposición, que ya estaba recogida en las XII Tablas ³⁸. Ante todo tiene gran importancia resolver la cuestión de si las XII Tablas se referían a la *mancipatio* o a la *traditio*.

La aplicación de la regla de las XII Tablas a la *mancipatio* carecería de sentido, ya que, admitiendo que la *mancipatio* fuese en un principio una venta real ³⁹, la falta de

Rom., vol. IX, parte I. (Catania, 1905-06.) Accarias, 4.^a ed., I, página 581, etc.

38 ENNECCERUS, *Rechtsgehaef*, 1889, págs. 250 y ss., ha demostrado que el final del texto, *sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri* resulta de una evolución posterior a las XII Tablas; mas el resto del pasaje, pese a los ataques de PRINGSHEIM, que admite la posibilidad de una alteración en la Instituta, consistente en inventar una regla de las XII Tablas para justificar una innovación bizantina (pág. 88, ob. cit.), se apoya evidentemente en una fuente clásica, como ha demostrado APPLETON, *R. H.*, 1928, págs. 16 y ss., utilizando el método filológico, y, por consiguiente, la alusión a las XII Tablas es digna de fe.

39 La evolución de la *mancipatio* de venta real a venta simbólica es semejante a otras tantas evoluciones de Instituciones jurídicas ro-

entrega del precio supondría que se dejaba de cumplir uno de los requisitos taxativamente exigidos por el carácter formalista del acto ⁴⁰.

Si consideramos aplicada la regla de las XII Tablas a la *traditio*, esto es, a los modos de enajenar las *res nec mancipi* ⁴¹, no tendremos grandes inconvenientes para remontarnos un poco más y verla también aplicada al trueque o cambio de productos; en este caso, si las *res nec mancipi* recibida era reivindicada por su primitivo y verdadero dueño, el adquirente engañado y ahora víctima de la evicción podría reclamar la cosa que entregó en cambio, reivindicándola a su vez, por no haber habido verdadera transferencia de propiedad.

En resumen, podemos concretar nuestra tesis en la siguiente forma: En una época primitiva se distingue en Derecho romano entre cosas alienables y cosas inalienables; estas últimas son aquellas que se relacionan directamente con el cultivo de la tierra.

Las cosas inalienables son susceptibles de *nexum*, esto es, préstamo, en el que no hay desplazamiento de la cosa prestada al prestatario, sino del prestatario a la hacienda agrícola del prestamista, ya que el préstamo sería no de cosas aisladas, sino de parcelas de terreno (inmueble) con los instrumentos de explotación de la misma, préstamo en que el prestatario estaría obligado a un género de servicios en contraprestación que no nos son bien conocidos ⁴².

manas, en que se pasa de lo real a lo simbólico; así *Gai*, 4-16, *in fine*. *Cic. De orat.*, I, 53, etc.

40 Nótese que ACCARIAS llega a la misma conclusión, partiendo de la teoría de que la *mancipatio* fué siempre un acto simbólico. *Precis*, I, pág. 581, núm. 2, 4.ª ed.

41 PRINGSHEIM, loc. cit.

42 THOMANN, *Der Doppelte Ursprung der Mancipatio* (1943), páginas 255 y ss., cree ver en el *nexum* primitivo un encadenamiento para forzar al cumplimiento de ciertas prestaciones, y en el *nexum*

Más tarde, al aparecer la *mancipatio*, las cosas inalienables son las *res Mancipi*, mientras que las alienables reciben, sólo por exclusión, el nombre de *res nec Mancipi*, y el *nexum*, privado de su antiguo papel, se desnaturaliza y desvirtúa en la forma de un préstamo de dinero.

Encajadas en este cuadro evolutivo de instituciones arcaicas, se puede y debe admitir la verdadera propiedad primitiva de las *res nec Mancipi*, que, como acabamos de probar en la última parte del trabajo, no hay ningún texto que a ella se oponga, y, en cambio, fácilmente pueden encontrarse indicios que la atestiguan.

FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO.

mancipiumque de las XII Tablas, esto es lo más original de su trabajo, un solo negocio jurídico, integrado por un encadenamiento simbólico y un *mancipium*.