

PROPRIETAS, POSSESSIO Y ACTIO PUBLICIANA

MARGARITA FUENTESECA DEGENEFIE

1. PROPRIETAS, FAMILIA Y HEREDITAS

Este estudio es un intento de aclarar la formación histórica del concepto de propiedad y su relación con la noción de posesión, la cual se introdujo por obra del *prueter* en el *ius civile*. Con ello puede verse la aparición, gracias a la *actio Publiciana*, de una noción nueva de propiedad y también una noción nueva de herencia que fue la *bonorum possessio*. Como se sabe, en la romanística la historia del concepto de propiedad se expone dentro de unas líneas convencionales, que ocultan discrepancias. Esto se debe, en gran parte, al problema del concepto de *familia*, más complicado y básico para explicar la propiedad. Por eso dedicamos una breve introducción a la relación originaria entre propiedad y familia. Concretamente planteamos como primer problema el de coordinar dos concepciones, aparentemente contrapuestas, de la estructura familiar primitiva en Roma: ¿se trata de una comunidad familiar, como han venido defendiendo los romanistas alemanes (*Hausgemeinschaft*) o se trata de un grupo sometido al poder del *paterfamilias*? Esta última idea parece tener más apoyo en las fuentes, pero la idea de la comunidad familiar tiene su fundamento en el *consortium erecto non cito*, latente mientras vive el *paterfamilias* y que a su muerte se convierte en un *consortium* entre los *sui heredes*. Una cuestión clave en este tema es la naturaleza de la *res Mancipi*, discutida desde siglos: ¿a quién pertenece la propiedad de las mismas, al *paterfamilias*, o son de uso y titularidad común del grupo familiar inscrito en el *census populi* como un patrimonio que otorga la calificación para colocarse en una u otra clase del *census* y también *comitium* por centurias. Este tema de las *res Mancipi* lo tratamos más ampliamente más adelante.

Brevemente comenzamos con el binomio propiedad-familia destacando el papel de la *domus* como centro de culto familiar agnaticio, puesto que se admite que en Roma el

Margarita Fuenteseca Degeneffe

culto doméstico precedió al público¹. Es conocida la información de Cicerón en *De legibus*² en donde menciona la perpetuidad de los *sacra familiaria* después de la muerte del *paterfamilias* y hace referencia a la atribución de la carga económica de dichos *sacra* sobre quienes recibiesen la mayor parte de bienes patrimoniales (*pecunia*) del fallecido. Estos datos, muy discutidos en la romanística, según BIONDI³, no desnaturalizan el carácter familiar de los *sacra familiaria* porque el *heres extraneus* se obliga a proporcionar medios para el culto, que sigue siendo familiar. El deber de los *sacra* no pasa al *heres* por su cualidad de tal, sino porque adquiere la *pecunia* precisamente *mortis causa*, según BIONDI⁴. Lo que interesa a fines de este estudio es el hecho de que la casa (*domus*) es la sede del culto, de modo que los singulares miembros de la *domus* están consagrados a los dioses: *singula membra domus, sacrata sunt diis* (*Servius Aen.* 2,469). Por tanto la comunidad de la casa procedía del culto religioso, más bien que de la continuidad de bienes.

Por otra parte está la figura del *paterfamilias*, que sería denominado también *dominus*, expresión que hay que entender como titular del poder dominical. En la *domus* están las raíces del poder familiar del *paterfamilias* tanto en la función sacerdotal como en la de titular de un poder dominical. Este poder dominical cristalizó a fines de la república en el concepto de *dominium* como titularidad de propietario de bienes. Sin embargo hasta la época clásica se mantiene una triple forma de poder del *paterfamilias* proyectada sobre el grupo familiar distinguiendo *personae in potestate, manu, mancipiove*.

En segundo lugar abordamos la relación propiedad-herencia, comenzando por la problemática de la noción de *hereditas*. Como punto de partida se puede tomar, desde su valor más retórico que jurídico, la definición ciceroniana de *Topica* 6,29, válida para la época republicana final: *hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*. La expresión *pervenire iure* es una alusión al carácter jurídico del concepto de *hereditas*; es decir, que ya en esa época la *hereditas* es un concepto jurídicamente elaborado, es una titularidad jurídica, un *ius successionis*. *Pervenire iure* equivale a decir que es adquisición jurídica; es un *modus acquirendi per universitatem*. Esto concuerda con la posterior evolución de la *hereditas* y la explica, ya que en Gayo la *hereditas* es un modo de adquirir *per universitatem*, frente a los modos de adquirir cosas singulares. Así, la herencia se adquiere como una totalidad o complejo jurídico —*universitas iuris*— y no por entrega material de las cosas singulares que incluso pueden integrarla. *Acquirere per universitatem* quiere decir, según precisa Gayo (2,91⁵, confirmado por el Epítome

¹ Vid. DE MARCHI, Attilio, *Il culto privato di Roma antica, I (La religione nella vita domestica)*, Milano, ed. Hoepli, 1896, p. 21.

² Cic. *De legibus* II, 19,47: *ius essent adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit*.

³ Vid. BIONDI, B., «Obbietto dell'antica hereditas», *IURA*, 1, 1950, p. 157.

⁴ Vid. BIONDI, B., *op. cit.*, p. 160.

⁵ GAYO II, 91: «De his autem servis in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis acquirant, id nobis acquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum pro-

de Gayo 2,2 y en D. 23,5,1,1⁶ y D. 41,1,62⁷) que se trata de adquisición de cosas mediante o por el trámite de una totalidad.

La *hereditas* es, por tanto, un concepto jurídico, un *nomen iuris* que contiene un *ius successiois* y por otra parte, como modo de adquirir, es una *adquisitio* en bloque, como parte de un todo, totalidad o conjunto, es decir, de una *universitas*.

Sin embargo, siguiendo los fines de nuestro estudio tenemos que relacionar el concepto de *hereditas* con el de *familia*. *Hereditas* es un concepto derivado de *heres*, que se ha vinculado demasiado al *heres ex testamento* sin pensar que precisamente el término *heres* se aplicó ya en las XII Tablas. Acaso el patrimonio común de los *heredes sui* haya sido el origen del término *hereditas*; a fines de la República, para Cicerón, *hereditas est pecunia*. Los términos anteriores son *familia* y *pecunia*, de lo cual la generalidad de los autores se han percatado, pero no hasta el punto de sospechar que el término *familia* fuese el núcleo originario y conceptual del que salieron los posteriores conceptos de *familia* y *hereditas* clásicos⁸. Pero para ello se ha de valorar el término *familia* convenientemente, es decir, como agrupación de personas bajo un poder común, que representa la unidad del grupo⁹.

prietatis pertineat. Itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietas adquiritur.»

⁶ D. 23,5,1,1: «Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti, cum suo tamen iure, ut alienari non possit.» Traducción: Pero también por título universal pasa un predio, en cuanto es posible, a otro, por ejemplo, al heredero del marido, pero con su propio derecho, de suerte que no pueda ser enajenado.

⁷ D. 41,1,62: *Paulus libro II. Manualium*. «Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur.» Traducción: Algunas que no pueden ser enajenadas solas, pasan a otro en conjunto, como el fundo dotal al heredero y la cosa respecto a la que uno no tiene derecho de comercio; porque aunque no pueda ser legada a él, sin embargo, el heredero instituido se hace dueño de ella.

⁸ Vid. CAPOGROSSI-COLOGNESI, L., ED, v. *proprietà*, p. 170: considera el *heredium* un tipo de propiedad familiar, sustraída a libre disponibilidad del *paterfamilias*, que tenía la simple gestión de los bienes en función de la necesaria transmisión de éstos a los descendientes legítimos, es decir, a los *sui* en la sucesión *ab intestato*.

⁹ La prueba de ello la encontramos en los términos: *sepulchra familiaria* (son enterramientos de las personas del grupo familiar), *sepulchra hereditaria* (enterramientos de los herederos), *sacra familiaria* (ritos domésticos referentes al grupo), *feriae familiares* (asuetos de todos los miembros de la *familia* incluidos algunos animales domésticos), *actio familiae erciscundae* (división no sólo de una comunidad de bienes, sino de una unidad superior de personas con los cultos familiares, etc), *mancipatio familiae* (traspaso por *mancipatio* de personas libres y esclavas a otro *pater*); en las expresiones: *agnatus familiam habeto* (el *agnatus* dirige el grupo familiar y es *tutor*), y *vindicatio familiae* (que se sustituye por *petitio familiae pecuniaeque* y más tarde por *petitio hereditatis* cuando la *hereditas* es ya una *universitas* y *familia* es simplemente un grupo parental), también en: *usucapio pro herede* = *usucapio familiae pro herede* (esta *usucapio* era el modo de convertir la *manus* o poder sobre la *familia*).

