

IN BONIS ESSE, **O EL TRIUNFO DE LA CAUSALIDAD.** **UN ACERCAMIENTO A *GAI. 4, 36***

ALFONSO CASTRO
Universidad Hispalense

1. En otro lugar ¹, he traído a colación, como inicio de ciertas reflexiones sobre las estrechas relaciones que en derecho romano presentan posesión y proceso, una sutil afirmación de PAULO *ad edictum* ²:

«genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius quod nostrum non sit.»

Existen tantas clases de posesión ³ como causas de adquirir lo que no es nuestro. Comentando el fragmento cabe defender que «la posesión existe con el hombre; el Dere-

¹ Concretamente en CASTRO, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: «bonorum possessio» e «in bonis habere»*, basada en mi comunicación presentada a la LII Sesión de la SIHDA (Madrid, septiembre de 1998), solicitada para su publicación en *RIDA*, actualmente en curso.

² D. 41, 2, 3, 21.

³ Sobre ella los estudios son, como cabe imaginarse, de enumeración interminable, comenzando por el fundamental SAVIGNY, *Das recht des Besitzes*, 1803, Wien, 1865, 7.^a ed., al cuidado de RUDORFF. Una buena síntesis bibliográfica de los estudios más destacados puede hallarse en CANNATA, *Possessio (Diritto romano)*, *NNDI*, XIII, 1966, pp. 323-324, y en IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 1958, Barcelona, 1993, 11.^a ed., pp. 279 y ss. Entre los que me parecen fundamentales, vid. IHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, 2.^a ed., Jena, 1869; *idem*, *Der Besitzschutzes*, Jena, 1889; BONFANTE, «Possessio civilis e possessio naturalis», *RISG*, 1893, en *Scritti*, 3, Torino, 1921, pp. 534 y ss.; *idem*, «Il punto di partenza della teoria romana del possesso», *Studi Moriani*, Siena, 1906, en *Scritti*, 3, *op. cit.*, pp. 516 y ss.; SCHERILLO, «Contributi alla dottrina romana del possesso. I. Possessio naturalis», *RIL*, 63, 1930, pp. 507 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano, 3. Diritti reali*, 1933, Milano, 1972, p. 130 y ss.; BOZZA, *Il possesso*, Napoli, 1936; CARCATERRA, *Possessio. Ricerche di storia e di dottrina*, Roma, 1938; CANNATA, «Possessio», «possessor», «possidere» nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica, Milano, 1962; BOZZA, *La nozione della possessione* (2 vols.), Siena, 1964; KASER, *Das römisches Privatrecht, I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 2.^a ed., pp. 140 y ss., 384 y ss.; *II. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2.^a ed., München, 1975, pp. 246 y ss.; en la doctrina española, vid. especialmente IGLESIAS CUBRÍA, «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión», *RDP*, 338-339, 1949, pp. 630 y ss.

Alfonso Castro

cho empieza a existir cuando la cualificación que desde la autoridad se realiza de unas posesiones sobre otras empieza a sustentarse desde la realidad de unos criterios que tienden a la permanencia. Si la posesión es defendida en principio en un nivel meramente posesorio o fáctico, esto es, sin incorporar nota de permanencia alguna al aceptarse la propia veleidad consubstancial al fenómeno posesorio, en la misma valoración de unas posesiones frente a otras subyace ya potencialmente el elemento jurídico que supone necesariamente toda valoración; de ahí a la creación del título, que, referido a la cosa, no depende de las vicisitudes que pueda experimentar en cuanto a su señorío de hecho, hay un solo paso. Los derechos nacen desde el hecho y en virtud de la protección que convierte a éste en derecho: esto es evidente en la actividad jurisdiccional del pretor, pero fue necesariamente el camino recorrido para la elaboración de los primeros productos jurídicos de una cultura como la romana que hunde sus raíces en las obscuridades protohistóricas»⁴.

Quizás resulte inevitable enfocar el asunto de esta forma. Caso paradigmático de lo que acaba de decirse, ya en época plenamente histórica y de plenitudes jurídicas, es el de la propiedad bonitaria⁵, en el que se produce una transmisión defectuosa de la propiedad civil⁶ con justa causa, lo que convierte al adquirente en justo poseedor simplemente de la cosa entregada, por no haberse completado la transmisión del *dominium*⁷, que sigue

⁴ CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, op. cit., & 1, en vías de publicación.

⁵ La propiedad bonitaria no es sino la cualificación de la posesión, en virtud de la causalidad que informa esencialmente el fenómeno posesorio; *vid.*, sobre esta figura que historió APPLETON (*Histoire de la propriété prétorienne*, Paris, 1889), entre otros, BONEANTE, «Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione “in bonis habere”», *Scritti*, 2, Torino, 1918, pp. 370 y ss.; KASER, «In bonis esse», *ZSS*, 78, 1961, pp. 185 y ss.; BRASHELLO, «s.v. Proprietà (diritto romano)», *NNDI*, XIV, 1967, pp. 119 y ss.; más recientemente, ANKUM, «Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?», *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg, 1985, pp. 125 y ss.; POOL, «Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis “alicuis” esse und bonitarisches Eigentum im klassischen römischen Recht», *ZSS*, 102, 1985, pp. 470 y ss.; resulta, finalmente, imprescindible acudir al monumental resultado de la investigación de ANKUM, VAN GESSEL, DE ROO y POOL, «Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks “in bonis alicuis esse/in bonis habere” im klassischen römische Recht», *ZSS*, 104, 1987, pp. 238 y ss.; *idem*, *ZSS*, 105, 1988, pp. 334 y ss.; *idem*, *ZSS*, 107, 1990, pp. 155 y ss., estudio —o triple estudio— completísimo.

⁶ El *dominium*, o propiedad civil sobre una cosa, como ha resumido oportunamente D’ORS (*Derecho privado romano*, 7.ª ed., Pamplona, 1989, p. 142), atribuye el máximo posible de facultades jurídicas sobre ella: *habere, possidere, uti y frui*. Son facultades de índole esencialmente posesoria, como se ve (y no sólo la segunda, como es evidente), convertidas en jurídicas única y exclusivamente por una permanencia que es consubstancial al vínculo que proporciona el título. *Vid.* sobre la relación entre propiedad civil y bonitaria, DIÓSDI, «“In bonis esse” und “nudum ius Quiritium”», *Studi Volterra*, 2, Milano, 1971, pp. 125 y ss.

