

test per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

XXXIII. Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranivæ cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranivæ tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.

Es inútil sin duda observar que no se trata aquí de la propiedad de la obra literaria, considerada en sí misma, sino sólo de la propiedad de la escritura. La cuestión tenía una importancia de aplicación más inmediata en un tiempo en que, no existiendo la imprenta, la escritura de mano era el único medio de reproducir las obras.

XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere. Sec nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat *consequens est ut utilis actio* domino tabulæ adversus eum detur. Quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is

ca contra él el edificio, puede defenderse por la excepción de dolo, así también es protegido por esta excepción aquel que á sus expensas y de buena fe ha sembrado el campo de otro.

33. La escritura, aunque sea hecha de oro, sigue en su accesión al papel ó al pergamino, como las obras ó las simientes siguen al suelo. Si por consiguiente, en tu papel ó en tu pergamino Ticio ha escrito versos, una historia ó un discurso, este libro no será de Ticio, sino tuyo. Pero si tú lo reclamases de Ticio como tuyo, sin estar dispuesto á pagar los gastos de escritura, podrá Ticio defenderse por la excepción de dolo, en el caso en que de buena fe se halle en posesión del papel ó del pergamino.

34. Si alguno ha pintado en tabla de otro, segun algunos juriconsultos, la tabla cede á la pintura, y segun otros, la pintura, cualquiera que sea, cede á la tabla. Pero la primera opinion me parece preferible: sería ridículo, en efecto, que las obras de Apeles ó Parrasio siguiesen como accesión á una miserable tabla. De donde se sigue que si el dueño de la tabla se halla en posesión de la pintura, el pintor, que la vindicará sin pagar el precio de la tabla, podrá ser reconvenido por la excepción del dolo. Pero si es el pintor quien posee, esta circunstancia exige que se dé contra él al dueño de la tabla una acción útil. En este caso podrá éste, si no paga el precio de la pintura, ser rechazado por la excepción de dolo, con tal, sin embargo, que el pintor sea poseedor de buena fe. Es evidente que si la tabla ha sido roba-

qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio. da, ya por el pintor, ya por otro, compete al dueño de ella la *actio furti*.

Aliis videtur. Paulo era de esta última opinion, pero Gayo, por el contrario, juzgaba que el lienzo debe ceder á la pintura. Sus opiniones, aunque diametralmente opuestas, se hallan ambas en el Digesto (1). Si la pintura se hiciese en las paredes de un edificio, sería preciso variar de opinion.

Consequens est ut utilis actio. Siendo el pintor propietario del cuadro, es regularmente el único que puede vindicarlo de cualquier poseedor. Si, pues, se da una acción en vindicación al antiguo dueño de la tabla, no puede ser ésta más que una acción útil, es decir, una acción que sólo la equidad y la utilidad han introducido con el fin de que éste no pierda su tabla. Pero resulta de lo dicho que pagando la pintura, tendrá el cuadro. ¿Puede el pintor impedir esto y rechazar su acción, pagando el precio de la tabla? Los comentadores del derecho romano han sostenido esta cuestión. No conozco ningun texto que conceda al pintor dicha facultad. Los textos sólo hablan de la excepción de dolo, que se le da para hacerse pagar el precio de la pintura. Sin embargo, es preciso confesar que dándose la acción útil sólo por equidad para impedir que el dueño del lienzo sea defraudado, esta acción se hace inútil si el pintor ofrece el precio del lienzo. De otra manera se vería en una posición bien singular, cual es que para el pintor valdría más no poseer que poseer, pues en el primer caso podría, pagando el lienzo, vindicar el cuadro y conservarlo; mas en el segundo se vería obligado á cederlo. ¿No sería más conforme á los principios romanos decidir que el pintor, pagando el lienzo, pudiese prevenir la acción útil, pero que no pudiese rechazarla una vez entablada? —Vinnio en este párrafo impugna la expresión *consequens est*, diciendo que estas disposiciones, léjos de proceder de las anteriores, son excepciones de ellas. Yo no sé si me equivoco, pero, segun mi juicio, la palabra *consequens* en el texto recae sólo sobre la circunstancia *si possideat*, siendo el sentido éste. Si el pintor posee, se sigue de esta circunstancia, etc.

