sesion de la cosa aunque no se le puede atribuir mas que un *jus in re*. En efecto, el *ager vectigalis* se formó conforme á la analogía del antiguo *ager publicus*, y por muchas que fuesen las diferencias que existian entre el uno y el otro, nada parece ahora mas natural que decir sin ningun otro motivo, que esta anología ha debido dar lugar á mas de una regla práctica en cuanto al *ager vectigalis*. Pero habiendo nacido precisamente la *possessio* en el *ager publicus*, era muy regular que la hubiesen dejado subsistir en el *ager vectigalis*, que solo era una nueva forma del *ager publicus*. Esta esplicacion está en un todo conforme con la tendencia que el antiguo derecho romano revela en todas partes en favor de la antigüedad.

5. Hé aquí ahora cual es la union completa que existe entre la antigua *possessio* y nuestros principios de derecho. En su orígen y desde los primeros tiempos hubo dos especies de derechos sobre el suelo: la propiedad que se tenia en el *ager privatus*, y que era protegida por la reivindicacion, y la *possessio* que se tenia en el *ager publicus*, al cual estaba concedida una proteccion semejante que hallamos nosotros en los interdictos pretorios.—Mas tarde el pretor consagró esta última institucion en el Edicto, y de este modo los interdictos vinieron á ser recursos de derecho pretorio, sin que probablemente se haya verificado un cambio notable en las mismas reglas del derecho.—Despues aun se consideró igualmente conveniente aplicar tambien al *ager publicus*, con respecto al cual se sentia menos necesidad, y que indudablemente no hubiera sido causa de su creacion, la *possessio* que se habia introducido y formado para el *ager privatus*. Esta estension ¿es anterior ó posterior á la admision de los interdictos en el Edicto? ¿De qué modo la recibió éste, y cómo la considera? Estas son cuestiones á que no sabemos dar respuesta alguna. La única certidumbre histórica que respecto á ellas poseemos, es que en tiempo de Ciceron ya se habian introducido los interdictos. Sin embargo, hallamos en el Edicto mismo algunas señales de la union que existia originariamente entre la posesion y el *ager publicus*. Una se advierte en la forma de los interdictos, que era una misma para la *possessio* y para el *locus publicus*, el *flumen publicum*, *etc.*, y que producia como consecuencia que estos objetos se hallasen unos al lado de los otros en el Edicto lo mismo que ahora en las Pandectas. La fórmula del interdicto *uti possidetis* nos ofrece un segundo ejemplo; las Pandectas lo dan en estos términos: «*ut eas ædes*..... possidetis..... vim fieri veto.» Pero antes se hallaba concebida del modo siguiente: «uti nunc possidetis *eum fundum*..... vim fieri veto.» Esta fórmula anterior es tal vez aun un resto de la antigua union con el *ager vectigalis*; pero cuando esta última cayó mas y mas en olvido, parece que se ha puesto *ædes*, porque se podian considerar efectivamente en Roma las casas como el ejemplo primero y que mas frecuentemente se presentaba.

SECCION II.

ADQUISICION DE LA POSESION.

§. 13.

Ya hemos trazado los límites del contenido de esta seccion en la esposicion de lo que materialmente debemos comprender por posesion. Toda adquisicion de la posesion reposa sobre un acto corporal (*corpus factum*) acompañado de una voluntad determinada (*animus*). El hecho debe ser de tal naturaleza que ponga al que ha de adquirir la posesion en estado de tratar la cosa segun su voluntad y con esclusion de cualquier otro, esto es, en disposicion de ejercer el derecho de propiedad. La voluntad debe tener por objeto considerar la cosa realmente como propia y solo en el caso en que la posesion *se deriva* de la posesion de otro por un acto jurídico, basta que la voluntad se dirija á esta *traslacion*; de modo que la posesion puede ser adquirida en este caso reconociendo al mismo tiempo la propiedad de otra persona.

Pero la posesion está considerada como derecho, y se pueden adquirir todos los derechos, no solo por actos propios, sino tambien por los de nuestros esclavos é hijos; debiendo advertir que á mas de estos dos casos adquirimos tambien la posesion por otras personas. Pero siempre que adquirimos la posesion por otros, es preciso aplicar al modo de adquirir la misma regla que cuando se adquiere por sí mismo: no se trata, pues, mas que de marcar cómo debe ser aplicada tal regla.

Segun lo cual, esta seccion tendrá por objeto las siguientes investigaciones:

1.ª El acto corporal, que es la primera condicion de toda posesion.

2.ª La intencion que debe unirse á este acto corporal tanto en la posesion originaria como en la derivada.

3.ª La aplicacion de todas estas reglas á la adquisicion por otros.