⁷ *Vid.*, en general, sobre los mecanismos adquisitivos de la propiedad, DE FRANCISCI, «*Translatio domini*», Milano, 1921; *idem*, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924; C. LONGO, *Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1938; KASER, «Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht», *ZSS*, 65, 1947, pp. 219 y ss.; VOCCÌ, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952; GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955; recientemente ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *La propiedad y los modos de adquirirla en Derecho romano y en el Código civil*, Granada, 1991. No es éste el momento adecuado para entrar en la relativamente ociosa polémica acerca de la existencia en época

en manos del transmitente. La reflexión es sencilla. La causalidad preside decisivamente la contextura interna del fenómeno posesorio; materializado el derecho de propiedad en él, a través de él, la causa en virtud de la cual se entró en relación fáctica con la cosa⁸ y, en su caso, aquélla en virtud de la cual se entró en relación jurídica con la cosa, o se pretendió legítimamente hacerlo, sirve para *justificar* la pretensión que sobre la cosa se esgrime⁹. Si se sigue el aliento conductor de la reflexión de PAULO con la que se iniciaba este pequeño trabajo, se ve aquí una posesión ante el caso también concreto de una causa que nos ha hecho adquirir lo que no es nuestro, y que ha convertido tan sólo en poseedor a quien no puede ser propietario.

2. El edificio pretorio de la propiedad bonitaria se sustenta sobre bases muy precisas, que reproducen en época histórica —la de la expansión romana de los siglos III-I a.C.— el andamiaje natural en que, en la edad protohistórica —los siglos de lento cuajar jurídico antes de las XII Tablas—, fueron construyéndose los primeros derechos: mediante la procesalización del tronco nutriente que es la posesión¹⁰.

2.1. El sistema romano de adquisición de la propiedad se nutre y levanta desde el basamento —includible— de la posesión, no sólo porque de ésta proceda *genéticamente* tal derecho, sino porque la requiere inevitablemente para la materialización de lo que es, tan sólo, una idea¹¹. El *dominium* nace de esta forma necesariamente apegado a la realidad material de las cosas y esto se traduce en una necesidad, que es, antes que nada, imperativo producido por la inapelabilidad de los hechos de la naturaleza, de la relación *natural* del hombre con las cosas: la propiedad ha de asentarse sobre la estructura de los modos que legítimamente¹² proporcionan la adquisición de la posesión de las cosas

clásica de la *translatio rei* y no una *translatio iuris*. Remito en cualquier caso al análisis de Gai. 2. 65 y ss. por IGLESIAS, *Derecho romano, op. cit.*, p. 241, y a mis breves consideraciones de CASTRO, *Notas sobre un paralelismo, op. cit.*, n. 5. Cfr. sobre esto, no obstante, GEORGESCU, *La formation du concept de mode d'acquisition de la propriété en droit romain. Études de philologie juridique et de droit romain*, 1, Bucarest-París, 1940, pp. 333 y ss.; BRASILELLO, «Alienatio», *SDHI*, 15, 1949, pp. 114 y ss. Sobre la propiedad en las épocas más antiguas de la evolución romana *vid.* DIÓSDI, *Ownership in ancient and preclassical Roman Law*, Budapest, 1970.

⁸ De nuevo, D. 41, 2, 3. 21.

⁹ Cfr., en cualquier caso sobre la *traditio*, ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, *passim*.

¹⁰ CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos*, en *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 3, 1999, pp. 163-189.

¹¹ *Ídem*, *Notas sobre un paralelismo, op. cit.*, & 2.1, en vías de publicación.

¹² Sobre la sustracción, que no acredita una posesión legítima al carecer de causa justa y que por tanto impide la adquisición de la propiedad de la cosa sustraída, *cfr.* Gai. 3, 195 (I, J. 4, 1, 6); Gai. 3, 196; Paul. 2, 31, 1; D. 47, 2, 1, 3; D. 47, 2, 77 (76) pr. *Vid.*, en cualquier caso, sobre la *contrectatio*, requisito material del *furtum*, y el hurto en general OLIVIERONA, D. 47, 2, 21. «Some questions concerning "furtum"», en *Three Essays in Roman Law*, Copenhagen, 1949, pp. 43 y ss. Más específicamente *vid.*, entre otros, SCHIEPES, «Über

Alfonso Castro

(*occupatio*¹³ y *traditio*¹⁴), para, añadiéndoles un requisito *jurídico*, completar la esfera de lo *posesorio* y propiciar la adquisición del título: tal requisito vendrá constituido desde el punto de vista substancial, de dos modos:

a) Deshilvanando el hilo causal¹⁵ de la posesión, como ocurre, lógicamente, con la *occupatio*¹⁶ y la *traditio*¹⁷ que, cualificadas en lo causal, permiten la adquisición del de-

Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des "furtum"», *SDHI*, 4, 1938, pp. 99 y ss.; BUCKLAND, «Contractatio», *LQR*, 57, 1941, pp. 467 y ss.; VÉGH, «Contractatio», *PW, Suppl.*, 12, 1970, pp. 162 y ss.; PUGSLEY, «Contractatio», *Americans*, 1989, pp. 89 y ss.

¹³ Vid. en especial SILVIO ROMANO, «L'occupazione delle "res derelictae"», *Annali Camerino*, 1930, pp. 201 y ss.; MEYER y COLLINGS, *Derelictio*, Erlangen, 1932; SILVIO ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933; ARNÓ, «"Derelictio" e "iactus mercium navis levandae causa"», *Atti Torino*, 76, 1940-1941, pp. 260 y ss.; DAUBE, «"Derelictio", "occupatio" and "traditio"», *LQR*, 77, 1961, pp. 382 y ss.; SOLIDORO, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano*, Napoli, 1989.

¹⁴ Sobre la entrega, cfr. D. 18, 6, 1, 2; D. 18, 6, 15 (14); D. 18, 6, 16 (15); D. 41, 2, 1, 21; D. 41, 2, 3, 1; D. 41, 2, 18, 2; D. 41, 2, 34 pr.; D. 41, 2, 48; D. 41, 2, 51; D. 43, 16, 12; D. 43, 16, 18 pr. Sobre la interrelación derecho-posesión en y a través de la tradición, vid. GORDON, «Acquisition of Ownership by "traditio" and Acquisition of Possession», *RIDA*, 12, 1965, pp. 279 y ss.; sobre la ampliación que progresivamente experimenta la figura gracias a la flexibilización de sus estructuras internas de funcionamiento, vid. RICCOBONO (senior), «Traditio ficta», *ZSS*, 33, 1912, pp. 259 y ss.; *idem*, *ZSS*, 34, 1913, pp. 159 y ss.