Aquí se termina en la Instituta el exámen de los diversos hechos que la mayor parte de los comentadores han colocado bajo el

(1) D. 6. 1. 23. § 3. Paulo.—41. 1. 9. § 2. f. Gay.—Gay, comm. 2. § 78.

principio de la accesion, con denominaciones especiales, relativas á igual número de especies diversas: el aumento, el aluvion, la coalicion, la adjudicacion, la especificacion, la commixtion, la confusion, la construccion, la plantacion, etc.

Los cuatro párrafos siguientes se hallan fuera de la materia que nos ocupa, cual es, los modos naturales de adquirir la propiedad. Así es que no se hallan en la Instituta de Gayo. Quizá se han colocado en este lugar, porque despues de haber dicho que los frutos pertenecen al propietario, se ha querido hablar de casos excepcionales en que los adquieren otros, como sucede al poseedor de buena fe, al usufructuario y al arrendatario. Sin embargo, el párrafo siguiente indica la posesion de buena fe como un medio de adquirir segun la razon natural.

XXXV. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet *justa causa bona fide* acceperit, naturali ratione placuit *fructus quos percepit ejus esse pro cultura et cura*. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus *ab eo consumptis* agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possedit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

Justa causa, bona fide acceperit. Hay *justa causa* cuando se ha hecho al poseedor la tradicion, por una causa legal que lleve consigo la intencion de transferir la propiedad. Por ejemplo, por venta, dote, pago, etc. En adelante volveremos á tratar de esta materia. Poco importa ademas que la causa sea lucrativa, como un legado ó una donacion; nuestro texto no establece en este punto la menor diferencia. Hay posesion de buena fe, miéntras que el poseedor ignore que el que le ha entregado el fundo no es propietario de él. Pero si en adelante llega á conocer esta circunstancia, deja desde aquel momento de adquirir los frutos (1); diferencia grandísima de la usucapion, para la cual basta, como explicaremos, haber sido al principio de buena fe.

(1) D. 41. 1. 8. f. Paul.—Véase por tanto D. 22. 1. 25. § 2. f. Jul.

Fructus quos percepit ejus esse. Hay una regla frecuentemente propuesta por los juriconsultos, y que importa observar bien por sus consecuencias, cual es, que el poseedor de buena fe, en cuanto á los frutos, se asimila al propietario (1). Pero es preciso para esto que hayan sido levantados del suelo. Miéntras que se hallan pendientes, forman parte del suelo y siguen su condicion; mas respecto del suelo, el poseedor sólo tiene los derechos que da la posesion. Pero una vez levantados, ya lo hayan sido por el mismo poseedor, ya por cualquiera otro, ó ya naturalmente, poco importa, pues los frutos empiezan á existir separadamente como frutos, como objetos muebles: en tal estado, el poseedor de buena fe puede venderlos, consumirlos, *vindicarlos*, en una palabra, y ejercer sobre ellos todos los derechos de propiedad (2). Por error se ha inferido de esto que era realmente propietario. No lo es contra el señor del fundo, á quien estará obligado á devolvérselos, ménos los que haya consumido: esto explica la contradiccion aparente de nuestro texto, que despues de haber hablado al principio de los frutos percibidos, sólo habla ya despues de los frutos consumidos.

Ab eo consumptis. Asimilado al propietario respecto de todos los frutos, desde el momento en que se levantan del suelo, el poseedor de buena fe sólo adquiere en definitiva los que consume (3). Los que todavía existen debe devolverlos, pues retenerlos sería enriquecerse con perjuicio de otro. Pero los que ya no existen no puede pedírselos el propietario. Los ha consumido de buena fe; y obligarle á dar un valor sería causarle generalmente un perjuicio efectivo. Obsérvese que el cultivo y el cuidado que ha aplicado á la produccion de los frutos no son un motivo suficiente para hacérselos atribuir cuando se presenta el propietario. La única consecuencia equitativa que puede deducirse es que tiene derecho á ser indemnizado de sus fatigas y gastos. Pero el hecho del consumo de buena fe altera el estado de la cuestion. Es preciso necesariamente que sufran las consecuencias perjudiciales, ya el poseedor de buena fe que sólo ha consumido los frutos de que se creia dueño, ya el propietario, cuya negligencia es una de las causas principales del error. La razon condena esto último.