Hasta el fin de la seccion no nos será posible indicar comple-

tamente las diferencias que distinguen la adquisicion de la posesion, de la adquisicion de todos los demas derechos.

§. 14.

DE LA APREHENSION.

No hay en toda la teoría de la posesion una cosa que parezca poder ser determinada con mayor facilidad y acierto que las cualidades del *acto corporal* (la aprehension), que es necesario para la adquisicion de la posesion: y sin embargo, no hay un punto en derecho romano que mas generalmente haya sido mal entendido. Todos los autores han considerado este hecho como *un contacto inmediato* del objeto, y no han admitido, por consiguiente, mas que dos especies, una de las cuales consiste en cojer con las manos las cosas muebles, y la otra en poner el pié sobre las inmuebles. Pero como el derecho romano nos presenta infinitos casos en los cuales se adquiere la posesion efectivamente por actos corporales, pero sin contacto inmediato no obstante, se ha considerado á estos últimos como actos simbólicos que representan por una ficcion de derecho la verdadera toma de posesion (*actus adscititii*, *aprehensio ficta*). Habiéndose adoptado esta opinion generalmente (1), jamás se ha creido necesario probar su exactitud, y por consiguiente todos los autores nos la presentan casi del mismo modo: nos bastará, pues, por lo respectivo á su historia, hacer observar que los glosadores la han adoptado, y que no se halla muy distante de hacer otro tanto el mismo Doneau.

Con todo, antes hemos probado (§. 5), que el derecho romano admite con frecuencia la posesion en casos en que la detentacion natural no existe. No puede, pues, haber dudas sobre la posibilidad de una posesion ficticia, y todo se reduce á resolver la cuestion siguiente: ¿Hay efectivamente en la adquisicion de la posesion una ficcion como consecuencia de la cual puedan reemplazar á la verdadera aprehension actos simbólicos? No será necesario demostrar lo importante que es para la teoría encontrar una respuesta cierta á esta cuestion: pero las consecuencias prácticas que de ella dependen no son menos numerosas, aunque solo se trate en primer lugar de la esplicacion jurídica de los diversos casos que las fuentes del derecho reconocen espresamente como adqui-

(1) Decimos *generalmente* porque las escepciones son no solo insignificantes, sino que han quedado sin influencia. Por esto se han estraviado algunos á consecuencia de los erróneos principios del derecho natural, hasta creer que todo ello no depende mas que de la *manifestacion de la voluntad*. Tales son S. P. Gasser, *Diss de aprehensione possessionis*. Hal. 1731 (c. 1. 2.).—Benito Pauw, *Diss de aprehensione possessionis*. Trayecti, 1737 (c. 1. 2).—Aun hallamos rastros mas antiguos de esta opinion, por ejemplo en Noodt (*Probab.*, 11, 6), que sostiene hasta la existencia de una controversia sobre la aprehension entre los jurisconsultos romanos.

siciones de la posesion. Porque si dichos casos se basan únicamente en una ficcion de derecho, es solo una estricta consecuencia el haber de restringirlas por mas de un estilo, y nuestros jurisconsultos no han dejado de añadir otras restricciones acerca de las cuales guardan completo silencio los testos orijinales. Por esto escluyen todas las adquisiciones de esta especie cuando el acto es ilegal, y no merece por consiguiente las ventajas de una ficcion de derecho: lo mismo sucede cuando se adquiere la posesion, no por actos propios, sino de otra persona. Este modo de adquirir está restringido todavia simplemente á la transmision por *tradicion* de la posesion de otro, ó considerado como consecuencia de la propiedad que se debería adquirir siempre al mismo tiempo, si se quería adquirir la posesion de esta manera. Mas adelante trataremos de otras consecuencias de esta opinion, las cuales entran mas en detalles.