¹⁵ Sobre la causalidad de la *traditio* se han pronunciado en diversos estudios de interés EHRARDT, *Iusta causa traditionis*, Berlín, 1930; SERRANO y SERRANO, «Iusta causa traditionis», *RCDI*, 115, 1934, pp. 495 y ss.; 117, 1934, pp. 678 y ss.; 118, 1934, pp. 721 y ss.; 119, 1934, pp. 801 y ss.; 120, 1934, pp. 883 y ss.; 121, 1935, pp. 17 y ss.; 122, 1935, pp. 81 y ss.; 123, 1935, pp. 161 y ss.; 124, 1935, pp. 241 y ss.; 125, 1935, pp. 321 y ss.; BETTI, «Sul carattere causale della "traditio" classica», *Studi Riccobono*, 4, Palermo, 1936, pp. 115 y ss.; BEDENEK, *A "iusta causa traditionis"*, Budapest, 1959; KASER, «Zur "iusta causa traditionis"», *BIDR*, 64, 1961, pp. 61 y ss.; MIQUEL, «La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos», *AHDE*, 31, 1961, pp. 515 y ss.; JAHR, «Zur "iusta causa traditionis"», *ZSS*, 80, 1963, pp. 141 y ss. Tal causalidad es —casi— unánimemente mantenida por la doctrina, como uno de los pilares básicos de la tradición romanística sobre los derechos reales. VOGL, en su emblemático trabajo («"Iusta causa traditionis" e "iusta causa usucapionis"», *SDHI*, 15, 1949, pp. 141 y ss.), analizando brillantemente — y creo que discutiblemente—, *ibidem*, p. 143, diversos textos (cfr. D. 12, 6, 16 pr.; D. 46, 3, 12, 4; D. 46, 3, 16; D. 46, 3, 58 pr.), defiende el carácter abstracto de la *traditio*; tal controversia ha sido revitalizada por PUGSLEY, *Was "iusta causa" necessary for "traditio" in Roman Law?*, en *Americans*, *op. cit.*, pp. 27 y ss. He defendido la causalidad de la *traditio* con un análisis de ésta y las *dationes* recientemente en CASTRO, «La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad», en *Apollinaris*, 71, 1998, pp. 257-287.

¹⁶ D. 41, 1, 3 pr. Cfr. en especial sobre la ocupación WEISS, *Das Willensmoment bei der "occupatio" des römischen Rechts*, Marburg, 1955, pp. 273 y ss.; HESS, «Occupatio», *ZSS*, 84, 1967, pp. 355 y ss.; FRANCIOSI, s.v. «Occupazione (storia)», *EdD*, 29, 1979, pp. 610 y ss.; para su relación con el otro modo adquisitivo de la posesión que puede servir para adquirir la propiedad, vid. DAUBE, «"Derelictio", "occupatio" and "traditio"», *op. cit.*, *passim*.

¹⁷ Sobre los requisitos de la *traditio* como mecanismo adquisitivo de la propiedad, cfr. Gai. 2, 20-28-64; I. J. 2, 8, 1; I. J. 2, 6, 14; D. 17, 1, 19; D. 18, 1, 15, 2; D. 41, 1, 20 pr.; D. 41, 1, 35; C. 7, 37, 2, 3. Para el estudio general de la figura, además de KASER, *Eigentum und Besitz*, Weimar, 1943, pp. 195 y ss., *vid.*, entre los más específicos, WATSON, «Acquisition of ownership by "traditio" to an "extraneus"», *SDHI*, 33, 1967, pp. 189 y ss.; GORDON, *Studies in the transfer of property by "traditio"*, Aberdeen, 1970; ARU, «s. v. traditio (diritto romano)», *NNDI*, XIX, 1973, pp. 465 y ss.

recho por la adquisición posesoria de la cosa. La causalidad, evidente en la tradición, se da sin duda también en la ocupación de cosa abandonada¹⁸, y si es aquella el ámbito donde cuajan emblemáticamente la teoría proculeyana del *animus*¹⁹ y subyace la arquitectura *mínima* de la relación jurídica²⁰ (entre sujetos²¹), el acto ocupatorio se asienta en la causalidad que deriva de la *derelictio*²², perceptible también en esa ocupación en el ámbito sucesorio que, insuficiente por sí sola para adquirir el título, abre la *usucapio pro herede* y que parte del abandono absoluto —«por excelencia»— que supone la muerte del causante²³.

b) Revistiendo de una *forma* al fenómeno de la entrega, abstrayéndose la causalidad y quedando como irrelevante *en principio* la causa subyacente, casos de la *mancipatio*²⁴ y de la *in iure cessio*²⁵. La causalidad, en cualquier caso, *se aletarga, pero no desaparece del todo bajo el rito*. Vuelvo a mis propias palabras de otro trabajo²⁶, muy expresivas de lo que quiero decir, si se me permite, en este punto: «Que la causa se abstraer sólo *en principio* viene probado por el hecho inmediato de que sea, precisamente, la causalidad de una adquisición que, a efectos formales, sólo lo ha sido de la posesión la que permita sustentar todo el fenómeno jurídico de la usucapión²⁷, tan rico de substancia jurí-

¹⁸ FRANCIOSI, «“Res nullius” e “occupatio”», *Atti Accad. Napoli*, 75, 1964, pp. 2 y ss., sobre el objeto del acto ocupatorio, defiende la no identificación en época clásica entre cosa de nadie y cosa ocupable, lo que, no obstante sus interesantes argumentaciones, parece discutible. Una cosa sin poder sobre ella es *naturalmente* ocupable por cualquiera.

¹⁹ Sistematizada, como es lugar común, por Paulo, pero dibujada ya en esencia mucho antes por Trebacio, maestro de Labeón, lo que no se destaca; *vid.* sobre ello recientemente CASTRO, «D. 41, 7, 2: reflexiones sobre la “traditio in incertam personam” y otras precisiones sobre la “occupatio”», en *Actas de las II Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Huelva, marzo de 1999, & 2 y 6, en prensa.

²⁰ *Ibidem*, & 2; antes en el tiempo, *idem*, *Poseción y proceso, acto y rito*, *op. cit.*, p. 176.

²¹ Incluyo esta acotación porque no es unánime la consideración de jurídica de una relación que une a un hombre —sujeto— con una cosa —objeto—, como ocurre en la relación *in rem*. IGLESIAS, *Derecho romano*, *cit.*, p. 220, excluye explícitamente tal consideración: para él relación jurídica sólo puede darse entre personas. No comparto tal consideración del maestro.

²² CASTRO, *La posesión y los mecanismos “causales”*, *op. cit.*, pp. 262 y ss.; *idem*, *D. 41, 7, 2: reflexiones*, *op. cit.*, & 1, en prensa.

²³ *Ídem*, «Aproximación a la “usucapio pro herede”», *RIDA*, 45, 1998, pp. 143-208, especialmente 179 y ss., basado en mi comunicación presentada en la L Sesión de la SIHDA (Bruxelles, septiembre de 1996).