(1) *In percipiendis fructibus, in juris habet quod dominis tributum est* (D. 22. 1. 25. § 1. f. Jul.). *Quod ad fructus attinet loco domini pene est* (D. 41. 1. 48. f. Paul.).

(2) D. 7. 4. 13. f. Paul.—D. 41. 1. 48. f. Paul.

(3) D. 41. 1. 40. f. Afric.—41. 3. 4. § 19. f. Paul.—42. 1. 41. § 1.—20. 1. 1. § 2. f. Papin.—10. 1. 4. § 2. f. Paul.

¿Ganaria el poseedor de buena fe, consumiéndolos, los frutos naturales, es decir, los que la tierra produce espontáneamente, sin ningún cultivo por su parte? Esta cuestión ha sido agitada por los comentadores. Sin entrar en una larga discusión, diré que un fragmento de Pomponio expresa terminantemente que no los adquiere (1), mientras que otro fragmento de Paulo parece decir positivamente que los adquiere (2). Lo que hay de cierto es que respecto de estos frutos, lo mismo que de todos los demás, se le asimilaba á un propietario desde que se alzaban del suelo; ¿pero debía dar cuenta de ellos al señor del fundo, aún después de haberlos consumido? A mi juicio en esto consiste toda la cuestión; y la distinción que yo hago puede servir para esclarecerla.

En suma, no creo inútil repetir, como análisis de este párrafo, que el poseedor de buena fe tiene, en cuanto á los frutos, dos ventajas bien distintas: la primera, de ser considerado como propietario, y poder ejercer todos los derechos de tal respecto de cualesquiera frutos desde que se han lanzado del suelo; la segunda, de no deber dar cuenta al señor del fundo de los frutos consumidos.

XXXVI. Is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredes ejus non pertinet, sed domino proprietatis acquiruntur. *Eadem fere* et de colono dicuntur.

36. El usufructuario de un fundo no se hace propietario de los frutos sino á proporción que los percibe. Si á su muerte los frutos, aunque maduros, no han sido todavía recolectados, pertenecen absolutamente, no á sus herederos, sino al dueño de la propiedad. Casi lo mismo se dice respecto del arrendatario.

Quando hablemos del usufructo volveremos á examinar estas disposiciones, extrañas á la materia que nos ocupa.

Eadem fere. Lo mismo que el usufructuario, tampoco se hace el arrendatario propietario de los frutos sino cuando los percibe: en adelante extenderemos las consecuencias de este principio (3). Pero con la diferencia del arrendatario respecto del usufructuario, que, muriendo aquél, trasmite su arrendamiento, y por consiguiente sus derechos, á sus herederos (4).

(1) D. 22. 1. 45. f. Pomp.

(2) D. 41. 1. 48. f. Paul.

(3) D. 19. 2. 60. § 5. f. Javol.

(4) Cod. 4. 65. 10. c. Gord.

XXXVII. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, pili et lana, itaque agni hædi et vituli, et equuli, et suculi, statim naturali jure dominio fructuarü sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

37. En los frutos de las bestias se colocan las crías lo mismo que la leche, el pelo ó la lana. Así los corderos, los cabritos, las vacas, los potros, los lechones, se hacen por su naturaleza, al nacer, propiedad del usufructuario. Pero entre los frutos de una esclava no se entienden sus hijos, que por consiguiente pertenecen al dueño de la propiedad. Parecería absurdo, en efecto, considerar como fruto al hombre, para quien la naturaleza lo ha criado todo.