Margarita Fuenteseca Degeneffe

En consecuencia, se puede decir que no se da en la *familia* ni sucesión política¹⁰, ni puramente material —de bienes—, pero tampoco comunidad familiar; así, *familia* es conjunto de personas con vínculos sacros viviendo bajo un *paterfamilias* y formando una compleja unidad en donde hay bienes, fundos y animales, vinculadas a la misma *domus*. La idea de comunidad familiar no está enteramente probada, pese al carácter familiar indiscutible del *consortium*: este es un grupo hermanado de tipo familiar y no una simple comunidad de bienes. Del *consortium* que es una institución familiar, se pasa a la *communio* clásica que equivale a copropiedad de cosa común que se divide mediante *actio communi dividundo*. Se separan así el concepto de familia, que sigue su origen del grupo personal fundamentalmente, y el de *hereditas* que va surgiendo como esfera patrimonial de los *heredes* abarcando la sucesión familiar, como patrimonio de la familia que pasa al *heres*, constituyendo, por tanto, la herencia¹¹.

Por otra parte, hemos estudiado, dentro de la relación propiedad-herencia, el sentido de la expresión *suus heres*. Podemos resumir las ideas en siete puntos.

1. La dificultad de hallar un sentido y significación jurídica clara de la expresión *suus heres* ha dado lugar a múltiples aclaraciones sin que ninguna de ellas haya predominado de modo claro y convincente. Una gran parte de la concepción del sistema hereditario romano primitivo depende de la interpretación que se haga de la figura del *suus heres* en el amplio marco del sistema sucesorio romano

2. Está ya probado que la expresión *suus heres* no aparece en las fuentes antiguas. No aparece en la *Rhetorica ad Herennium*, [ni en Cicerón, *Inv.* 150, 148(8)] que dice: *si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*.

3. El *suus heres* es una figura inexplicable tanto desde el punto de vista terminológico (*suus heres* = *heres* doméstico, propio) como desde el punto de vista hereditario estricto, puesto que si se admite que se refiere a *fili in potestate*, habría que admitir que tanto impúberes como *mulieres* serían *suus heres* (pero son personas sometidas a tutela) y, por otro lado, sorprende que en el llamamiento pretorio no aparezca con caracteres autónomos la categoría de los *heredes sui*.

4. No hay razones seguras, por otra parte, para afirmar que los *sui heredes* aparecen mencionados en las XII Tablas. La mayoría de los autores han estimado como más fiel reproducción del texto de las XII Tablas el que arranca de la *Collatio XVI*, 4,1,2: *si intestato moritur qui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto*. Se ha preferido esta versión frente a la más antigua,

¹⁰ Como es sabido, el representante de esta teoría es BONFANTE, P. *Vid. Res Mancipi e nec Mancipi*, Roma 1888-1889, reeditado con relevantes y sustanciales modificaciones bajo el título: «Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana», en *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1926.

¹¹ Sobre la *hereditas*, *vid.* comunicación mía al IV Congreso Iberoamericano, celebrado en Orense, 16-19 de abril de 1998, *La problemática de la noción de hereditas*, pendiente de publicación en las Actas de dicho Congreso.

que nos transmite la *Rhetorica ad Herennium* antes citada, en la que no aparecen mencionados los *sui heredes*. Con esto no queremos decir que se haya creado una nueva categoría de sucesores, sino que se trata de un concepto ya implícito en las XII Tablas, que la jurisprudencia se vio obligada más tarde a desarrollar ampliamente. Concretamente, el *suus heres* en las XII Tablas se circunscribe al *filius puber* varón. *Impuberes* y *mulieres*, aunque *fili* del *paterfamilias*, no serían *heredes* y por tanto *suus heres* equivalía a *heres sui iuris*, esto es, a *fili* varones y púberes. Se trataba de una norma, más bien de transmisión de la *familia* que de la *hereditas* en sentido sucesorio posterior. En definitiva, herencia y tutela se entrecruzan en sus orígenes dando una figura de *heres-dominus-tutor* que viene a ser continuador del grupo familiar.

5. Otro punto clave es el término *intestatus*, que se refiere a una *testatio* o testificación no realizada. *Intestatus* nos dicen las fuentes clásicas no es solamente el que no ha hecho *testamentum* sino el que no nombró tutor para sus hijos: *is qui testamento liberis suis tutorem non dedit; quantum enim ad tutelam pertinet intestatus est*. Sobre esta afirmación de Paulo se han elaborado las bases para afirmar la identidad de las figuras del *heres* y *tutor* en época antigua. Tutela y transmisión del grupo familiar aparecen, en nuestra opinión, aludidas bajo la expresión *intestatus* de las XII Tablas. No es, por tanto, un principio sucesorio en sentido propio, repetimos, sino más bien de orden jurídico-familiar. *Hereditas* es una idea que va a surgir más tarde y que a fines de la República toma claramente el sentido de patrimonio hereditario: *hereditas est pecunia*. En las XII Tablas no existe este concepto sino únicamente el de *heres* que sería el que tiene una cuota o parte del *erctum non citum* o lo tiene todo si es el único miembro de la familia. Y si los impúberes y las *mulieres* no eran consideradas con capacidad para continuar la dirección de la *familia*, es claro que el *heres* debía ser un *sui iuris*. Quizá en las XII Tablas no se mencione el *heres* porque no es éste un concepto unívoco ni técnico todavía. Acaso la *actio familiae erciscundae* hizo posible por primera vez la ruptura del grupo y dio así relevancia al concepto de *heres* en el sentido de separado del *erctum*. El misterio del significado del *suus heres* quedaría en cierta medida aclarado; cabe establecer como hipótesis que éste podría ser el *heres sui iuris*.

6. Partiendo de la idea de que el *heres* debía ser un *sui iuris puber*, por tanto, un varón, se comprende que las XII Tablas no hayan precisado mayor explicación. El grupo queda bajo la potestad del *agnatus* —o *agnati*— del grado más inmediato. El concepto de *agnatus* no está enteramente definido y se presta todavía a discusión, pero aceptamos que *agnati* son los nacidos juntos —es decir, en el grupo mismo familiar— conviviendo al lado unos de otros y junto al mismo padre; *agnatus* fue el término genérico para expresar parentela por línea de varón. M. F. LEPRI¹² había puesto de manifiesto que los *ag-*

¹² Vid. LEPRI, M. F., *Ancora qualche parola a proposito di sui e di agnati*, Studi SOLAZZI, Napoli, 1948. Id., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano. I. Appunti sulla formazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942.

Margarita Fuenteseca Degeneffe

nati fueron los hijos y personas libres sometidas al *paterfamilias*, mientras que *sui* habría sido una palabra introducida más tarde por la jurisprudencia. No parece osado admitir que la categoría de los *sui heredes* surgió de un modo simple en relación con términos como *filius* (= *filius suus*) y con el término *pater*. Ahora bien, puesto que *heredes* serían los *agnati proximi* al *pater*, serían *heredes patri sui* y a la vez *filii sui patris*; de ahí quizá la simplificación *suus heres*.

7. No hay propiamente sucesión *ab intestato* en las XII Tablas en el sentido verdadero posterior, sino una norma de transmisión de la dirección de la familia al *agnatus* si el *pater* no ha hecho *testatio*, pero dejando impúberes que no pueden ser *heredes*. Si deja *filii puberes* pueden dividir la *familia* o seguir el *consortium*. Decir púberes varones es inútil puesto que las *mulieres* están bajo tutela. Es decir, si no hay púberes varones no hay *heredes*; si los hay no hace falta *testatio*.

En definitiva, *heres* en línea con su origen etimológico viene a ser el que a la muerte del *pater* se separa o se desprende del grupo recibiendo una parte del *heredium* si se lleva a cabo una división de la *familia* o grupo mediante la *actio familiae erciscundae* (*erctum* de *ercisco* = dividir en partes o cuotas parte o cuota). Esta *actio* hace *heredes* acaso por primera vez desde las XII Tablas; anteriormente existiría una continuidad familiar por línea agnaticia, pero desde entonces el *consortium* se puede romper.

Esta exposición nos ha permitido constatar que la organización del grupo familiar es tema prioritario para comprender la historia de la propiedad. El *dominus* aparece en relación con la *domus* y ésta constituye la sede de la *familia*, de tal modo que las invocaciones religiosas del *paterfamilias* pedían la protección divina de la casa y la *familia*, *domus familiaque*. De la *domus* procede la noción de *dominium* (como poder dominical) que se transformó en el significado de propiedad a fines de la república. Esta comunidad de la casa, que efectivamente existió, fue, en primer lugar, comunidad de culto, y, en segundo lugar, una comunidad de vida agrícola que se integraba por las cosas de uso común, que no serían de propiedad común, sino más bien en mano común, quizá no muy ajena a la *Gesamthand* alemana.

Por ello, hemos creído conveniente analizar más detenidamente la teoría alemana de la casa como eje de la comunidad familiar (*Hausgemeinschaft*). KASER¹³ distingue entre la *familia* como comunidad de personas organizada bajo el poder (*Hausgewalt*) del *paterfamilias* y la *familia* como comunidad de bienes.

En cuanto a familia como comunidad de personas, KASER parte del poder doméstico del *paterfamilias* (*Hausgewalt*), que recae sobre todo aquello que pertenece a la comunidad doméstica, y este poder, desde antiguo, tendrá una división tripartita en *potestas*, *manus* y *mancipium*¹⁴. Así el poder familiar del *paterfamilias* abarcaría todo aquello que

¹³ Vid. KASER, M., *Römisches Privatrecht*, 1er Abschnitt, München, 1971, p. 50.