²⁴ Cfr. Gai. 1, 119-120-121; Gai. 2, 104; Gai. 3, 167; Paul. 2, 17, 4; Ulp. 19, 3 y ss.; C. Th. 8, 12, 4-5-7; D. 18, 1, 1 pr.; D. 21, 2, 39, 1. *Vid.*, entre otros, SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio*, Kiel, 1904; HUSSERL, «Mancipatio», *ZSS*, 50, 1930, pp. 478 y ss.; KASER, *Eigentum und Besitz*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; TOMULESCU, «D. 18, 1, 1 pr. et la mancipatio (Considerations économiques et juridiques)», *RIDA*, 18, 1971, pp. 711 y ss.; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «Note intorno a D. 18, 1, 53», *BIDR*, 82, 1979, pp. 272 y ss.

²⁵ Cfr. Gai. 2, 24-25-65-96; Ulp. 19, 9-10. *Vid.* sobre esta figura, entre otros, SCHLOSSMANN, *op. cit.*; MEYLAN, «De deux traits peu remarqués de l’“in iure cessio”», *RIDA*, 6, 1951, pp. 103 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14.^a ed., 1960, Napoli, 1980, pp. 198 y ss.

²⁶ CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, *op. cit.*, & 2.1, en vías de publicación.

²⁷ Cfr., entre otras muchas referencias textuales, Cic., *Top.*, 4, 23, 42 y 54; Gai. 2, 43 y 45; Ulp. 19, 8; I. J. 2, 6, 1 y ss.; D. 41, 1, 48, 1; D. 41, 3, 9; D. 41, 3, 33, 2; D. 41, 4-5-6-7-8-9-10; D. 50, 16, 109; C. 7, 26.

Alfonso Castro

dica, tan significativo, como modo de cierre de todo el sistema del *ius civile* para la propiedad.»

La exquisita sensibilidad que a lo largo de su elaboración secular muestra el derecho pretorio, merced a la influencia jurisprudencial y la depuración de sus propios instrumentos autónomos de conocimiento, hacia el elemento causal inherente a la posesión²⁸, queda sobradamente confirmada al comprobar el propósito y las técnicas de actuación del magistrado en la magnífica creación de la propiedad bonitaria, formalmente respetuosa con el *ius civile*²⁹, pero dejándolo inactivo en la práctica³⁰. La insuficiencia del sistema civil, lastrado por los excesos de ritualismos validantes, desborda la eficacia de un mecanismo como la *usucapio* y es lo que mueve la creatividad pretoria a completar *procesalmente* lo que *materialmente* no es derecho para el ordenamiento civil³¹. El mecanismo, que se sustenta necesariamente en la causalidad connatural a lo posesorio (que se extiende *naturalmente* a lo jurídico), ha de continuar a la usucapición allí donde está no puede llegar, allí donde se muestra vulnerable: en su naturaleza de fenómeno, esto es, de espacio haciéndose en el tiempo, durando, y como tal espacio durable, *interrumpible*. Ante la debilidad de lo que *está siendo* sólo cabe oponer la contundencia rasgante de lo que *es* tan sólo: la *actio*. De tal modo, la acción Publiciana³², que desde el principio se

Vid. GAUGANO, *I limiti subbietivi dell'antica usucapio*, Napoli, 1913; KASER, *Eigentum und Besitz*, *op. cit.*, pp. 293 y ss.; LEVY, «Die nachklassische Ersitzung», *BIDR*, 51-52, 1948, pp. 352 y ss.; MAYER-MALY, «Studien zur Frühgeschichte der "usucapio"», 1, *ZSS*, 77, 1960, pp. 16 y ss.; *idem*, *Studien...*, 2, *ZSS*, 78, 1961, pp. 221 y ss.; *idem*, *Studien...*, 3, *ZSS*, 79, 1962, pp. 86 y ss.; *idem*, «Elementarliteratur über die "usucapio"», *Studi Betti*, 3, Milano, 1962, pp. 453 y ss.; *idem*, *Das Putativtitelproblem bei der "usucapio"*, Köln-Graz, 1962; SEIDL, «Zur Vorgeschichte der Ersitzung», *SDHI*, 39, 1973, pp. 47 y ss.; FABBRINI, «s.v. usucapione (diritto romano)», *NNDI*, XX, 1975, pp. 280 y ss.; VACCA, «Osservazioni in tema di "iusta causa" e "bona fides" in relazione all'"usucapio pro derelicto"», *Studi Sanfilippo*, 4, Milano, 1983, pp. 773 y ss.; KASER, «Altrömisches Eigentum und "usucapio"», *ZSS*, 105, 1988, pp. 122 y ss.; VACCA, «s.v. usucapione (diritto romano)», *EdD*, 45, 1992, pp. 989 y ss.

²⁸ El tiempo de la usucapición completa la posesión cobrada por *derelictio* en la *occupatio* y la obtenida por *traditio* insuficiente. Cfr. D. 41, 4-5-6-7-8-9-10; sobre este tema de la causa *vid.* en especial VOGL, «"Iusta causa traditionis" e "iusta causa usucapionis"», *op. cit.*, pp. 141 y ss.; *idem*, «Iusta causa usucapionis», en *Scritti Carnelutti*, Padova, 1950, pp. 155 y ss. Sobre el abandono, cfr. SILVIO ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, *op. cit.*, pp. 88 y ss., y en la dirección opuesta KRÜGER, «"Derelictio" und "usucapio"», en *Mnemosyna Pappulia*, Atenas, 1934, pp. 156 y ss., pero me parecen preferibles los posicionamientos de BONIANTE, *Corso*, 2, 2, *op. cit.*, pp. 196 y en su misma opinión MEYER y COLLINGS, *Derelictio*, Erlangen, 1932, *passim*. He manifestado mi visión de estos temas brevemente en CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, *op. cit.*, n. 29 y por extenso en *idem*, *D. 41, 7, 2: reflexiones*, *op. cit.*, & 3-5, en prensa; para una hipótesis sobre el *si sciamus* del texto *vid. op. ult. cit.*, & 4.2.

²⁹ D. 1, 1, 7: «[...] supplendi [...] iuris civilis propter utilitatem publicam.»

³⁰ D. 1, 1, 7: «[...] corrigendi iuris civilis propter utilitatem publicam.»

³¹ ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 126, sostiene que la *possessio ad usucapionem* se transformó en un derecho substancialmente similar al *dominium* cuando el pretor concedió *actiones in rem* para una defensa sustentada hasta entonces en la pura facticidad debatida en los procedimientos interdictales.

³² Cfr. D. 6, 2, 3, 1, con la mención ulpiana de la *iusta causa traditionis* en relación a la *actio Publiciana*.

configura como una acción ficticia, porque lo que se busca es *fingir* que la usucapión interrumpida se ha verificado, fija lo que en la *usucapio* sólo está fijándose — *presente frente a gerundio* — y el poder permanente sobre la cosa — *eso* en definitiva es el derecho³³— cuaja en el instante mismo de la concesión. O lo que es lo mismo: *la llamada propiedad bonitaria se actúa con la concesión de la actio Publiciana, lo que significa que, en su realidad de actuable, es desde el principio un derecho latente.* Por decirlo de un modo expresivo, existe en la piel posesoria como congelado y en cualquier momento puede *descongelarse* por obra de la acción.