Toda esta opinion, considerada únicamente bajo un punto de vista general, parece muy inverosímil al reflexionar cómo se encuentran los actos simbólicos en otros puntos del derecho romano. La emancipacion, la manumision, la reivindicacion y todos los demás actos de esta naturaleza, en los cuales se hallan realmente formas positivas, son desde luego propios del derecho romano; al paso que no se empleaban semejantes formas positivas en ninguno de los actos jurídicos que estaban tambien en uso en otros pueblos, como la renta, el arrendamiento, etc. Ahora bien; la posesion en sí misma es mucho menos jurídica que los actos de esta segunda especie, y orijinariamente nada jurídico tiene. Verdad es que se le da una doble relacion con el derecho, entre otros el de la *usucapion*, que tambien es una institucion peculiar esclusivamente del derecho romano: pero precisamente la duracion de la posesion es lo que debe suplir aquí lo que falta á esta última; no hay, pues, en esta relacion con el derecho civil motivo alguno para valerse de las formas romanas en la adquisicion de la posesion. Así es que se obraría contra toda analojía si se admitiese que la adquisicion de la posesion debia tener lugar por actos simbólicos. Pero esta razon recibe mucha mayor importancia por la estensa aplicacion que debería hacerse de estos actos simbólicos. Si la opinion de los adversarios diese por resultado admitir la adquisicion por actos simbólicos solo en algunos casos especiales, aun podría concebirse, como efecto de la rareza misma de estos casos, que una inconsecuencia semejante se hubiese deslizado y conservado desapercibida en la manera de tratar el modo adquisitivo de la posesion. Pero no es así: en la mayor parte de los casos se adquiere, por el contrario, la posesion del modo que comunmente se hace pasar por simbólico. En cuanto á los bienes raices, por ejemplo, la adquisicion simbólica debería tener lugar casi generalmente, porque es imposible andar sobre todas las partes de un fundo, y que todas las partes sobre las cuales no se ha puesto el pié no se consideren naturalmente aprehen-

didas; y en cuanto á los muebles, es lo cierto que raras veces sucede que se abarque exactamente toda la cosa con la mano y que se encierre en ella. Así, debiendo tener lugar precisamente en la mayor parte de los casos la adquisicion por acto simbólico, tal como la adoptan, la inconsecuencia de que acabamos de hablar, no hubiera en verdad pasado desconocida de los jurisconsultos romanos: una aplicacion diaria debia mas bien habérsela hecho notar.

Si se admite, pues, en derecho romano una aprehension ficticia, si se atribuye toda adquisicion de la posesion á un mismo acto corporal, nos será preciso determinar de distinto modo que del que todos hasta hoy lo han hecho tácitamente, la idea de este acto corporal; porque semejante suposicion tácita por sí sola les ha obligado á adoptar una aprehension ficticia. Para lograr una idea exacta, lo mas acertado será fijar el error mismo como punto de partida.

El que tiene una pieza de moneda en su mano, es sin duda alguna su poseedor; y de este caso y otros semejantes se ha deducido la idea de un *contacto corporal en general* que constituya la esencia de toda adquisicion de la posesion. Pero este caso encierra todavía otra cosa que solo accidentalmente se halla unida á este contacto corporal: esta es la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa, y de escluir toda influencia estraña. Nadie negará que nuestro caso encierra ambas cosas, lo que nos prueba que su coexistencia es solo accidental, y que esta posibilidad es susceptible de existir sin contacto, así como tambien el contacto sin esta posibilidad. Decimos desde luego que la posibilidad es susceptible de existir sin el contacto, porque el que puede apoderarse en cualquier instante de una cosa que tiene ante sí, no es ciertamente dueño absoluto del mismo modo que si ya la hubiese cojido. En segundo lugar, decimos que el contacto puede existir sin posibilidad; porque el que se halla atado con cuerdas se halla en un contacto inmediato con ellas, y sin embargo mas facilmente se podría decir que ellas le poseen, que lo contrario.

Es, pues, esta *posibilidad física* la que como hecho debe estar contenida en toda adquisicion de la posesion: por ella nos hallamos en estado de esplicar de una misma manera todas las disposiciones particulares de los libros del derecho; en ella no se contiene el contacto corporal, y no nos queda ningun caso en que deba admitirse una aprehension ficticia (1).

(1) En el análisis que se ha hecho de nuestro libro en la Algemeine Literatur Zeitung, de 1804, núm. 42 se desecha toda nuestra opinion, y se adopta con los jurisconsultos que han escrito hasta el dia, el contacto corporal como condicion de la posesion: se pretende que esta regla ha sido despues estendida en muchos casos especiales; pero no se cree que jamás se hayan estraviado hasta el punto de poderle sustituir la nuestra: mas esta obligacion descansa sobre una peticion de principio, puesto que no deducimos la calificacion originaria de la condicion de la posesion sino de los mismos testos é infiriendo la regla por las aplicaciones. La que nosotros establecemos ha regido la materia desde un principio, aunque no tuvo en un principio toda su pureza y su concepcion general, sino solo una aplicacion limitada á ciertos casos: los jurisconsultos posteriores no han hecho mas que esplicarla con mayor claridad y purgarla de lo que tenian de accidental sus aplicaciones sin darle estension de modo alguno. Considérese tan solo los términos en que se esplican los jurisconsultos romanos con respecto á un verdadero *jus singulare*, y se verá que no se trata *aquí* de un *jus singulare*.