¹⁴ Vid. KASER, M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2. Auflage mit Nachträgen, 1956, Böhlau Verlag, Köln, p. 2. Además KASER, M., *Römisches Privatrecht*, *op. cit.*, p. 56. Además también de

pertenece al ámbito doméstico en sentido comunitario. Este concepto de unión familiar supone un núcleo organizado bajo el poder dominante del *pater*, con reglas jurídicas ciertas para la adquisición, pérdida o protección del poder de dominación de su cabeza principal que es el *paterfamilias* y para la entrada y salida de sus miembros. A la muerte del *paterfamilias*, aspecto que aquí más nos interesa, o cuando sufra una *capitis deminutio*, surgen tantas familias como personas están bajo su potestad y que con su muerte salen de esa *potestas*. Sin embargo, al desaparecer el *paterfamilias*, es posible que los antiguos miembros de la familia acuerden quedar ligados por una unión jurídicamente organizada, el *consortium*, en el que se pone en común no solo los derechos patrimoniales, sino también los poderes personales. Por eso, según KASER, el *consortium* no es sólo una comunidad sucesoria, sino una relación jurídica familiar.

En cuanto a la *familia* como comunidad de bienes (*Hausgemeinschaft*), parte KASER de la capacidad patrimonial única del *paterfamilias*, puesto que los demás miembros sólo tienen una expectativa por vía sucesoria. Esta propiedad familiar, para la que falta desde antiguo, como destaca KASER¹⁵, una denominación, puesto que, según él, *mancipium* tiene un significado más estrecho y *dominium* y *proprietas* son términos que aparecen en la república tardía, no era personal y exclusiva del *paterfamilias*, sino que pertenecía al núcleo doméstico como un todo y este derecho de conjunto sobre el patrimonio, indicado en Gayo (2,157¹⁶) y Paulo D. 28,2,11¹⁷ y después confirmando en Gayo III, 154 a) sólo estaba latente para los demás miembros, puesto que era sólo el *paterfamilias* el que tenía derecho de disposición sobre los bienes.

También hemos analizado la posición de WIEACKER en relación a la *Hausgemeinschaft*. Este autor parte, en su obra¹⁸ como texto fundamental, de los fragmentos de Gayo encontrados en Antinoe (III, 154 a. y III, 154 b: *Sed eadem quidem societas de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est, itaque inter omnes naturali ratione consistit. III, 154 a) est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima*

este autor vid.: *Geteiltes Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Festschrift für P. Koschaker, I, Weimar, 1939; Id., *Recensione a Grosso, I problemi del diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, SDHI 1947-48, XIII-XIV; Id., «Zur altrömischen Hausgewalt», *ZSS*, 1950, LXVII; Id., «Das altrömische *Ius*», Göttingen, 1949; Id. *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, *ZSS.R.*, 1951, LXVIII; Id., «Der römische Eigentumsbegriff», en *Deutsche Landreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichende*, Hamburg, 1926, Berlín-Tübingen, 1962.

¹⁵ Vid. KASER, M., *Eigentum und Besitz*, *op. cit.*, p. 5 destaca también esta idea.

¹⁶ GAYO II, 157: «Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.»

¹⁷ Texto y traducción en nota 31.

¹⁸ Vid. WIEACKER, F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar, 1936, p. 126.

Margarita Fuenteseca Degeneffe

*simul et naturalis societas, quae appellabatur erctum non citum, id est dominium non divisum. Erctum enim dominium est unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde ciere et secare (et dividere) dicimus. III, 154 b): Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione, in hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat. item unus rem communem mancipando eius faciebat qui man[cipio accipiebat]*¹⁹), en los que califica el contrato consensual de sociedad como de derecho de gentes; pero hay otra forma de sociedad, legítima y natural (Gayo, III, 154a), que es propia de los ciudadanos romanos, que aparece una vez muerto el padre de familia, entre sus herederos, que se llama *ercto non cito*, o sea, propiedad indivisa o sin división. Según Gayo III, 154 b), cuando otras personas querían estar en esta clase de sociedad podían conseguirlo ante el pretor mediante cierta acción de la ley (*certa legis actione*), y era peculiar de esta sociedad de hermanos, o de otras personas que a imitación de los hermanos la constituían (*ceterorum qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*), el que al manumitir uno de los socios al esclavo común, le hacía libre, desde luego, y liberto de todos los demás socios; así también, cuando uno vendía por mancipación una cosa de la comunidad la hacía de propiedad de quien la recibía. Según WIEACKER, este texto demuestra que hay otra forma de sociedad (*aliud genus societatis*), proveniente de acontecimientos naturales, después de la muerte del *paterfamilias*, que se llamaría *ercto non cito*, y otra, constituida a imitación de la comunidad de los hermanos (*ad exemplum fratrum suorum*) mediante una cierta acción de la ley, y que, por tanto, queda demostrado que el verdadero origen de la sociedad consensual, para este autor, es la comunidad doméstica civil entre hermanos y no la comunidad de herederos como hasta ahora se había pensado. La novedad deriva de la noticia de que también puede constituirse entre *no-sui* la sociedad del mismo tipo (*ad exemplum fratrum suorum*), mediante una *legis actio* ante el pretor²⁰. El problema que WIEACKER intenta resolver es determinar mediante qué clase de *legis actio* se podía llegar a la formación de este tipo de sociedad a imitación de la existente entre hermanos. Para ello parte de la novedad, tam-

¹⁹ Trad GAYO, III, 154a) y III, 154b): Pero esta sociedad de la que estamos hablando, esto es, la que se contrae consensualmente, es de derecho de gentes y por eso existe entre todos los hombres por razón natural. III, 154 a): Pero hay otra que es propia de los ciudadanos romanos. En efecto, cuando moría el padre de familia, había entre sus herederos una cierta sociedad, legítima y natural a la vez, que se llamaba *ercto non cito*, o sea, de propiedad indivisa, pues *erctum* es la propiedad y de ahí *erus*, el propietario y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar (y dividir). III, 154 b) Cuando otras personas querían estar en esta clase de sociedad, podían conseguirlo ante el pretor mediante cierta acción de la ley. Era peculiar de esta sociedad de hermanos, o de otras personas que a imitación de los hermanos la constituían, el hecho que al manumitir uno de los socios al esclavo común, le hacía libre desde luego y liberto de todos los demás socios; así también, cuando uno vendía por mancipación una cosa de la comunidad la hacía de propiedad de quien la recibía.

²⁰ Vid. WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 128.

bién derivada del mismo texto de Gayo (III, 154 b), consistente en que en esta comunidad imitada a ejemplo de los hermanos existe la concurrencia (o legitimación) en mano común entre los constituyentes, es decir, el poder de disposición no está dividido por cuotas como en el condominio clásico de coherederos. La *legis actio* mediante la cual se llegaría a este tipo de sociedad realizada por imitación no podría ser ningún acto jurídico por el que se creara el dominio por cuotas al estilo clásico, sino más bien una actividad ante el pretor que imitaba la posición jurídica de *suus* en la unión doméstica continuada. El problema, como el propio WIEACKER dice, es difícil, pero llega a la conclusión de que se trata de una *in iure cessio* con un contenido jurídico-personal hasta ahora desconocido o de un nuevo tipo, hasta ahora desconocido, de *legis actio*; pero en relación con la *in iure cessio* aparecen dificultades, porque solo se pueden ceder relaciones jurídicas de dominación y no relaciones de igualdad. Puesto que las fuentes no dan solución alguna, WIEACKER²¹ encamina su investigación hacia el derecho de sociedades clásico, buscando en él principios jurídicos de los negocios jurídicos comunitarios, que se encuentren en él como directrices fosilizadas y que demuestren que el origen del contrato consensual de sociedad se encuentra en la comunidad doméstica. Entre otros principios encuentra, por ejemplo el de la no admisibilidad de sometimiento a condición de la sociedad²², que tiene su paralelo en la incondicionabilidad de los actos jurídicos civiles que posibilitan un cambio de *status*, o también la adquisición en común a través de la *traditio* tácita, posibilitan el relacionar la *societas omnium bonorum* clásica y la sociedad doméstica continuada, etc. Pero sobre todo, un indicio importante es el *ius fraternitatis* que existe en todos los contratos de sociedad clásica, proveniente, por tanto, de las antiguas comunidades domésticas, pero no en todas las comunidades de herederos, sino sólo en aquellas en que haya *sui*. Así establece WIEACKER²³ la base para afirmar que el contrato consensual de sociedad no se habría formado según el esquema de la comunidad de herederos, sino según el de la comunidad doméstica más antigua de los *sui* después de la muerte del *paterfamilias*.

2. ¿PODER DOMÉSTICO ÚNICO DEL PATERFAMILIAS O COMUNIDAD PATRIMONIAL?

Como paso siguiente analizamos la raíz histórica de la dualidad entre el poder soberano del *paterfamilias* y la comunidad patrimonial, puesto que lo dicho anteriormente nos ha permitido distinguir la dualidad entre la concepción jurídico-familiar unitaria basada en el poder doméstico único del *paterfamilias* (en cuanto titular del máximo poder dominical en la *domus*), y la comunidad patrimonial de uso producida por la actividad

²¹ *Ibid.*, p. 133.

²² *Ibid.*, p. 137.

²³ *Ibid.*, p. 153.