2.2. Tal sólo puede hacerse por la intervención decidida del pretor en el ejercicio de su facultad jurisdiccional. Mucho se ha debatido sobre el papel creador de derechos o no de la *iurisdictio* pretoria. Se ha llegado a postular, desde la autoridad de quien dista de un dominio tan sólo de los irrelevantes accidentes del derecho³⁴ —que es lo que abunda desgraciadamente— que, entre las fuentes del derecho, no se encuentra la actividad jurisdiccional. Desde esta óptica, en diversas sedes expuesta³⁵, fuentes del derecho a lo largo de la historia de Roma tan sólo lo habrían sido las *mores* , las XII Tablas, las leyes posteriores, no la *iurisprudencia* ³⁶, pero tampoco la *iurisdictio* . Ésta complementa la actividad en verdad creadora de la Jurisprudencia, de modo que los postulados de ésta son llevados hasta más allá de sus propios límites —como manifestación en puridad privada— encardinadas en/por las creaciones concretas del pretor: ahí donde no llegan por sí solos los avances de la *iurisprudencia* los lleva la *iurisdictio* ³⁷ en su ropaje de imperativos, pero ésta no se separa nunca de la referencia central del *ius civile* , en el que siempre se apoya, incluso tácitamente³⁸; hasta cuando en su tejido más íntimo para nada aparece la presencia, siquiera difuminada, del viejo derecho.

No obstante la verdad de estas posiciones —que hago más—, creo que cabe —y es aconsejable— incluir la labor jurisdiccional dentro de las fuentes históricas del derecho de Roma, y ello es especialmente evidente en el caso, que aquí me ocupa, de la propiedad bonitaria, indudablemente jurídica, indudablemente creada por la labor pretoria. Ocurre simplemente que tales creaciones jurídicas del pretor carecen de la impronta sacral de las viejas, que brotan de las obscuridades arcanas del más profundo *ius* romano, recogidas luego en el código decenviral, pero no pueden olvidarse los paralelismos evidentes en la intimidad caracterizadora de ambas vertientes jurídicas, en cuanto focos creadores de derecho:

³³ La posesión, por el contrario, es el poder en sí mismo temporal sobre la cosa: una *posición* , en suma, que es lo que etimológicamente significa (D. 41, 2, 1).

³⁴ IGLESIAS, *Las fuentes del Derecho Romano* , 1989, ahora en *ídem* , *Arte del derecho. Escritos romanísticos. Nuevas miniaturas. Última lección* , Madrid, 1994, pp. 67 y ss., especialmente 87 y ss.

³⁵ *Ibídem* , p. 98, pero también en *ídem* , *Derecho romano, op. cit.* , pp. 99 y ss., donde se explican las relaciones entre el *ius civile* y el *ius honorarium* .

³⁶ Su poder es recreador de derechos, como expresivamente lo califica IGLESIAS, *Arte del derecho, op. cit.* , p. 89; para su significación *vid.* por todos *ídem* , *Derecho romano, op. cit.* , pp. 90-91, con una certera síntesis y ajustada cobertura bibliográfica.

³⁷ *Op. ult. cit.* , p. 100.

³⁸ *Ibídem* , p. 101.

Alfonso Castro

— En el viejo magma predecenviral que cuaja en las XII Tablas el derecho nace, brota, de la cualificación del elemento prejurídico —la posesión—, que igualmente es la nutriente primera de la actividad creadora del pretor³⁹.

— Tal cualificación —en sí necesariamente jurídica— se realiza, tanto en los tiempos primigenios como bajo la actividad jurisdiccional, mediante la procesalización de lo fáctico, esto es, por medio de la valoración social a la que se incorpora un elemento de imperatividad que, al tangibilizarla, la vuelve efectiva, la hace real⁴⁰.

Si bien la *iurisprudencia* se ve expandida por la *iurisdictio* adonde no llega⁴¹ —las lindes de la coactividad—, si bien para el *ius civile* nada es derecho más allá de sus propios estrechos límites, no es menos cierto que las creaciones del pretor, enunciaciones formales de la actividad jurisprudencial, o bien creaciones previas del pretor peregrino en el ámbito del *ius gentium* reflejadas como en un espejo en la labor de su colega urbano, nacen con fin de reglar, existen con vocación jurídica y —muy significativamente— aportan en su propio ser el mecanismo —necesariamente procesal— que las impone y las hace ineludibles.

3. El mecanismo atiende, por tanto, a una doble realidad en la elaboración de su tejido íntimo: de un lado, en el plano substancial, se expresa el hilo conductor de la causalidad jurídico-posesoria de las adquisiciones hasta sus últimas consecuencias, en un intento de consolidar, de forma definitiva, un sistema que atienda como única clave validante al sustrato causal y no al rito, esto es, a la esencia y no simplemente a la circunstancia que, sin aquélla, no es nada; de otro, se dibuja un contexto de realidades nuevo a través de un instrumento jurídico que, pese a las controversias suscitadas sobre su naturaleza y alcance⁴², es indiscutible que contó con una extendidísima aplicación en la práctica jurídica romana: la ficción⁴³.

³⁹ Emblemáticamente, *bonorum possessio e in bonis esse*; sobre ellas, sus paralelismos y diferencias vid. CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, op. cit., passim.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, p. 50.

⁴² Así, en España, y ya desde antiguo, GARCÍA GARRIDO, «Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano», en *AHDE*, 27 1957, pp. 305 y ss., concretamente 342, negó la existencia de ficciones jurisprudenciales; para él se trata de «construcciones doctrinales que tienen a veces un sentido metafórico» basadas en principios en definitiva analógicos; GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, pp. 157 y ss., las considera desde luego de naturaleza analógica; muy recientemente, el imprescindible BIANCHI, «*Fictio iuris*». *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, pp. 422 y ss., especialmente 475, se pronuncia en contra de su existencia. No coincido con estos autores en tal apreciación y lo he sostenido en diversas sedes: CASTRO, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Sevilla, 1998, pp. 143 y ss.; *idem*, «Ficción jurídica y “usucapio pro herede” en la yacente hereditaria», en *Actas de las I Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Jaén, noviembre de 1997* (Jaén, 1999), pp. 163-174; *idem*, «Sulla “fictio iuris”», en *LABEO*, 45, 1999, reseña a BIANCHI, op. cit.