Podemos aducir dos pruebas históricas en apoyo de nuestra opinion: una general, la otra por las aplicaciones especiales que hallamos en las fuentes del derecho. Solo entonces será posible definir exactamente la idea del acto corporal que no hemos podido indicar aquí. Un pasaje de Paulo prueba de un modo general lo que hemos avanzado: este jurisconsulto no enuncia un caso particular; pero establece sin ninguna restriccion la regla general de que el contacto corporal no es precisamente necesario para la adquisicion, y que la vista sola de una cosa presente basta ya (1). Por otra parte, no hay un solo testo que se esprese generalmente en favor de la necesidad de un contacto corporal. En efecto, no puede interpretarse en este sentido la espresion *adipiscimur possessionem* CORPORE (§. 13); el error sería muy palpable, como puede notarse, reflexionando que la misma espresion se halla en la pérdida de la posesion (§. 30), la cual ciertamente no exije el contacto corporal. *Corpus* es el acto esterior en oposicion al acto interior (*animus*).

§. 15.

DE LA APREHENSION DE COSAS INMUEBLES.

Pasemos al exámen de diversas aplicaciones.

Primera cuestion. ¿Qué debemos hacer para adquirir la posesion de las cosas inmuebles (bienes raices)?

Para adquirir esta posesion, es necesario, y bastante, *estar presente* en los fundos, sin que sea necesario ejecutar accion alguna.

«Quædam mulier fundum (ita) non marito donavit per epistolam..... Proponebatur, quod etiam *in eo agro*, qui *donabatur fuisset* cum epistola emitteretur: *quæ res sufficiebat ad traditam possessionem.*»

Es evidente que la definicion que hemos dado antes del acto corporal, tiene aquí una perfecta aplicacion: el que se halla en

(1) L. 1, §. 21. D. *de poss.* «Non est enim corpore et tactu necesse aprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.» Todos los M. S. dicen *actus*, palabra que conviene igualmente bien. (Wieling. *Lect.* 1. 19). Pero la palabra *tactu* que apenas puede llamarse una enmienda da un sentido mucho mas preciso, y tambien está confirmada por las Basílicas. T. Faber, *Err. pragm.* 75. 2.—Nood, *Probab.* 11, 6.—Wenck, *De trad.* p. 48.

un fundo puede en cualquier tiempo, no solo obrar como mejor le parezca, sino tambien escluir á cualquier otro. Pero ambas cosas pueden verificarse por él, no solo en cuanto á la parte de terreno sobre la cual se halla, sino tambien en cuanto al fundo entero, y no es la accion de andar la que constituye para nosotros la posesion del fundo, sino la proximidad inmediata que nos pone en estado, no solo de sentar en cualquier ocasion los pies sobre cada parte del fundo, sino tambien de obrar en este conforme á nuestra voluntad.

«Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, *omnes glebas circumambalet*: *sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire.....*»

Igual razon nos prueba que no es tampoco necesario entrar en el fundo; porque el que se halla al lado de él y de modo que la vista se estienda sobre la totalidad, no tiene menos poder sobre el fundo que el que ya ha penetrado en él.

«Si *vicinum mihi fundum* mercatum venditor *in mea turre demonstret*, vacuamque se tradere possessionem dicat: *non minus possidere cœpi*, *quam si pedem finibus intulissem.*»

Todo lo cual se halla en la mas íntima conexion con la definicion que hemos dado del acto corporal: nuestros jurisconsultos han adoptado siempre aquí una ficcion de derecho que supliría a la única adquisicion verdadera que consiste en el acto corporal. Pero la glosa para librarse de dificultades, ha tomado otro medio muy notable: segun ella, no es preciso considerar como hecho exigido en la adquisicion de la posesion el *contacto corporal*, sino la *conviccion adquirida por el sentido* de la realidad del objeto que se vá á poseer; ahora, bien, dice, hay cinco sentidos, cada uno de los cuales, por ejemplo, *la vista*, puede hacer adquirir la posesion: de lo que deduce que mirando un objeto, puede adquirirse su posesion aun cuando estuviese distante *per decem miliaria.*

Así, pues, la *presencia* corporal es la que nos pone en estado de tratar la cosa conforme á nuestra voluntad: pero ¿qué sucede si otra persona está al mismo tiempo presente y quiere tambien la posesion de la cosa? Es claro que la presencia del uno pone un impedimento á la posesion del otro, y no hay mas que dos medios para quitar este impedimento: la *voluntad* de uno de ellos y la *violencia.*

La *voluntad* de uno de ellos hace tambien posible la posesion en toda *tradicion*. El comprador introducido en el fundo por el vendedor, se halla en las mismas relaciones físicas que este último con la cosa que se trata de adquirir: y el vendedor tiene hasta este momento la voluntad de permanecer en la posesion. Pero declarando que el comprador debe tener en adelante la posesion, cuantos obstáculos producia su presencia, desaparecen por su propia voluntad. A esta circunstancia se refieren en el texto que

en último lugar hemos citado, las palabras «*vacuamque se possessionem tradere dicat.*»

Pero á mas de la *voluntad* de uno de los dos, tambien puede *la violencia* hacer desaparecer el obstáculo de su presencia: porque es evidente que el poder del poseedor está decidido cuando se hace dueño de la resistencia de otro no menos que cuando no existe resistencia de ninguna especie. Tal es el contenido del siguiente párrafo.