Margarita Fuenteseca Degeneffe

común sobre los bienes al servicio del grupo familiar. Estas dos concepciones están ancladas en dos interpretaciones distintas de la familia primitiva romana, dentro de la romanística moderna; de una parte se hallan la mayoría de los romanistas germánicos y de la otra los romanistas latinos, representados especialmente por la romanística italiana. Esta dualidad queda probada en la incompatibilidad tradicional de las dos líneas de sucesión hereditaria, la testamentaria y la intestada; así, la sucesión intestada o legítima sería la expresión de la continuidad familiar agnaticia que se manifiesta en el *consortium*, mientras que la sucesión testamentaria sería la consecuencia de la transformación de la familia con los matrimonios *sine manu* y el predominio de la parentela cognaticia desde finales de la república. Para ALBANESE ambas formas de sucesión hereditaria serían expresión directa de la unidad fundamental del patrimonio familiar romano y las demás interpretaciones serían falsas antítesis inatendibles²⁴, puesto que rechaza este autor la existencia en Roma de un condominio doméstico de tipo germánico de ámbito familiar²⁵, para concluir afirmando que el elemento unificador y la raíz común de las dos formas de sucesión hereditaria y legítima sería la unidad económica de la familia romana primitiva²⁶. Así, ALBANESE defiende la patrimonialidad de la *hereditas*, concebida como una unidad orgánica e integral, esto es, como una sola *res*.

Frente a estas teorías, está la idea alemana de la *hereditas* entendida como pluralidad de cosas corporales, basada en el argumento según el cual el *testamentum* en época de las XII Tablas no contendría más que legados de las cosas singulares en forma de *legatum per vindicationem*, como señaló Otto LENEL²⁷, y seguida en Italia por COLI²⁸ y por una corriente de opinión opuesta a la teoría bonfantiana²⁹ de la *hereditas* como sucesión en el poder soberano del jefe de una gran familia agnaticia y en la que la adquisición del patrimonio hereditario sería una consecuencia de la sucesión en la soberanía política del grupo. Esta corriente opuesta a Bonfante y en línea con COLI, defendió el carácter corporal de la *hereditas*, no como unidad abstracta, sino como suma de los objetos que com-

²⁴ ALBANESE, B., *La successione ereditaria in diritto romano antico I. Il consorzio ercto non cito. II. Il preteso condominio familiare nel diritto romano arcaico* (D. 28,2,11), AUPA, XX, 1949, pp. 127-471.

²⁵ ALBANESE, B., *op. cit.*, p. 130.

²⁶ *Ibid.*, p. 472.

²⁷ Vid. LENEL, O., «Zur Geschichte der heredes institutio», *Essays in legal History*, Oxford, 1913, La-beo 12 (1966); «Intervalla insaniae», *BIDR*, 33, 1923; *ZSS*, 45, 1925, pp. 514 y ss.

²⁸ Vid. COLI, U., *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma, 1920; Id.: «Il testamento nelle legge delle XII Tavole», *IURA*, 7, 1956.

²⁹ Vid. BONFANTE, P., «L'origine dell'*hereditas* e dei legata; Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana; Le affinità giuridiche greco-romane; Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità», *Scritti I*, Torino, 1916. RABEL, «Die Erbrechtstheorie Bonfantes», *ZSS*, 50, 1930; ROBBE, «Origine e concetto dell'eredità», *Studi Cagliari*, 25, 1937; WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, Leipzig, 1940; ALBANESE, «La successione ereditaria in diritto romano antico», *Annali Palermo*, 20, 1949; KASER, «La famiglia romana arcaica», *Conferenze romanistiche Università di Trieste*, 1, 1950; VOGLI, «Esame dell'tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica», *Studi Arangio-Ruiz*, 1, Milano, 1952; GANDOLFI, «Sulla evoluzione della *hereditas* alla luce del regime dei sacra», *SDHI*, 21, 1955.

ponen dicha unidad. Esta es la amplia dimensión que encierra la teoría alemana de la *Hausgemeinschaft* basada en la idea de comunidad de la casa en la que, por tanto, se consideraría a los hijos como condueños ya en vida del *paterfamilias*. Así, la romanística italiana opuesta a Bonfante, al afirmar el contenido patrimonial de la primitiva *hereditas*, se ha aproximado a la concepción germánica de la *Hausgemeinschaft*, puesto que la vida en común y la economía agrícola configurarían de hecho una esfera de poder económico del grupo como comunidad estimada pecuniariamente en el *census populi*. Pero son las *res Mancipi* las que encierran la clave explicativa de la estructura económico-jurídica subyacente bajo el poder del *pater* y *dominus* del grupo familiar, que no sería propietario del patrimonio sino titular (*dominus*) del poder doméstico. Esta investigación se mueve dentro de la línea etimológica *domus, dominus, dominium* y supone un acercamiento entre la teoría germánica de la comunidad de la casa considerando a ésta como fuerza integradora, operante en la primitiva economía agrícola, y la teoría de la unidad del poder del *paterfamilias*. La comunidad patrimonial del grupo familiar sería la infraestructura jurídico-económica de la unidad de la primitiva familia agnaticia. Para completar en este punto la investigación, analizamos a continuación el *consortium inter fratres*, por un lado, y las *res Mancipi*, por otro.

a) *consortium inter fratres*:

En relación con el *consortium*³⁰, denominado *erctum non citum*, integrado por *heredes sui*, éstos son cotitulares del poder dominical a la muerte del *paterfamilias*. Sin em-

³⁰ Bibliografía sobre *consortium* y su relación con la *societas*: ARANCIO-RUIZ, V., *La società in diritto romano*, Nápoles, 1950; BESELER, G., «Miteigentum», *SDHI*, 7, 1941, pp. 421 y ss.; Id., «Kapitel der antiken Rechtsgeschichte», *BIDR*, 51-51, 1948, pp. 297; BIANCHINI, *Studi sulla società*, Milán, 1967; BIEZUNSKA-MALOWIST, J., «Les esclaves en copropriété dans l'Égypte Gréco-Romaine», *Aegyptus*, 48, 1968, pp. 116 y ss.; BISCARDI, A., *La genesi della nozione di comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958 (Rec. BRASIELLO, U. *IURA* 10 (1959), pp. 313 y ss.); GAUDEMET, J., *Labeo*, 5, 1959, pp. 245 y ss.; BRETONE, «Consortium e communio», *Labeo*, 6, 1960, p. 163 y ss.; KASER, M., «Neue Literatur zur *societas*», *SDHI*, 1975, pp. 278 y ss.; BUCKLAND, W. W., «Alienation and manumission by one of *consortes* [Gai 3, 154 a]», *LQR*, 58, 1942, p. 483; DAUBE, D., «*Consortium* in Roman and Hebrew Law», *JR*, 62, 1950, pp. 71 y ss.; Id., «Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente», *ZSS*, 76, 1959, pp. 153 y ss.; DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis*, Roma, 1959, pp. 140 y ss.; DE VISSCHER, «La notion de *potestas* dans l'organisation de l'ancien droit romain», *BAB*, 1945 (*Nouvelles Études*, pp. 263 y ss.); DONARUTI, G., «La *communio incidens* come causa obbligatoria», *Studi Albertario*, 1, pp. 117 y ss. (*Studi*, pp. 679 y ss.); FREZZA, «La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti», *Scritti Ferrini*, Milano, 1, pp. 275 y ss.; Id., «L'istituzione della collegialità in diritto romano», *Studi SOLAZZI*, pp. 507 y ss.; GAUDEMET, J., «La comproprietà dello schiavo», *Labeo*, 5, 1959, pp. 245 y ss.; Id., *Les communautés familiales*, Paris, 1963; GROSSO, G., «Miscellanea critica I. Alberi e pietre sul confine», *Studi Albertario*, 1, pp. 587 y ss.; KUNKEL, W., *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische Consortium (Plin. Epist. 8, 18)*, *Aufst.*, 4, 1954, pp. 56 y ss.; LEVY-BRUHL, H., «Le *consortium* artificiel du nouveau *Gaius*» (*P. S. I.*, 1182, Lignes 27 ss.), *Nouvelles Études*, pp. 51 y ss.; MARKY, Th., «Societate *ercto non cito*», *Romanitas*, 1, 1958, pp. 40 y ss.; NELOS, H. L. W., «Zur Terminologie der römischen Erbschaftsteilung: *ercto non cito, familiae eriscundae*», *Glotta*, 44, 1966, pp. 41 y ss.; SOLAZZI,