⁴³ No es éste el lugar idóneo para detenerse en la enunciación del estado de la doctrina y mucho menos en el análisis de los fundamentos en general de la ficción jurídica en derecho romano. Baste con remitir para

Con ambos elementos, en las dos vertientes, lo que se antoja aún más evidente es que el pretor edifica una órbita jurídica nueva, dependiente y complementaria del viejo *dominium ex iure Quiritium*, y al tiempo diferenciable y, en gran parte, contraria a aquél. ¿Significa esto que como resultado de tal intervención en la substancia de la propiedad nos hallamos en verdad ante un doble ámbito de derechos, o más bien ante un solo derecho que se bifurca?

3.1. Debe partirse, para enfocar adecuadamente el problema que analizo, del enunciado de un texto de Gayo:

Gai. 1, 54: «*Ceterum cum apud ciues Romanos duplex sit dominium —nam uel in bonis uel ex iure Quiritium uel ex utroque iure cuiusque seruus esse intellegitur—, ita demum seruus in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit; nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, is potestatem habere non intellegitur.*»

El elemento causal del edificio jurídico-posesorio romano es el que permite afrontar esta cuestión, creo, diáfanoamente. El *dominium*, en mi opinión, y contrariamente a lo sostenido desde alguna visión doctrinal de interés⁴⁴, no es doble⁴⁵. Propiedad civil —la propiedad por antonomasia— y propiedad pretoria —incompleta propiedad procesalmente completada por el pretor— derivan del mismo tronco nutricional: la posesión. El barro en el que se imprimen los rasgos de ambas ánforas es la posesión, que, al cualificarse en época reciente⁴⁶ por el pretor, al modelarse, deriva en la propiedad pretoria, del mismo modo que hubo necesariamente de ocurrir, en la época magmática predecenviral, con la cualificación procesal de la *possessio*⁴⁷, que terminaría por cuajar en la coagulación de la propiedad quiritaria, de la idea, en definitiva, de la permanencia en la cosa más allá

un cotejo exhaustivo de las existencias bibliográficas a la minuciosidad del aparato crítico resumido en su índice de autores por BIANCHI, *op. cit.*, pp. 509 y ss.; para las referencias en verdad imprescindibles puede consultarse CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, n. 354 y ss.

⁴⁴ DI MARZIO, «Il “duplex dominium” di Gaio», *BIDR*, 42, 1936, p. 292 y ss.

⁴⁵ Cfr., en cualquier caso, CIAPPELLONI, *Studi su Gaio, Duplex dominium*, Padova, 1940; LA ROSA, «In tema di “duplex dominium”», *Annali Catania*, 3, 1949, pp. 521 y ss.; SOLAZZI, «In tema di “duplex dominium”», *SDHI*, 16, 1950, p. 286 y ss.; FEENSTRA, «Duplex dominium», *Symbolae David*, 1, Leiden, 1968, pp. 55 y ss.; más recientemente VACCA, «Il c.d. “duplex dominium” e l’“actio Publiciana”», en AA.VV., *La proprietà e le proprietà, Milano*, 1988, pp. 39 y ss.

⁴⁶ Probablemente fue introducida por el pretor Q. Publilio en 67 a.C.

⁴⁷ A través del antecedente del *interdictum* —probablemente primero— y del de la *actio per sacramentum* —probablemente después—. Creo, ciertamente, con STEINWENTER, «Recensione a Biscardi, La protezione interdittale nel processo romano (Padova, 1938)», en *SDHI*, 5, 1939, pp. 263 y ss., especialmente 276, que los interdictos son más antiguos que las acciones de la ley, lo que es plenamente lógico habida cuenta del carácter prejurídico de la posesión y del nacimiento posesorio de los derechos; *vid.* sobre esto último de nuevo, si se desea, CASTRO, *Posección y proceso, acto y rito, op. cit.*, pp. 163-164, 173-175.

Alfonso Castro

de las propias contingencias posesorias. Lo que es doble es el orden jurídico; el *dominium* no se desdobra desde dentro, sino que pertenece, como fundamento esencial además, a una de las esferas de ese desdoblado orden: antes que dos derechos (de propiedad) —que los hay— lo que hay realmente es dos Derechos, esto es, dos órdenes jurídicos que se complementan sobre el tronco posesorio que los nutre de su savia elemental. Si uno de ellos —el civil—, radicado en su difícil parto prehistórico, se mantiene apegado a las inclemencias del rito junto al estricto elemento causal que informa el fenómeno posesorio, el otro —el pretorio—, más moderno y flexible, busca potenciar las nociones que derivan, casi vírgenes, de la *traditio* y que cuajarán la relación jurídica moderna: la causa, la buena fe, el consentimiento⁴⁸.

No se puede hablar de un *duplex dominium*, sino más bien de un —pudiera decirse— *duplex ordo*⁴⁹. Es obvio que no se puede hablar tampoco estrictamente —y es causa de lo anterior— de un *dominium* pretorio, como se desprende del análisis que comento⁵⁰, y sólo con mucho cuidado de *dominium iure praetorio* referido a «aquellas cosas que, por haber sido adquiridas con *iusta causa* y buena fe, se encuentran en el patrimonio de una persona (*in bonis habere*), en una situación de tránsito hacia su conversión en *dominium* civil por usucapión, pero tutelada ya desde un primer momento por la acción Publiciana petitoria»⁵¹, calificación que no es técnicamente pura y que sólo puede utilizarse en sentido atécnico, con el apego a la practicidad que tan cara fue a los juristas clásicos. No hay, en puridad, *dominium* pretorio, sino una visión actualizada del *dominium* según el *ius praetorium*, o lo que es lo mismo: no hay un dominio pretorio sino una mirada pretoria sobre el *dominium* que lo completa y sutilmente lo altera⁵². No se puede hablar propiamente del modo que censuro de la misma forma que no se puede hablar de una *hereditas* en el derecho honorario: son nociones propias, y además exclusivas, del *ius civile*⁵³.

Sólo de una forma inmensamente imprecisa —o deliberadamente simplificadora— puede hablarse de *hereditas* pretoria, e igual ocurre con la noción de *dominium*. Cierto que Gayo habla del *dominium* como un concepto que se presenta de dos maneras distintas, pero esa deliberada (¿?) simplificación, realizada por motivos didácticos y sin afán de precisión conceptual, no se opone a la visión de dos órdenes distintos y complementarios, ni postula un dominio doble. Efectivamente, según Gayo, el *dominium* puede darse de dos formas: en su plenitud y sin otro poder también absoluto que lo condicione,

⁴⁸ No es que en el rito jurídico no haya consentimiento; es que —como la causa— fruto de la abstracción se vuelve jurídicamente deleznable como elemento validante del negocio; *vid.* sobre esto *infra* & 5.

⁴⁹ CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, *cit.*, & 4, en vías de publicación.

⁵⁰ *Vid. supra* n. 44.

⁵¹ FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid, 1997, 3.ª ed., pp. 244-245.