«Species inducendi in possessionem alicujus rei est, *prohibere ingredienti vim fieri*: statim enim *cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem* jubet: quod multo plus est quam restituere.»

Las Basílicas, la Glosa y Cujacio hacen referir este pasaje al pretor, que ejecuta un juicio por la introduccion en la posesion; pero ni los términos ni el sentido nos autorizan á restringirlo así; y se debe por consiguiente entender en general de cualquier otro caso en que se hace y se vence la resistencia.

De modo que la presencia corporal constituye el verdadero acto que nos ofrece la adquisicion de la posesion de una cosa inmueble. Pero para no dejar lugar á alguna mala inteligencia, llamamos inmediatamente aquí la atencion sobre una verdadera restriccion que debe ponerse á esta regla y que no podremos probar hasta la tercera seccion. La posesion de una cosa inmueble no se pierde mas que cuando el poseedor ha tenido conocimiento de ello, y como una cosa no puede tener mas que un poseedor (§. 11), debe aplicarse nuestra regla de la manera siguiente: O la cosa tenia hasta entonces otro poseedor, ó no lo tenia (*vacua possessio*). En el último caso, no sufre restriccion alguna nuestra regla: pero en el primero, el hecho por sí solo no dá todavía la posesion; es además preciso que el poseedor actual haya tenido conocimiento. Mas nuestra adquisicion se verifica ó contra su voluntad (*dejectio*), ó con voluntad suya (*traditio*); y en esta última hipótesis puede, ó estar presente (*inducere in possessionem*) ó ausente (*mittere in possessionem*).

§. 16.

DE LA APREHENSION DE COSAS MUEBLES.

Segunda cuestion. ¿Cómo se adquiere la posesion de una cosa mueble?

No hay duda alguna en que la posesion de una cosa mueble se adquiere cuando se coge materialmente: por esto lo suponen tácitamente los fundamentos del derecho. No entraremos por consiguiente sino en el exámen de los casos en que se adquiere la posesion sin tomar la cosa materialmente.

Haremos observar desde luego que tanto con respecto á las cosas muebles como con respecto á las inmuebles, la *presencia in-*

mediata puede reemplazar sin ninguna ficcion de derecho, á la toma real de la cosa, y es por tanto del todo indiferente que la cosa se tome verdaderamente ó que pueda ser cogida en cualquier ocasion.

Esta especie de aprehension es la mas comun cuando la estension ó el peso de la cosa son tan considerables que no es posible hacerla cambiar *fácilmente* de lugar. Esto es lo que nos enseñan los siguientes párrafos.

1. L. 79, D. *de solutionibus.*

«Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si *in conspectu meo ponere* te jubeam: efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat; nam tum quod á nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi, et quodam modo *manu longa tradita* existimanda est.» En este caso, el poseedor actual es el único que puede impedirme disponer de la cosa á gusto mio: pero de él es exactamente de quien dice el texto de un modo espreso que sus actos han reconocido mi posesion.

2. L. 1, §. 21, D. *de poss.*

«Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, *cum ea in præsentia sit*; videri *mihi traditam* Prissus ait» (esto es, *á mi mismo*, no solo á mi mandatario por quien podría en verdad adquirir tambien la posesion): «idemque esse si nummos debitorem jusserim alii dare: non est enim *corpore et tactu* necesse adprehendere possessionem, sed etiam *oculis et affectu*: et *argumento esse* eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt» (esto es, no fácilmente, no por un solo hombre; porque estas cosas no por eso dejan de ser *muebles*) «ut columnas; nam pro traditis eas haberi, *si in re præsenti consenserint*: et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint:» (mas adelante hablaremos de este último ejemplo).—El sentido de este pasaje es el siguiente: así como este acto basta en las cosas que no admiten otro fácilmente, debe bastar tambien para todos los demás objetos muebles (*argumento esse eas res*, etc.).

3. L. 31, §. 1, D. *de donat.*

«Species extra dotem à matre filiæ nomine viro traditas, *filiæ quæ præsens fuit donatas*, et ab ea viro traditas videri respondit.»