Margarita Fuenteseca Degeneffe

bargo no parece estrictamente aplicable a esta situación el calificativo de comunidad hereditaria, en cuanto no hay una verdadera sucesión hereditaria, ni hay *hereditas*, sino un *consortium* (*inter suos heredes*) según Gellius o una *societas legitima*, esto es, *propria civium romanorum* que, al mismo tiempo, constituye una *naturalis societas*, según Gayo (III, 154a, cit.), producto de la *agnatio* familiar, que convierte a los *heredes sui* en continuadores y cotitulares del poder dominical. Se realizaba de este modo una *continuatio* de dicho poder dominical (*continuatio domini*), pero no sería un caso de copropiedad por cuotas al estilo clásico. Los *sui heredes* no representan cuotas de propiedad, sino de poder doméstico, respecto al cual son cotitulares, con uso común y quizá en régimen de mano común. Su función responde a un *status* familiar dentro de la familia agnaticia, con efectos públicos, propios de la función dominical como es el caso de la inscripción en el *census*. Los *heredes sui* no son simplemente administradores de un patrimonio común, sino también eventuales favorecidos por la pertenencia a una u otra clase (según la riqueza) en la ordenación del *census populi*. La estructura patrimonial del antiguo *consortium* y, en general, del grupo familiar no ha logrado una explicación suficiente. Así como la sumisión al poder del *paterfamilias* tiene una regulación tripartita que llega hasta Gayo (I, 48: *personae in potestate, in manu, mancipiove*), no aparece, en cambio, una definición jurídica clara de la situación de los bienes en el seno del grupo familiar. ¿Puede entenderse entonces que el único dueño de los bienes del grupo es el *paterfamilias*? En este caso sería el propietario único de todo el patrimonio, reuniendo en sus manos todo el poder económico y todo el poder dominical. Las fuentes nos presentan frente a este panorama de poder totalitario del *paterfamilias* un texto del jurisconsulto Paulo D. 28,2,11, *ad Sabinum*:

«In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem

«Tutoris auctoritas e consortium», *SDHI*, 12, 1946, pp. 7 y ss. (*Scritti*, 4, pp. 527 y ss.); Id., «La Comunion domestica nei rescritti di Diocleziano», *IURA*, 5, 1954, pp. 151 y ss. (*Scritti*, 5, pp. 571 y ss.); TALAMANCA, M., *Società*. ED, Tomo XLII, pp. 815 y ss.; TONDO, «Il consorzio domestico nella Roma antica», *Atti e memorie dell'Accademia toscana di scienze e lettere "La Colombaria"*, 1975, pp. 131 y ss.; VAN WERMELD, P., «Aspects of joint ownership in ancient roman Law», *TR*, 25, 1957, p. 125; VAN ZYZ, D. H., «Die oorsprong en betekenis von die *consortium erecto non cito* (L'origine ed il significato del *consortium e.n.c.* e l'*actio f.e.*)», *Tydskrif*, 31, 1968, p. 168; WIEACKER, F., «Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments», *LRWS*, Leipzig, 1940; en España: ARIAS RAMOS, J., «Los orígenes del contrato de sociedad: *consortium* y *societas*», *RDP*, 26, 1942, pp. 141 y ss.; D'ORS, «Societas y consortium», *Revista de estudios histórico-jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, pp. 33 y ss.; GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societas*, I. *Consortium erecto non cito*, Madrid, 1987. TORRENT, A., «Consortium erecto non cito», *AHDE*, 34, 1964, pp. 479 y ss.; Id., «Notas sobre la relación entre *communio* y copropiedad», *Studi Grosso*, 2, pp. 95 y ss.

consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos eos occidere licebat»³¹.

Contiene toda una teoría de la estructura del *consortium inter suos heredes* y ha sido considerado texto fundamental para los romanistas defensores de la idea de la comunidad de la casa, y entre ellos especialmente WILACKER, SIBER y WESTRUP³². Los *sui heredes* aparecen como continuadores del *dominium* paterno, de tal modo que se considera que no existe herencia, puesto que ya en vida del *pater* serían considerados *domini* y por ello, *post mortem patris* sólo recibirían una libre administración de los bienes y no propiamente una herencia. Este importante texto ha sido minuciosamente criticado por ALBANESE³³, que lo considera fundamentalmente espurio, afirmando que no puede servir de base para sustentar la existencia de un condominio familiar de tipo germánico, como pretenden ilustres romanistas alemanes. La crítica de ALBANESE recae en primer lugar sobre indicios formales de interpolación y posteriormente sobre la construcción dogmática que, según él, contiene el fragmento, al cual califica como un pasaje gravísimamente alterado por la mano de un postclásico. Pero toda la elaboración doctrinal se resume, continuando con la opinión de ALBANESE, en la interpretación de la frase clave de este texto analizado: *quodammodo domini existimatur*, según la cual los *heredes sui* tendrían, solamente en la estimación social, la condición de *domini* en vida del *paterfamilias*. Así establece su conclusión este ilustre romanista después de su extenso y meritorio estudio en defensa de una concepción de la *hereditas*, mayoritariamente italiana, en polémica desde Bonfante, con la romanística alemana y su conocida teoría de la comunidad de la casa (*Hausgemeinschaft*), ya expuesta.

b) *mancipium* y *res Mancipi*³⁴:

Por otro lado, como ya he aludido, he de referirme a las *res Mancipi*, como patrimonio común de la familia agnaticia. La función jurídica de las *res Mancipi* requiere

³¹ Traducción D. 28,2,11: Si se trata de *heredes sui* (=herederos de propio derecho) aparece con más evidencia que la continuación del dominio se manifiesta hasta el punto que parece que no hubo herencia, como si ya en otro tiempo fuesen dueños aquellos que, en vida del padre, eran estimados también en cierto modo como dueños. Por eso se les llama hijos de familia, igual que se dice padre de familia, sin más intención que la de diferenciar el que engendra del engendrado. Así pues, al morir el padre, no se considera que adquieren la herencia sino más bien que consiguen la libre administración de sus bienes. Y por esta causa, aunque no hayan sido instituidos herederos, son dueños. No se opone a esto el hecho de que se les pueda desheredar, ya que también se les podía quitar la vida.

³² Vid. WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman Law. Comparative sociological studies. The patriarchal family I, 1: The house community, 1. Community of cult*, Copenhagen-London, 1944. Id., *Introduction to early Roman Law. Comparative sociological studies. The patriarchal joint family IV. 1. Sources and methods*, Copenhagen-London, 1950.

³³ Vid. ALBANESE, *op. cit.*, pp. 224-233.

³⁴ Bibliografía sobre *res Mancipi* y *nec Mancipi*: ARANGIO-RUIZ, V., «Le genti e la città», *Scritti Jovene*, pp. 109 y ss.; reed. AUME 1913-14 [*Scritti* 1, pp. 549 ss.]; COLORNI, V., *Per la storia della pubblicità immo-*

Margarita Fuenteseca Degeneffe

como cuestión previa para ser comprendida una explicación del *mancipium*³⁵, desde una doble perspectiva: ¿se trata de un poder jurídico-familiar sobre personas y cosas o de una comunidad jurídico-patrimonial de la familia agnaticia? Una etimología mayoritariamente admitida respecto a las *res Mancipi* considera esta expresión como genitivo (*res Mancipii*) y otra línea etimológica, más reciente y menos aceptada, supone que podría entenderse la expresión como «cosas para el *manceps*» en dativo (= *res Mancipi*). Una línea, por tanto, conduce al *mancipium* (como institución o como acto) y otra a la figura del *manceps*. A pesar de la aparente disparidad de ambas líneas etimológicas es posible hallar una línea unitaria si analizamos la función histórica del *manceps* reflejada en las fuentes como agente o *auctor* de una función de garantía pública³⁶. En efecto, parece indudable que el *manceps* cumplió una función pública de *auctor* en la que asumía la pública garantía junto con los *socii* (éstos como comunidad patrimonial) respecto a la función pública por ellos asumida colectivamente. No obstante, los *socii* del *manceps* formarían una comunidad patrimonial (*mancipium*), fenómeno análogo al *municipium* en cuanto comunidad de *municipes*. Cabe admitir que *mancipium* sería el colectivo común de las *res communes Mancipum* como patrimonio común formado por todo lo adquirido *in Mancipio* por la comunidad familiar agnaticia mediante los hijos y esclavos *in potestate patris*. El paralelismo, anteriormente aludido respecto al *municipium*, resulta muy ilustrativo de la configuración de una comunidad de adquisiciones de bienes de uso común, tanto en la familia agnaticia como en la comunidad municipal, y tenemos

biliare e mobiliare, Milano, 1954; FERRARINO, P., «Res Mancipi, res nec Mancipi», *Cuaderno del seminario de latín jurídico*, 1942-43; FRANCIOSI, G., «Res Mancipi e res nec Mancipi», *Labeo*, 5, 1959, pp. 370 y ss.; FUENTESECA, P., «Mancipium, Mancipatio, dominium», *Labeo*, 4, 1958, pp. 135 y ss.; Mnemonion SOLAZZI, pp. 73 y ss.; GALLO, F., «Studi sulla distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*», *Mito*, 102, 1958, [Rec. de VISSCHER, F., *IURA*, 10, 1959, pp. 193 y ss.; FRANCIOSI, G., *Labeo*, 5, 1959, pp. 370 y ss.; LUBÁN, M., *BIDCM*, 12, 1959, pp. 164 y ss.; KASER, M., *ZSS*, 77, 1960, pp. 447 y ss.]; MASCHI, C. A., «Res Mancipi, res nec Mancipi e regime romano del lavoro», *BUTR*, 5, 14, 1959; NICOSIA, G., «Animalia quae collo dorsove domantur», *IURA*, 18, 1967, pp. 45 y ss.; Id., «Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione», *Labeo*, 14, 1968, pp. 167 y ss.; SCHERILLO, G., «Res Mancipi e nec Mancipi. Cose immobili e cose mobili», *Syntelesia Arangio-Riuz*, pp. 83 y ss.