In fructu non est. Esta cuestión, como nos lo dice Ciceron, habia sido discutida entre los antiguos jurisconsultos (1). Ulpiano da la misma decisión que Gayo, de quien se ha sacado el pasaje de la Instituta; pero da otra razón: «*Fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant*» (2). Así, según él, los hijos de una esclava no son frutos, porque no se compra una esclava con el objeto especial de hacerla producir. Pero esta razón sería igualmente aplicable á todos los animales, en quienes se buscan más bien los servicios que las crías, como una vaca de la labor, una burra ó una mula para el transporte, etc. Sin embargo, no sucedía así, y debe reconocerse que las dos razones, diferentes en la apariencia, coinciden realmente en la misma idea. Aunque el esclavo se hallase colocado entre las cosas, habria sido descender al último escalon de la degradación considerarlo destinado á dar crías, y asimilar sus hijos á los frutos de la tierra. En cuanto al hecho, y llegando al origen de la cuestión, se ve que un sentimiento de dignidad hacia el hombre lo habia hecho realzar por los jurisconsultos filósofos, y dictado la decisión inserta en la Instituta.

XXXVIII. Sed si gregis ususfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuaris submittere debet, ut ex Juliano visum est, et in venearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere, et quasi bonus pater familias uti debet.

38. El usufructuario de un rebaño debe con las crías reemplazar las cabezas muertas, como era opinión de Juliano; y el usufructuario de un campo debe reemplazar las viñas y árboles que perezcan; pues debe cultivar y usar del terreno como un buen padre de familia.

Este párrafo corresponde absolutamente á la materia del usufructo.

(1) Cicer. *De fin. bon. et mal.* lib. 1. cap. 6.

(2) D. 5. 3. 17. f. Ulp.

XXXIX. *Thesaurus quos quis in loco suo invenerit, divus Hadrianus, naturalem equitatem secutus ei concessit qui invenerit. Idemque statuit si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera sed fortuito invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est ut si quis in fiscali loco, vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.*

Encontramos en un fragmento de Paulo, que se halla en el Digesto, una definicion del tesoro en estos términos: «*Thesaurus est vetus quedam depositio pecunie, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*» (1). Dos hechos constituyen el carácter esencial del tesoro; á saber: el depósito de la cosa hecho en otro tiempo en un lugar cualquiera (*vetus depositio*), y la pérdida de todo recuerdo de propiedad acerca de aquella cosa (*cujus non extat memoria*).

El tesoro no se halla verdaderamente colocado en la clase de las cosas *nullius*, porque la propiedad nunca se ha perdido realmente, sino sólo borrado los recuerdos de ella. Por otra parte, no es exacto decir que sea accesion del suelo porque en él se halla oculto, aunque no forma parte integrante de él, parte subordinada. Ni el descubridor, ni el propietario tienen en todo rigor derecho de propiedad para reclamarlo, ya por ocupacion, ya como accesion: el legislador habria, por ejemplo, podido decidir que habiendo desaparecido toda memoria de propiedad privada, el tesoro sería público y pertenecería al Estado. Pero juzgando más conveniente abandonarlo á los particulares; tomando en consideracion por una parte el hecho del descubrimiento que sacó á luz una propiedad sepultada, y por otra, la situacion del objeto que parecia ofrecer-

(1) D. 41. 1. 31. § 1. f. Paul. La palabra *pecunie* debe entenderse en este fragmento como lo es comunmente en las leyes romanas, es decir, en un sentido general.

se más fácilmente al propietario para que lo descubriese; para evitar el desagrado que naturalmente experimentarían al verse privados completamente de lo que el uno habia descubierto y de lo que se habia llegado á descubrir en terreno de otro, y que parecia, por decirlo así, destinado para él, la ley romana distribuye el tesoro por mitad entre el descubridor y el propietario. No hay ocupacion ni accesion verdaderas; pero hay analogía entre estas ideas y los motivos que decidieron al legislador en la atribucion que hace de la propiedad.

Divus Hadrianus. Todas las decisiones citadas en este párrafo corresponden á Adriano. El historiador Elio Esparciano, en la vida de este Príncipe, analiza de este modo sus disposiciones: «*De thesauris ita cavet ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur; si quis in alieno dimidium domino daret; si quis in publico, cum fisco equaliter partiretur*» (1).