4. L. 51, D. *de poss.* (Javoleno, lib. V, ex Posterioribus Labeonis).

«Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent. Sed videamus, inquit, *ne hæc ipsa corporis traditio sit*, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet jusserim, custodia tradatur: in eo puto hanc quæstionem consistere, an *etiamsi corpore acervus aut amphoræ adprehensæ non sunt*, nihilominus traditæ videamtur: nihil video interesse utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat: utrobique *animi quodam genere possessio* erit *æstimanda.*» La union interior de las diversas partes del pasage de Javoleno es esta. «Labeon dice que se adquiere de un modo incorpóreo la posesion de ciertas cosas, por ejemplo, la de una pila de leña que se ha comprado, con el establecimiento de un guarda; y que lo mismo sucede con el vino adquirido por la compra. Añade que podría sin embargo considerarse muy bien de este modo la adquisicion como una tradicion corporal, porque nada importa, segun él, que el comprador ejerza la vigilancia por sí mismo ó que la confie á otro. Por mi parte (dice Javoleno) (1) soy de parecer que no es preciso enteramente hacer entrar en la cuestion que nos ocupa el establecimiento del guarda; porque se trata únicamente de saber si en este caso está cumplida la tradicion, aunque ni la madera ni los cántaros de vino hayan sido corporalmente cogidos. Mas es cierto que la tradicion está cumplida, y puede decirse por esta causa que en todo caso, la posesion se adquiere aquí de una manera *en cierto modo incorpórea* (con sustituto ó sin el).

5. L. 14, §. 1, *De periculo et comm. rei vend.*

«Videri autem trabes traditas quas emtor signasset.»—La colocacion de la señal no constituye un elemento de la aprehension en este caso; no se ha hecho mencion de ella mas que por seguir un uso generalmente recibido y que puede servir para demostrar la *intencion* de las partes. Esto nos esplica el motivo por el cual en un caso que presenta con toda exactitud el mismo acto corporal, se establece precisamente lo contrario.

6. L. 1, C. *de donat* (Severus et Antoninus).

«Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.»

Hé aquí cómo nos esplicamos este texto. Lucio á quien el restricto se dirige, debia recibir en donacion algunos esclavos de una persona que habia comprado estos esclavos y poseia todavía la escritura de venta. Lucio vino á buscar á este donante que declaró, en presencia de los esclavos, su intencion de hacerle la donacion y le entregó al mismo tiempo el testimonio de la compra. Pero los esclavos permanecieron aun en poder de su antiguo dueño que no tardó en arrepentirse de su liberalidad y rehusó entregarlos, pretendiendo que no habian hecho mas que concertarse sobre el proyecto de donacion que no habia sido ejecutado. Si esta pretension fuese fundada, es cierto que Lucio no tendría

(1) Esta es la division ordinaria, y, segun creemos, tambien la del texto tal como debe ser. En las dos primeras ediciones hemos admitido que la opinion emitida por Javoleno empezaba con las palabras *sed videamus*. Wenck, *Diss. de trad.*, p. 56, refuta victoriosamente este modo de leer; pero comprende mal todo el pasage y le interpreta del modo mas á propósito para hacerle concordar con su opinion.

actio in rem y tal vez *ninguna* otra accion por causa de la *lex Cincia* y porque no habia mediado estipulacion. Todo, pues, dependia de la intencion de las partes para ejecutar inmediatamente una verdadera donacion: si esta intencion se hubiera justificado, nada mas faltaba á la tradicion, porque los esclavos habian estado presentes. Lucio pidió dictamen á los emperadores que le respondieron que la entrega de la escritura de compra probaba la intencion de ejecutar inmediatamente una verdadera donacion, y que habiéndose verificado realmente la tradicion y la trasmision de la propiedad habia una accion de reivindicacion contra el donante.—Interpretado de este modo el texto, contiene una esplicacion de nuestra regla, y demuestra que cuando la intencion está fuera de toda duda, la sola presencia de la cosa basta para que tenga efecto la aprehension y que por otra parte no se puede exigir ningun otro acto corporal. Es verdad que estamos obligados á suponer en nuestra esplicacion la presencia de los esclavos, circunstancia de la cual no habla el rescripto; pero esta es una decision para un caso único, cuyas condiciones debemos indagar nosotros, y nuestra hipótesis es natural lejos de ser forzada (1), especialmente conviene muy bien con la *in rem actio* de que se hace mencion al fin del pasaje, y que nos demuestra hasta la evidencia que el donante se halla en posesion de los esclavos. Cualquiera otra aplicacion de nuestro texto necesita igualmente algunas hipótesis mucho mas arbitrarias y atrevidas que la nuestra.