⁵² *Vid. supra* nn. 29-30 y el texto al que se adhieren.

⁵³ CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, *op. cit.*, & 4, en vías de publicación.

o bien disminuido y reducido a mera parafernalia ritual, si concurre otro señorío que en lo fáctico/procesal lo desbanca por razones de justicia (de causalidad). Para mí es innegable que el *dominium* no es intrínsecamente doble, sino sólo *extrínsecamente*, por la acción del pretor desde fuera, separando el estar —justamente— en la cosa (*in bonis*) del ser algo —civilmente— sobre ella (*in ius*).

En el emblemático caso del esclavo adquirido sólo mediante *traditio*, el derecho adquirido sobre él es *in bonis*, no *in ius*⁵⁴: cosa mancipable (aunque sea mueble) requería para su traspaso del acto mancipatorio. Se trata así de una adquisición sólo *procesalmente* jurídica, no *substancialmente*, y sólo desde esta perspectiva creo que se puede entender la diferenciación —diáfana— que en las fuentes se hace de lo civil y lo pretorio.

Gai. 2, 88: «[...] si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium [...]»⁵⁵.

La conciencia de mayor efectividad del orden pretorio, destinado al triunfo por su sustento mayor en la hondura de la realidad (y la consiguiente superioridad procesal), es igualmente obvia: «[...] ex omnibus causis ei soli per eum adquiri, cuius in bonis est»⁵⁶.

Cabe hablar entonces, no de un dominio doble, sino más bien de un *desdoblamiento del poder* que no es meramente jurídico-posesorio, sino plenamente jurídico, de modo que aparece un titular civil y otro no civil, que es el poseedor *con causa*. El pretor, al juridizar la posesión que estima preferente, al cualificarla en lo jurídico proporcionándole cobertura, va más allá de los estrechos límites del fenómeno posesorio, pues el poseedor viene a tener lo que no lo caracteriza como tal sino como titular en cierto modo: la nota de permanencia. Y frente al *despojado* —en lo jurídico— propietario civil, se eleva, con carácter preferente, el propietario bonitario, que, al contar con la defensa de una *actio*, no puede calificarse ya de poseedor simplemente, pues no hay acción sin derecho.

Que la clave descansa en el elemento causal como sustrato de substancia lo prueba un hecho meridiano: únicamente no triunfa la acción Publiciana si el poseedor adquirió *a non domino*, pues la *exceptio iusti domini* le resulta inatacable. Decae entonces su posición, precisamente por carecer de *suficiente causa*.

3.2. La acción Publiciana, que viene a integrar por vía procesal la llamada propiedad bonitaria en el ordenamiento jurídico romano, cuenta con un objetivo doble, pero simple: eliminar los formalismos del *ius civile* y reconocer las transmisiones verificadas por medio de tradiciones⁵⁷. Todo ello será posible con el concurso de una refinada técnica jurídica en un proceso absolutamente coherente con las instituciones del derecho ci-

⁵⁴ Cfr. Gai. 2, 40-41.

⁵⁵ Diferenciación evidente también, por ejemplo, en Ulp. 1, 16.

⁵⁶ Gai. 2, 88, *in fine*.

⁵⁷ VACCA, «Duplex dominium...», *op. cit.*, pp. 71-72.

Alfonso Castro

vil, que queda salvaguardado en su estructura por la innovación pretoria. Su coherencia con los principios sustentadores del *ius civile* es absoluta; de hecho, deriva de ellos, al manifestarse como un insuperable complemento (procesal) que viene a superar las deficiencias (materiales) del ya de por sí muy útil (pero frágil) mecanismo de cierre del sistema jurídico-posesorio de la propiedad en derecho civil: la usucapión⁵⁸. En tales circunstancias, el *dominus ex iure Quiritium* se convierte, a efectos prácticos, en un *nudus dominus*⁵⁹, mientras que aquél que tiene *in bonis* el bien en cuestión ostenta un poder que, yendo más allá de la simple posesión de buena fe⁶⁰ (pero sólo, formalmente, en virtud de la concesión de la acción Publiciana, de la susceptibilidad de esa concesión, para ser exactos), no se configura civilmente como un derecho de propiedad, aunque en la práctica no se diferencia gran cosa de él: la diferencia es, no obstante, bien significativa: si concurren el *dominium ex iure Quiritium* es virtualmente desnudado, despojado de todo valor *real*. Desde esta perspectiva, y sólo desde ella, Gayo habla de una duplicidad, aunque esto deba matizarse: más que de un *duplex dominium* de lo que se trata es de un *dominium divisum*, lo que es, efectivamente, mucho más preciso⁶¹.

No debe sorprender tal estado de cosas: el supuesto que se da en el caso que nos ocupa es el de concurrencia de poderes sobre el objeto, fenómeno éste de la concurrencia jurídica que, si permite a la postre la coexistencia de dos poderes *civiles* absolutos, mucho más fácilmente tolerará la de un poder civil absoluto y otro pretorio. En realidad, la configuración del derecho pretorio presenta una curva ascendente en su propia intimidad de fenómeno jurídico: de una simple concurrencia jurídico-fáctica entre propietario no poseedor y poseedor no propietario desde la perspectiva quietista del *ius civile* se pasa, por obra de la actividad pretoria sobre el tronco causal del mismo fenómeno posesorio, a la concurrencia ya de dos derechos: uno civil y otro pretorio. Que el primero de ellos quede desprovisto de substancia verdadera, que, yendo más allá, sólo de esa forma pueda coexistir con un derecho pretorio que, para su propia subsistencia, necesita de su superioridad absoluta frente al civil, es consecuencia, simple y llanamente, de su propio fundamento, y lo es de forma natural, incluíble: la causalidad que tiene el *in bonis habens* en su tenencia de la cosa le faculta para reclamarla cuando la pierde e impide al propietario civil retenerla, con la excepción mencionada, naturalmente, de adquisición *a non domino* de aquél y controversia con el auténtico dueño.

⁵⁸ KASER, «In bonis esse», *op. cit.*, pp. 173 y ss., resalta el hecho de que, mediante el reforzamiento procesal de su posición, el poseedor de buena fe se encuentra en una situación mucho más fuerte que la del simple poseedor *ad usucapionem*. Es obvio que es así.

⁵⁹ Cfr. DIÓSDI, «In bonis esse...», *op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁶⁰ ANKUM, *Le droit romain classique...*, *op. cit.*, p. 136, sostiene que la propiedad bonitaria es un poder absoluto sobre la cosa corporal, lo que la diferencia del poder relativo, sólo de hecho, que sobre el bien ostenta el poseedor de buena fe. Como he manifestado en otras ocasiones, sólo desde un punto de vista procesal, defendiendo la posesión desde su intrínseca causalidad, puede sustentarse la permanencia que caracteriza y singulariza al derecho frente al hecho. Cfr., en cualquier caso, Gai. 1, 35; Gai. 2, 92.