³⁵ Vid. FUENTESECA, P., «Mancipium-Mancipatio-Dominium», *Labeo*, 4, 1958, pp. 135 y ss.; tras analizar las fuentes llega a las siguientes conclusiones (pp. 145 y 146): a) «*mancipio* equivalía fundamentalmente a *mancipatio*; b) que los *servi* se denominaron desde antiguo *mancipia*; c) que en los formularios de la *mancipatio* y la *vindicatio* el ejemplo preferente es el *servus*; d) que el *dominium ex iure Quiritium* aparece, preferentemente, en las fuentes conocidas, también referido a los *servi* [...]. Es muy probable que la *mancipatio* haya sido un acto real de compra de los *servi*, mediante *aes rude*, con el rito de la balanza y en presencia del *libripens*. Esta compra era una *emptio* solemne que hacía del *emptor* un *dominus legitimus*. Quizá haya sido un *lege agere* en la norma de las XII Tablas: *cum nexum faciet Mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto* [...]» Vid. también conclusiones en *op. cit.*, pp. 148 y 149, y véase mención de este artículo con sus conclusiones en CAPOGROSSI-COLOCCINI, L., *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 141, nota 239.

³⁶ Vid. KASER, M., *Das altrömische Jus*, Göttingen, 1949, p. 140.

de ello ejemplos muy elocuentes en las *leges municipales*³⁷. Así, si la comunidad de *municipes*, que asumían los *munia publica* (del *populus* municipal) tenían un patrimonio común (*res communes*), cabe pensar que la comunidad de agnados que adquirirían para el grupo familiar mediante un acto mancipatorio (*mancipio accipere*) adquirirían un patrimonio (*mancipium*) comunitario compuesto de *res mancipi* que serían bienes familiares de uso común registrados en el *census*. Sin embargo, las menciones que las fuentes nos transmiten no han sido decisivas para aclarar el sentido de la expresión *mancipium*. El estudio de hace casi un treintenio de Capogrossi-Colognesi³⁸ constituye un análisis muy documentado, que analiza minuciosamente las fuentes referentes al *mancipium*, y concluye que éste, durante la época republicana, no tuvo otro significado (salvo el de *servus*) más que el de negocio *per aes et libram* adquisitivo del *dominium ex iure Quiritium*³⁹. Estas conclusiones hacen innecesaria una revisión de todos los fragmentos sometidos a crítica por Capogrossi-Colognesi, a cuya obra me remito. A modo de conclusión podemos decir que las transformaciones de fines de la república, que modificaron la concepción del *dominium ex iure Quiritium* y acentuaron la descomposición de la familia agnaticia, abrieron el camino hacia un patrimonio pecuniario y a la distinción entre lo familiar y lo hereditario, como por ejemplo se manifestó en los *sepulcra familiaria* y *hereditaria*. Así se hizo posible desde fines de la república, que funcionasen al unísono un nuevo tipo de propiedad y de familia cognaticia y un nuevo sistema hereditario impulsado por el *praetor*.

3. LA ACTIO PUBLICIANA Y EL DUPLEX DOMINIUM

Expuestas las raíces romanas del concepto de *dominium*, hemos creído conveniente continuar con el análisis del concepto de *dominium ex iure Quiritium*, determinando qué efectos produjo en él la *actio Publiciana*⁴⁰, que dio lugar a la idea de *duplex dominium*. Los caracteres distintivos de la propiedad que deducimos de lo expuesto hasta ahora son:

³⁷ *Lex Salpensana*: [...] *res communes municipium eius municipii* II, 1,3-5; *id: pecunia municipium eius municipii*; *Lex Malacitana*: *pecunia communis municipium eius municipii*, V, 1, 16 ss. y III, 1 32.

³⁸ Vid. CAPOGROSSI-COLOGNESI, L., *op. cit.*, pp. 288-348.

³⁹ Vid. CAPOGROSSI-COLOGNESI, L., *op. cit.*, p. 348. Se pronuncia así frente a la doctrina tradicional que desde el siglo XVI venía admitiendo que *mancipium* había constituido el equivalente de propiedad con anterioridad a la utilización del término *dominium*, *op. cit.*, p. 326, nota 37.

⁴⁰ Sobre la *actio Publiciana* vid.: CARUSI, E., *L'azione Publiciana in diritto romano*, Roma, 1967 (reed. Verona-Padova, 1897); DE SARLO, L., *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*, Studi SOLAZZI, pp. 203 y ss.; FEENSTRA, R., «Action Publicienne et preuve de la propriété principalement d'après quelques romanistes du Moyen Âge», *Mélanges Meylan* 1, pp. 91 y ss.; HUSCHKE, E., *Das Recht der Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeines deutsches Civilgesetzbuch*, Frankfurt/M., 1968 (reed. ed. Stuttgart, 1874); STURM, F., «Zur ursprünglichen Funktion der *actio Publiciana*», *RIDA*, 9, 1962, pp. 357 y ss.; WATSON, A., «Some remarks on the dating of the *actio Publiciana*», *Temis*, 21, 1967 (Homenaje Sánchez del Río y Regucro, pp. 193 y ss.); WUBBE, F. B. J., «Quelques remarques sur la

Margarita Fuenteseca Degeneffe

1. No se trataba de un derecho, sino de un poder, una *potestas* dominical, que permitía al *dominus* afirmar ante al *praetor*, frente a otro ciudadano, que una cosa le pertenecía (*rem meam esse aio*), añadiendo la razón jurídica de su legitimidad: *ex iure Quiritium*.

2. Esta *potestas* dominical era de procedencia familiar, en cuanto su esfera originaria fue la *domus*, recinto de la familia agnaticia.

3. El *dominium ex iure Quiritium* se reflejaba en el *census populi* que otorgaba una determinada categoría o clase en la organización timocrática, en función de la riqueza, en los *comitia centuriata*.

Así pues, el *dominium ex iure Quiritium* suponía un tipo de propiedad civil legítima propia del *civis romanus*, y, por tanto, del *ius civile*. Pero suponía existente una gran diferencia entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* respecto al tráfico de cada uno de estos tipos de cosas, según nos informa Gayo (II, 18-22⁴¹): las *res Mancipi* son aquellas cosas *quae per Mancipationem ad alium transferuntur*; es decir, las que se transmiten mediante *Mancipatio*. Las *res nec Mancipi*, en cambio, se transfieren de pleno derecho al que las recibe por la simple entrega (*traditio*) si son corporales, y por ello, susceptibles de ser entregadas. Pero la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, que había sido fundamental para el tráfico de bienes, dándole así una garantía de publicidad y asegurando la noción de propiedad civil quiritaria, quedó superada por el tráfico mercantil con los *peregrini* y los nuevos negocios sancionados por el *praetor peregrinus*.

Sin embargo, el tema que nos interesa es cómo la denominada *actio Publiciana* abrió un camino decisivo para el ensamblaje histórico entre las nociones de propiedad civil (*dominium ex iure Quiritium*) y la *possessio*, ajena al *ius civile*. En una fórmula procesal, que fue elaborada por el *praetor Quintus Publicius*, quizá en el año 67 a. C., introdujo éste una *fictione* en virtud de la cual el *iudex* debería sentenciar admitiendo previamente la ficción de que el *tempus usucapionis* había transcurrido. Concretamente en la *emptio-venditio*, los efectos de esta *actio Publiciana* fueron los siguientes: si el *praetor* fingía cumplido el *tempus usucapionis*, ya que no se había realizado una *Mancipatio* sino una *traditio*, el *emptor* reuniría entonces los requisitos de la *iusta causa traditionis* (tra-

fonction et l'origine de l'action Publicienne», *RIDA*, 8, 1961, pp. 417 y ss.; BENEDEK, F., «Ursprung und Funktion der *actio Publiciana*», *Acta Universitatis Szeged*, 1985, 33, 4, pp. 71 y ss.; VACCA, L., «Il cosiddetto *duplex dominium* e l'*actio Publiciana*», en *La proprietà e le proprietà*, *Atti del Convegno della Società italiana di storia del diritto*, Siena, 1-3 ottobre 1985, Firenze 1988.

⁴¹ GAYO II, 18: «Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. 19. Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. 20. Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominis sim.» Traducción: En efecto, las *res Mancipi* se transmiten en propiedad plena por la simple tradición o entrega, con tal de que sean corporales y por ello susceptibles de entrega. Así yo te entrego a ti por causa de venta, donación o por otra causa cualquiera, un vestido o una cantidad de oro o plata, la cosa se hace inmediatamente tuya, si yo soy dueño de ella.

ditio emptionis causa) y la consiguiente *bona fides*. Con la *actio Publiciana* se le permitiría recuperar la *possessio* de la *res empta* que le había sido entregada por el *venditor* y la *actio Publiciana* cumpliría así la función que la *reivindicatio* realizaba en el *ius civile*.