La regla de que solo la presencia sin contacto puede hacer adquirir la posesion, presenta aun las aplicaciones y modificaciones siguientes:

En primer lugar: Cuando hago entregar á un tercero la cosa de que otro me quiere hacer tradicion, la posesion jurídica ha sido efectivamente trasmitida á mí y de mí á un tercero. Este principio se funda en una simple aplicacion de nuestra regla: porque permitiéndome disponer de la cosa (presente), el otro hace que venga á ser yo tan absoluto dueño como si en realidad la hubiese cogido: además yo ejerzo efectivamente mi poder sobre ella, encargando á éste entregarla á un tercero. La sencillez del acto esterior, que tiene lugar en este caso, puede con facilidad

(1) En las dos primeras ediciones habiamos adoptado con Fulgosio (cp. Obrecht, *De possess.*, §. 280) un *constitutum possessorium*. Pero tal convencion reposa sobre una hipótesis que no halla apoyo alguno en el texto mismo, y los esclavos pueden muy bien haber quedado por casualidad en la casa de su antiguo dueño, esto es, no haber salido con su nuevo señor Lucio. La interpretacion que damos, era la dominante entre los glosadores. La *Glosa interlin. anon.* (M. S. Paris, 4523, 4528) añade á la palabra *mancipiorum*: «præsertim in traditione, sicut dicitur de claribus traditis coram horreo.»— La Glosa de Pillio (M. S. Paris, 4536) dice: «Sed nunquid est hoc intelligendum quando mancipia absunt; respondeo nequaquam, sed cum præsentialiter adsunt, ut ff. de rei ven. hæc si res Pi.» Accurse, v.° *instrumentis*. «Sc. præsentibus servis datis.»

hacer perder de vista lo que el acto jurídico tiene de complexo.

En segundo lugar: La presencia no dá en general la posesion mas que cuando es posible apoderarse de la cosa al punto mismo. Así el que persigue á una bestia salvaje, aun no tiene la posesion, aunque pueda estar muy próximo á ella; aun cuando la haya herido mortalmente, pueden ocurrir todavía mil accidentes que le impidan apoderarse de ella (*multa accidere possunt, ut eam non capiamus*), y en este último caso la posesion no está aun adquirida, á pesar de que hay algunos jurisconsultos romanos que pretenden lo contrario. Segun lo cual la bestia salvaje debe realmente ser cogida ó muerta para que se pueda adquirir su posesion.

En tercer lugar: Cuando la cosa se halla en un edificio cerrado, se supone perfecta la tradicion, y por consiguiente adquirida la posesion desde que ha tenido lugar la entrega de las *llaves*. Es muy natural que las llaves hayan parecido en todos tiempos llaves simbólicas, y no sería necesario ir mucho mas lejos para asegurar que cualquier otra cosa podia haber sido empleada lo mismo que las llaves, y que estas no han sido nombradas en derecho romano mas que para servir de ejemplo. En verdad es imposible negar que pueden considerarse las llaves como cualquiera cosa distinta, como simple símbolo; y apenas podrá comprenderse un objeto distinto en la entrega de las llaves de una ciudad hecha por sus magistrados al rey que vá á entrar en ella.

Pero las llaves sirven además para otro uso casi mas frecuente aun que el primero: el de abrir una cosa que está cerrada; y vamos á probar que solo de este uso es del que se trata aquí.

Acabamos de probar en efecto que la sola presencia basta igualmente en las cosas muebles para que la aprehension exista, y que no es necesario coger materialmente el objeto que se quiere aprehender. Pero es además preciso que el *animus* se una á cada hecho para verificar la adquisicion de la posesion, y en la mayor parte de los casos este *animus* no se puede establecer sino por induccion, porque rarísimas veces se esplica en términos espresos. Ahora bien: cuando se vende un fundo, el comprador puede con frecuencia entrar en él con el vendedor, sin que este tenga intencion de trasmitir la posesion ni el otro la intencion de adquirirla. Lo mismo sucede con los muebles: cuando las partes están de acuerdo en la venta y en presencia de la cosa, se puede verificar, aun cuando el comprador no tenga intencion de adquirir la posesion, si se encuentra en un edificio cerrado, cuya llave no tiene; porque á cada momento puede verse imposibilitado para servirse de la cosa. Hé aquí por qué no se considera la posesion como adquirida hasta tanto que se ha efectuado la tradicion de las llaves.

1. L. 9, §. 6, D. *de adquirendo rerum dominio*. (§. 45, J. *de rer. div.*)

«Item si quis merces *in horreo repositas* vendiderit, simulatque *claves horrei tradiderit* emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem.»

2. L. 1, §. 21, D. *de poss.*

«..... et vina tradita videri, *cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint.*»

Aun cuando el comprador pone su sello sobre la mercancía, la posesion no está adquirida sin la tradicion de las llaves, aunque tal acto pueda muy bien constituir la aprehension de las cosas que no están encerradas.