⁶¹ CASTRO, *Notas sobre un paralelismo*, *op. cit.*, & 4, en vías de publicación.

¿Cómo puede entonces *dividirse* tal poder jurídico sobre las cosas? Actuando *sobre lo que hay*: la materia jurídico-posesoria que proporciona la causalidad. Actuando *con lo que hay*: de entre los expedientes jurídicos con los que la técnica jurídica romana cuenta se utiliza el más apropiado para resolver el problema. Siendo éste, en definitiva, la fragilidad temporal de ese estar haciéndose el derecho a través de un poseerse en que consiste en una palabra la usucapión la solución idónea es inapelable: se finge que lo que se estaba haciendo —posesión *ad usucapionem*— y no se hizo —adquisición del título civil por usucapión cumplida— fue hecho. El plazo de la usucapión interrumpida, en virtud de la concesión de la acción Publiciana, se ha cumplido *ficticiamente*.

4. ¿Cómo es ese dibujo, esa imposición al mundo —una más— de la imposición del hombre al mundo por excelencia que es el Derecho? Para resumir en unas cuantas expresivas pinceladas el delineamiento procesal de esa cobertura es imprescindible acudir a un texto emblemático:

Gai. 4, 36: «Item usucapio fingitur in ea actione qua Publiciana uocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritum suam esse intendere, fingitur rem usuccepisse et ita quasi ex iure Quiritum dominus factus esset intendit, uelut hoc modo: IVDEX ESTO. SI QVEM HOMINEM AVLVS AGERIVS EMIT ET IS EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM HOMINEM DE QVO AGITVR EIVS EX IVRE QUIRITVM ESSE OPORTERET et reliqua.»

En él se contienen, sucintamente dibujadas, las notas distintivas de la acción Publiciana, y, desde la perspectiva eminentemente práctica del jurista romano, consecuentemente las líneas principales de la propiedad bonitaria. En él halla confirmación todo lo anteriormente escrito; sírvanos, pues, aquí, de puntual recapitulación:

1. La acción contiene una ficción: la usucapión se ha consumado.
2. La acción se concede al *accipiens* de una *traditio* causal que ha perdido por cualquier motivo la posesión.
3. La acción se pone en marcha *como si* el actor se hubiera convertido por la ficción de *usucapio* consumada en propietario civil.

La ficción de la *usucapio* se vierte necesariamente en un receptáculo procesal que la cristalice en el tráfico: el *ius civile* nada sabe de usucapiones fingidas. Para ello se elabora un instrumento procesal casi aéreo: la acción ficticia, de entre las propiamente pretorias quizás la más antigua —dejando al margen, por tanto, a las civiles *in ius*, creaciones del pretor *civilmente dependientes*—, con ese cierto aroma a jurisprudencia veterana que ha querido verse en su tejido mismo⁶².

⁶² MURGA, *Derecho romano clásico*, 2. *El proceso*, Zaragoza, 1983, 2.ª ed., p. 226.

Alfonso Castro

Igualmente desde la posición de demandante, que es la emblemática para el propietario bonitario, como para cualquier otro titular, en la configuración —siempre procesal— de su específica titularidad, frente a la *exceptio iusti dominii* del propietario civil cuenta con la *replicatio rei venditae et traditae* (o en su caso, *doli*) para paralizarla, lográndolo siempre con la excepción única de la adquisición *a non domino*. Cumplido el ángulo activo de la cobertura bonitaria, el pretor concede al *in bonis habens* —es decir, a aquel individuo susceptible de defensa publiciana, aunque jamás de modo efectivo la haya solicitado con anterioridad— las oportunas excepciones que lo protegen desde el ángulo pasivo de la relación procesal: si ha mediado entrega por compraventa, la *exceptio rei venditae et traditae*; en caso contrario, la *exceptio doli*.

5. Todo este sutil entramado viene a confirmar una realidad que terminará por imponerse de forma oficial con la desaparición de la *in iure cessio* y la derogación Justiniana de la ya en desuso *mancipatio*: el triunfo de la *traditio*.

O lo que es lo mismo: el triunfo de la causalidad (De la consensualidad).

Una causalidad, en definitiva, esencial en el nacimiento del derecho desde la intrínseca causalidad posesoria, pero que se había empañado inevitablemente en los balbuceos jurídicos de la vieja y formalísima sociedad arcaica romana con los revestimientos del rito —entonces utilísimos: proporcionaban seguridad.

Si en la *traditio*, como se ha señalado en este mismo trabajo⁶³, alienta el germen de la relación jurídica, es lógico que la expansión de modos de relacionarse jurídicamente basados en el *consensus* —*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas*, *mandatum*— conlleve el triunfo del simple medio primitivo en cuya íntima esencia consensual se fundamentan.

Naturalmente, en el rito jurídico —*mancipatio*, *stipulatio*— existe consentimiento y subyace una causa⁶⁴, pero el primero se encubre en la cáscara de la forma validante y la segunda se abstrae, resulta irrelevante. En la *traditio*, por el contrario, la causa es fundamental y el consentimiento aflora en la propia entrega posesoria y se enaltece en la *traditio* transmisoria de la propiedad, al exigirse (al necesitarse) que verse, cualificadamente, sobre el traspaso de la titularidad y no simplemente de la *possessio*.

6. Consecuencia inevitable de la mercantilización (y consiguiente *contractualización*) de las relaciones jurídico-económicas, se observa en la nueva Roma, sacudida por la expansión de todas las vertientes de su vida social, una inevitable tendencia hacia la aproximación, en cuanto a los efectos, de la *mancipatio* y la *traditio ex causa emptio-nis*⁶⁵.

⁶³ Vid. *supra* & 2.1.

⁶⁴ Vid. *supra* n. 48 y la reflexión correspondiente en el texto (& 3.1).

⁶⁵ Cfr., en este sentido, GALLO, *Il principio "emptio dominium transfertur" nel periodo pregiustiniano*, Milano, 1960, especialmente pp. 17 y ss.; VACCA, «Duplex dominium...», *op. cit.*, pp. 52-53, n. 23.

In bonis esse. o el triunfo de la causalidad

El derecho se despoja de sí mismo, de lo por el traído para sustentarse en su inseguridad primeriza, de lo, como él, perteneciente al mundo de lo ideal tan sólo, de lo ideal distinto para cada comunidad. Esta desnudez, este desvestirse de lo superficial de sí mismo, lo conduce de los accidentes a las esencias. Mientras la posesión se juridiza plenamente, el rito se deshace como elemento constitutivo de las relaciones jurídicas y la evolución del Derecho cumple así, enteramente, el tránsito de lo magmático a lo delineado, de lo intelectualmente simple a lo jurídicamente espiritual.