Resulta explicable que a partir de la creación de la fórmula *Publiciana* el antiguo *dominium ex iure Quiritium* quedase relegado y se abriese paso la idea de un *duplex dominium*. Aquí la información de Gayo nos es de gran utilidad, puesto que explica la situación en su época sobre este problema de la dualidad del *dominium*. Como ya hemos indicado, Gayo otorga gran importancia a la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* en cuanto al procedimiento de transmisión de las mismas, las primeras transmisibles por *Mancipatio* y las segundas mediante una entrega causal. De esta diferencia en el modo de transmisión, que Gayo (II, 18) califica de *magna*, surgió el *duplex dominium* de que habla el mismo Gayo (II, 40⁴²) haciendo observar que entre los pueblos peregrinos, igual que en otro tiempo ocurría en el pueblo romano, no había más que un tipo de *dominium*, pues una persona era dueña o no lo era. Esta información gayana nos ilustra claramente respecto a la relación histórica entre las *res Mancipi* y el *dominium ex iure Quiritium*, de modo que en otros tiempo (*olim*) se era *dominus Quiritario* o no se consideraba *dominus*; y la *traditio* de una *res Mancipi* realizada por el vendedor, no hace *dominus ex iure Quiritium* al accipiente sino simplemente propietario bonitario, porque el *nudum ius Quiritium* permanece en el transmitente hasta que el accipiente cumpla la *usucapio*, en cuyo momento empieza a pertenecer a éste, con pleno dominio, esto es, tanto *in bonis* como *ex iure Quiritium*. Esta sería la trayectoria del *duplex dominium*, es decir, la coexistencia de dos nociones distintas de propiedad, un *dominium* Quiritario civil (propiedad civil) *inter cives Romani* y una nueva concepción pretoria de la propiedad, en el caso de la *emptio-venditio*, basada en el intercambio convenido entre la entrega de la cosa por el vendedor (pacífica posesión) y del precio como cantidad (*pecunia numerata*) por el comprador. Así se entrecruzan las dos concepciones operantes en el poder sobre cosas, representando los dos tipos de poder, el jurídico, que requiere un título dominical y el poder fáctico del poseedor que tiene su especial defensa frente al poder dominical⁴³. Pero volviendo a las afirmaciones de Gayo, éste parece referirse (I,54⁴⁴) con

⁴² GAYO II, 40: «[...] apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.»

⁴³ Vid. últimamente, VACCA, L., «Il cosiddetto *duplex dominium* e l'*actio Publiciana*», Giuffrè, 1989, p. 643: «La introducción de la *actio Publiciana* primero y la interpretación que desarrollan de ella los juristas no tenía la finalidad de proteger un propietario pretorio, creando un duplicado de la *reivindicatio*, sino que pretendía la realización de los efectos traslativos o adquisitivos del dominio, según las causas tipificadas por el ordenamiento jurídico.»

⁴⁴ GAYO I, 54: «Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur) ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium

Margarita Fuenteseca Degeneffe

el *duplex dominium* a la dualidad entre el *nudum ius Quiritium* que sería el simple título quiritario y el hecho de que otra persona tenga la cosa, en este caso un *servus*, en su patrimonio. Así, cada sujeto tendría un atributo del *dominium*, uno el *nudum ius* y otro el *usus* o ejercicio del poder dominical sobre el *servus*; más bien se podría hablar, en consecuencia, de *dominium divisum*, porque ninguno tenía el *plenum ius civile* quiritario. El mismo Gayo nos explica (II, 40) que en el *dominium*, desde que fue admitida la división, un sujeto podía ser *dominus ex iure Quiritium* y otro tener la misma cosa *in bonis*. Gayo no nos explica cómo se llegó a esta dualidad desde de la noción unitaria del *dominium* en época antigua, según la cual se era dueño quiritario o no se era dueño, y de su información, por tanto, deducimos que se trataba de una dualidad histórica inserta en la concepción del *dominium* en cuanto la legitimidad dominical podía mantenerse en el vendedor como *nudum ius Quiritium*, es decir, como simple titularidad, aunque la cosa vendida se hubiese integrado en el patrimonio del *emptor*, hasta que el transcurso del *tempus* de la *possessio ad usucapionem* consolidase como *plenum ius civile* la propiedad del comprador adquirente. Se trata de que la *traditio*, aunque se la entienda como entrega de la *possessio ex iusta causa emptionis* resulta insuficiente para la transmisión de un título legítimo de *dominus ex iure Quiritium* y requiere la *usucapio* para legitimar el *dominium* con arreglo a las XII Tablas (Tab. VI.3). La información de Gayo confirma esta dualidad procedente de las XII Tablas entre la legitimidad pública como atributo propio del *dominus* (en cuanto *auctor* o agente transmisor y garante público del título dominical de acuerdo con la inscripción de las *res Mancipi* en el *census populi*) y, por otra parte, la situación del adquirente que posee y ha pagado la *res Mancipi*, pero no la ha usucapido todavía (*nondum usucapta*). La relegación de la *Mancipatio* y la difusión de la *emptio-venditio*, apoyada en la *actio Publiciana*, provocó la división del *dominium* perceptible todavía en época de Gayo, como hemos expuesto. El nuevo contrato de compraventa operaba en el ámbito de la *possessio*, de modo que el *venditor* respondía de la entrega de la *vacua possessio* de la cosa vendida y de ahí su responsabilidad frente al comprador en caso de evicción, pero no se obligaba a la transmisión del derecho de propiedad.

Esta interpretación del *duplex dominium* conduce a la idea de *dominium divisum* en el sentido de una dualidad entre la titularidad pública de *dominus* quiritario y el poder directo sobre la cosa una vez incorporada al patrimonio del *emptor*.

Por otro lado, puesto que esta interpretación del *duplex dominium* la hemos basado en Gayo, no podemos dejar de señalar que la crítica de los investigadores del Derecho romano recayó también sobre estos textos de Gayo, admitiendo en éstos glosas, lo que

in servo habet, is potestatem habere non intelligitur.» Traducción: Por lo demás, siendo doble el concepto de *dominium* entre los romanos (pues se entiende que el esclavo está en el patrimonio, es decir, propiedad bonitaria, de alguno o en propiedad civil o por ambos derechos), así decimos que un esclavo está en potestad del dueño si está en propiedad bonitaria, aunque no sea suyo en propiedad quiritaria; pues el que tiene la nuda propiedad civil (=qui *nudum ius Quiritium* habet) no se estima que tenga la potestad.

haría vacilar toda esta construcción del *duplex dominium* (por ejemplo, SOLAZZI⁴⁵). Sin embargo, también otros autores, así por ejemplo FEENSTRA⁴⁶, asumieron la defensa de estos textos de Gayo en los que se menciona la dualidad entre *dominium ex iure Quiritium e in bonis*⁴⁷.

Otra información importante es la de JUSTINIANO (C.J. 7,25), según la cual la aludida distinción entre dos tipos de dueños sería una sutileza perturbadora y propugna que cada *dominus* sea *legitimus* y *plenissimus*, tema que cobró gran relieve entre los estudiosos después del descubrimiento del manuscrito del Gayo veronés, que confirmaba el *duplex dominium*.

Sin embargo, no se puede concluir sin hacer referencia a la relevancia jurídica del hecho posesorio en la *emptio venditio*, puesto que este contrato consensual potenció la *possessio* como forma de acceso a la propiedad. La *traditio possessionis* en el contrato de compraventa debía de tener una *causa acquirendi*, en este caso una *causa emptionis*, que constituyese un *titulus usucapionis*, el más antiguo título de *usucapio* probablemente. El hecho posesorio y, por tanto, la noción de *possessio* se inserta en la *usucapio*, que es un *modus acquirendi* legítimo del *ius civile*, desde las XII Tablas, el cual, cumplido el *tempus possessionis* conducía al logro del título público de *dominus*, es decir, de *auctor* o agente portador de la legitimidad pública y, por tanto, titular del *dominium ex iure Quiritium*.

⁴⁵ Vid. SOLAZZI, S., «In tema di *duplex dominium*», *SDHI*, 1950, p. 286 (Scritti 6, pp. 602 y ss.).

⁴⁶ Vid. FEENSTRA, *Duplex dominium*, *Symbolae M. David* 1, p. 59.

⁴⁷ Sobre *in bonis esse et habere*: APPLETON, Ch., *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, París, 1889 (reed. Aalen, 1974); BONEANTE, P., «Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione *in bonis habere*», *Scritti Giuridici Varii*, II, Turin, 1926; BRASIELLO, U., *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati. 2. In bonis habere ed editto publiciano*, Bologna 1954, pp. 85 y ss.; BRINZ, A., *Zum Rechte der bonae fidei possessio*, München, 1875; CIAPESSONI, P., «Duplex dominium» (Gai 1,54 e 240-41), *Studi sui Gaio*, pp. 91 y ss. (Rec. SOLAZZI, S., *SDHI*, 15, 1949, pp. 227 y ss.); DIOSI, G., *Ownership in ancient and preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, pp. 166 y ss.; FEENSTRA, R., *Duplex dominium*, *Symbolae M. David*, 1, pp. 55 y ss.; KASER, M., «In bonis esse», *ZSS*, 78, 1961, pp. 173 y ss.; LA ROSA, F., «In tema di *duplex dominium*», *AUCA*, 3, 1949, pp. 521 y ss.; MASCHI, C. A., «Caratteri e tendenze evolutive delle Istituzioni di Gaio», *Atti Verona*, 1, pp. 30 y ss.; RICCIBONO, S., «La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano», *Scritti Ferrini*, Pavia, pp. 34 y ss.; SOLAZZI, S., «In tema di *duplex dominium*», *SDHI*, 16, 1950, pp. 286 y ss. (Scritti 6, p. 602); Id., «Diritto e aritmetica in Gai 1, 54», *SDHI*, 20, 1954 (Scritti 6, pp. 670 y ss.); ANKUM, H., y POOL, E., «*Rem in bonis meis esse* and *rem in bonis meam esse*, Traces of the development of Roman double ownership», en *New perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas*, ed. by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 40: «*Duplex dominium* meant that in Roman Law after the division of ownership a person could have rights to a thing in two different dimensions or in both simultaneously. A thing could be his either *tantum in bonum* or *tantum ex iure Quiritium*, or both *in bonum* and *ex iure Quiritium* at the same time. So double ownership meant not only the division of two different titles to a thing among two persons during a limited period (one or two years) but also the combination of two different titles in one hand [...]. So in classical Roman Law the full power over a thing was regarded as a combination of pretorios and civil ownership (in the new terminology: *res pleno iure/ ex utroque iure meum est*).»