1. L. 1, §. 2, D. *de peric.* et *com. rei vend.*

«*Si dolium signatum* sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: *Labeo contra. Quod et verum est*: magis enim ne summetetur signari solere, quam ut traditum videatur.»

2. L. 14, §. 1, *eod.*

«Videri autem *trabes traditas*, quas emtor *signasset.*» Porque tan comun es conservar la madera de construccion en lugares no cerrados, como sería estraordinario conservar el vino en un paraje abierto. Así, en todos estos casos, se admite conforme á una presuncion muy verosimil, que las partes no han *querido* la tradicion hasta la entrega de las llaves: pero no produciendo el *animus possidendi* efecto alguno naturalmente sin la aprehension, todos estos testos que solo se ocupan de la cuestion de si la intencion de verificar la tradicion debe ser presunta ó verdadera, reposan sobre la suposicion de que no falta nada á la aprehension; esto es, que la entrega de las llaves se ejecuta *en presencia de la cosa.* Tambien los compiladores han tenido cuidado de prevenir por el siguiente pasaje cuantas dudas pudieran nacer con respecto á este punto.

L. 74, *contr. emt.*

«Clavibus traditis *ita* mercium in horreis conditarum *possessio tradita* videtur, *si claves apud horrea traditæ sint*:» (lo que va á seguir es sumamente á propósito para aclarar y confirmar los principios que hemos establecido sobre la aprehension) «quo facto, confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, *etsi non aperuerit horrea.*»—Lo que quiere decir que el que está separado de las cosas por una puerta cerrada, no las posee mas que quien está distante: pero que si tiene la llave, puede en cualquier tiempo tomar las cosas, é importa muy poco que lo haga efectivamente, y aun que abra la puerta, para adquirir la posesion de la cosa.

§. 17.

CONTINUACION.

Se puede, pues, adquirir la posesion de cosas muebles sin tomarlas materialmente, con tal que la cosa esté presente (§. 16). Pero la misma adquisicion se verifica aun de otra manera. El que

conserva en efecto una cosa *en su casa*, puede haber adquirido la posesion sin que haya venido á unirse al de la adquisicion ningun otro acto.

L. 18, §. 2, D. *de poss.*

«Si venditorem, quod emerim, deponere *in mea domo* jusserim; possidere me certum est, *quamquam id nemo dum attigerit.*»—No se supone en este pasaje que la venta haya sido concluida en presencia de la cosa, ni que el comprador se haya encontrado en su casa cuando la cosa ha sido depositada en ella: así el depósito en casa del comprador ha sido el hecho por el cual se ha adquirido la posesion. Tambien el jurisconsulto observa espresamente que no es necesario que las gentes del comprador hayan recibido la cosa en su nombre (*quamquam id nemo dum attigerit*), circunstancia en que hubiera podido hallarse la causa de la posesion.

L. 9, §. 3, D. *de jure dot.*

«.....quid enim interest, inferantur volente et in donum ejus, an eis tradantur?»

El motivo para esta regla es fácil de descubrir. Cada cual tiene en su casa un poder mas seguro que en todos los otros bienes; y este poder le da la *custodia* de todas las cosas que la casa contiene. Es cierto que tal ha sido el modo de ver de los jurisconsultos romanos, y lo que nos lo prueba es que en otro caso semejante, la posesion se niega precisamente por falta de *custodia.* De lo que fácilmente se deducen las condiciones de la adquisicion, que el testo citado no espresa.

Como lo único que importa consiste *en hacer uso uno mismo del edificio* de que se trata, podemos decir:

1.° Que esta adquisicion no depende ni de la propiedad, ni de la posesion jurídica del edificio; así es que el inquilino de una casa ó de un almacen puede adquirir de este modo la posesion, aunque no tenga ni la propiedad ni la posesion jurídica del edificio: porque no admite duda que aun sin disfrutar de estos derechos, hay la *custodia* de todo cuanto se encuentra en el edificio.

2.° Que esta adquisicion es por el contrario imposible para el que no hace uso del edificio personalmente, aunque tenga la propiedad ó la posesion. Así es que el propietario de una casa *alquilada* no puede adquirir *ninguna* posesion por el mismo motivo, porque está concedida al que la habita; bien que el propietario no ha abandonado en este caso la posesion jurídica de esta última. —La segunda proposicion nos facilita la interpretacion del siguiente pasaje, que sin ella podría dar lugar á dudas sobre la exactitud de nuestra regla (1): «qui universas ædes possidet

(1) L. 30, pr. D. *de poss.* La glosa y la mayor parte de los jurisconsultos modernos entienden por las palabras *res quæ in ædificio sunt*, los materiales que entran en la construccion de una casa. El testo no ofrecería entonces duda alguna, pero la esplicacion es forzada en sí misma.