Margarita Fuenteseca Degenefje

En conclusión, en la configuración histórica del *dominium* en Roma se halla inserta una dualidad, entre la legitimidad pública del título dominical y el hecho posesorio resultante de un acto adquisitivo de la posesión de la cosa, entregada con base en una *causa adquirendi*. Este dualismo fue asumido por los juristas medievales para la construcción del dogma del *titulus* y del *modus*. La distinción entre *dominium directum* y *utile* puede explicarse ante la desaparición del *in bonis* que aparecía en el Digesto y que JUSTINIANO declaraba extinguido en C.J. 7,25:

«De nudo iure Quiritium tollendo: Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium, vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi volumus esse distinctionem, nec ex iure Quiritium nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliarum rerum ad se pertinentium»⁴⁸.

Los glosadores desconocían todavía las Instituciones de Gayo, pero conocían los textos del Digesto respecto al *in bonis*, y percibieron que era distinta la situación del propietario protegido por una *actio directa* (*reivindicatio*), que el protegido por una *actio utilis*, refiriéndose, sin duda, a la *actio Publiciana*. Este fue el caso de *Bulgarus* que se resistía a emplear el término *dominium* a la situación que los juristas clásicos habían denominado *in bonis*, y por ese motivo se impuso la denominación nueva de *dominium utile* como concepto sustitutivo⁴⁹.

4. LA PENETRACIÓN DE LA *POSSESSIO* EN LAS INSTITUCIONES DEL *IUS CIVILE*

Tal y como hemos descrito, el primer vehículo para la penetración de la *possessio* en las instituciones del *ius civile* fue la *emptio venditio*. Sin embargo, ahora nos interesa des-

⁴⁸ Traducción C. J. 7,25: «De la abolición del nudo derecho de los quirites.—Repeliendo por esta decisión el ludibrio de una antigua sutileza, no consentimos que haya diferencia alguna entre los dueños, en quienes una cosa se halla o nuda “por derecho de Quirites” o solamente en sus bienes, porque no queremos que exista semejante distinción, ni la frase “por derecho de Quirites”, que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que es frase vacía y superflua, y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprende en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua. Mas sea cada cual plenísimo y legítimo dueño, ya del esclavo, ya de los demás bienes que a él pertenezcan.»

⁴⁹ Como dice FIENSTRA, *Duplex dominium, op. cit.*, p. 58, al no poder utilizar la expresión *in bonis* que en el Código aparecía como institución no declarada en extinción por JUSTINIANO (C. J. 7,5) eligieron otra expresión para designar la misma cosa. Esta interpretación de FIENSTRA nos permite admitir una idéntica

tacar que la doctrina romana sobre la *possessio* ha sido realizada en torno al concepto de *possessio civilis* y puesto que parece indudable que esta *possessio civilis* en época clásica es la misma que en el proceso se denominó *possessio ex iusta causa*, interesa saber cuáles fueron estas *iustae causa possessionis*. Según PAULO (D. 41,2,3,21⁵⁰), hay tantas como como *causae acquirendi quod nostrum non fuit*, y, por tanto, dentro de la noción genérica de *possessio* hay infinitas especies y esto hace pensar que la toma de posesión puede tener múltiples causas.

Además esto concuerda con la descripción de la *actio Publiciana* que hace GAYO (4,36⁵¹), puesto que describe que se trata de una *petitio* en el caso de la pérdida de una *res tradita et nondum usucapta*, mencionando en el esquema de la fórmula una *emptio* y además una *traditio*, mientras que ULPIANO (D. 6,2,1, pr.), en cambio, no menciona la *emptio* y habla en abstracto⁵² (*id quod traditur ex iusta causa*), lo que prueba que se admitían ya otras *causae acquirendi et tradendi* además de la *emptio*, pero manteniendo el requisito de la *traditio ex iusta causa*, incluso realizada *a non domino*. La *traditio* o simple entrega de la cosa, por tanto, nunca transmite el *dominium* si no va precedida de una *iusta causa*. En principio, la *iusta causa possessionis* y *usucapionis* coinciden⁵³, pero llega un momento en que se distinguen, según ULPIANO (D. 41,4,2,1⁵⁴). Esta separación

raíz común en la *actio Publiciana* como *actio utilis*, tanto respecto a la propiedad bonitaria (*in bonis*) como respecto al *dominium utile*. Esta temática que no podemos profundizar ahora, es susceptible de más detenido tratamiento. Vid. además la recensión de PIERGIOVANNI, V., a FEENSTRA, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Univ. Genova, 3, 1964, pp. 757-58. Vid. FEENSTRA, «Les origines du *dominium utile* chez les Glossateurs», en *Fata Iuris Romani* (Études d'histoire du droit, Leyden, 1974).

⁵⁰ D. 41,2,3,21: «Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius, quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae deditio, pro suo; sicut in his, quae terra marique, vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi, ut in rerum naturam essent, fecimus; et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.» Traducción: Hay tantos géneros de posesión como causas de adquirir lo que no sea nuestro, por ejemplo, a título de comprador, de donación, de legado, de dote, de heredero, de dación por noxa, de cosa suya; así como respecto a las cosas que cogemos en la tierra y en el mar o de los enemigos, o las que nosotros mismos hicimos que existiesen; y en suma, más bien hay un sólo género de poseer e infinitas especies.

⁵¹ GAYO 4, 36: «Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucapisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo iudex esto. Si quem hominem A. agerius emit <et> is ei traditus est, anno possidisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua.»

⁵² D. 6,2,1, pr: «Ulpianus libro XVI ad Edictum.- Ait praetor: si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.» Traducción: Dice el pretor: Si alguno pidiere lo que por justa causa es entregado por quien no es dueño, y aun no fue usucapido, daré acción.

⁵³ Vid. MIQUEL, J., «*Iusta causa traditionis* y *iusta causa usucapiendi* en las Instituciones de Gayo», en *Estudios Homenaje U. Álvarez*, Univ. Complutense de Madrid, 1978. p. 263; Vid. también KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2.ª ed., München, 1971, pp. 418 y ss.

⁵⁴ D. 41,4,2,1: «Paulus libro LIV ad Edictum.—Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non cepit.» Traducción: La causa de la posesión es distinta de la usucapión; porque se dice con verdad

Margarita Fuenteseca Degenelje

fue defendida por la jurisprudencia de la época de los Severos, en especial por Paulo y Ulpiano, considerando que la *iusta causa* tiene carácter objetivo y *bona fides* subjetivo, y ésta consistiría en la convicción de no lesionar el derecho de otro de adquirir la posesión de la cosa.

Para concluir queremos reafirmar que con la *emptio venditio* consensual y la fórmula Publiciana lograron los *praetores* la articulación de un nuevo tipo más ágil de propiedad civil basada en la entrega de la posesión de la cosa vendida que generaba en el comprador un título de *usucapio emptionis causa*. También reafirmamos que esta renovación de la *usucapio civilis* instrumentándola sobre la *possessio* nos revela una eficaz colaboración creadora entre los *iurisprudentes* y *praetores* y, en consecuencia, ilumina una faceta de la compenetración entre el *ius civile* y el denominado *ius honorarium*.

La alineación de la *possessio* con la *usucapio* hasta elaborar un nuevo tipo de *possessio civilis* engendradora del *dominium* o *proprietas* exigió una elaboración doctrinal cuya culminación debe a la obra del jurista Paulo. Sin esta aportación teórica de los *iurisprudentes* el edicto Publiciano no alcanzaría tanta eficacia. Nos hallamos ante un ejemplo de cooperación entre el saber jurisprudencial en función impulsora del *ius civile* y la técnica procesal de los *praetores*. Desde esta perspectiva no se puede pensar en dos sistemas jurídicos —civil y pretorio— opuestos entre sí, sino coadyuvantes en el hallazgo de soluciones para encauzar la transformación de la sociedad romana desde últimos tiempos de la república. La nueva familia cognaticia, la compraventa y una nueva forma de propiedad transformaron el panorama socio-económico y se impuso un nuevo sistema hereditario. Así la *bonorum possessio* promovida por los pretores, configuró también una herencia pretoria, muy distinta a la estructura patriarcal agnaticia.

que uno compró, pero con mala fe, a la manera que posee como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena, aunque no la usucapirá.