In sacro aut religioso. Estos lugares eran *res nullius*, y nadie podia reclamar la parte concedida al propietario. Sin embargo, en cuanto al territorio de las provincias, cuyo dominio estaba reputado como perteneciente al pueblo ó á César, y acerca del cual nos dice Gayo que no podia realmente haber en él lugar sagrado ni religioso, la mitad del tesoro en el mismo descubierto debia volver al pueblo ó á César en calidad de propietario. Esto es lo que nos explica un fragmento mal comprendido del Digesto, en el cual vemos que Marco Aurelio y su hermano Lucio Vero habian atribuido esta parte al fisco (2). Sea como quiera, las Instituciones sancionan la determinacion de Adriano, porque en tiempo de Justiniano se acabó toda distincion en cuanto al suelo del imperio.

Fortuito invenerit. Acerca de este objeto es digna de observacion una constitucion del emperador Leon, inserta en el Código de Justiniano (3). Se permite á cualquiera que busque tesoros dentro de su propiedad, con tal, dice aquel Emperador, que no se haga con el auxilio de sacrificios criminales, ó por cualquier otro medio odioso que las leyes deban castigar. Las leyes mismas de aquellos tiempos estaban señaladas con la marca de ideas supersticiosas.

(1) *Ælius Spartianus. In Hadrian.*, p. 9, edicion de Paris, 1620, en fól.

(2) D. 49. 14. 3. § 10, f. Calist. Este fragmento se entiende en otro sentido por muchos comentadores.

(3) C. 10. 15. Const. única.

Añade la misma constitucion que si se hacen excavaciones de intento en el fundo de otro, todo lo que se descubra corresponderá al dueño del fundo.

Dimidium domino soli. Una constitucion que se encuentra en el Código teodosiano y que pertenece á los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (1), sólo concedia la cuarta parte al propietario del fundo. Justiniano se refiere á las disposiciones de Adriano.

Hemos llegado al último medio natural de adquirir que tenemos que examinar, cual es la tradicion. No es necesario repetir los detalles históricos que hemos dado acerca de esta materia. Sabemos que la tradicion se hacia sin ninguna solemnidad, y que se aplicaba en tiempo de Justiniano á todas las cosas corpóreas.

Existe una íntima relacion entre posesion y tradicion, porque la tradicion no es más que la entrega de la posesion (*possessionis translatio*).

Yo puedo entregaros mi cosa sin ninguna intencion ni por mi parte ni por la vuestra de haceros propietario de ella; por ejemplo, cuando os presto ó cuando os doy á guardar mi caballo. En este caso sólo os doy la *posesion física*. Esta tradicion, puramente corporal (*nuda traditio*), no os hace ante la ley ni poseedor ni propietario, aunque tenga algun efecto legal.

Yo puedo daros mi cosa con intencion, tanto por mi parte como por la vuestra, de que seais propietario de ella, en cuyo caso os doy la *posesion legal*. Esta tradicion os hace á un tiempo poseedor y propietario.

En efecto, respecto de las cosas *nullius*, cuya posesion y cuya propiedad no son de nadie, si tomáis la posesion de ellas, al punto os haceis propietario. Respecto de las cosas privadas, cuya posesion y cuya propiedad corresponden á otro, si el propietario que puede enajenar os da la posesion con intencion de transferiros la propiedad, al punto os haceis propietario de ellas. En el primer caso (*occupatio*), la sola posesion de que vos mismo os apoderáis es la que produce la propiedad. En el segundo (*traditio*) se os da la posesion por el propietario, unida á la voluntad de este propietario.

Esto supuesto y teniendo presente que la posesion legal se com-

(1) Cod. Teod. lib. 10. tit. 10. De thesauris, const. 2.

pone de dos elementos, cuales son el hecho y la intencion: el hecho, que consiste en que la cosa se halle de un modo cualquiera á nuestra libre disposicion; la intencion, que consiste en la voluntad de poseer como dueño, es fácil deducir que las reglas de la tradicion son: 1.^a Que la cosa haya sido puesta de un modo cualquiera á disposicion de aquel á quien se le quiere dar. 2.^a Que haya sido entregada y recibida con intencion de transferir la propiedad de ella (1). Cuando estas dos circunstancias se reunen hay tradicion de la posesion legal, pero para que la propiedad sea al punto transferida, es preciso: 3.^a Que esta tradicion se haga por el propietario que tenga capacidad para enajenar.

Se han distinguido muchas especies de tradiciones; pero así como no existe más que una sola posesion legal, tampoco existe para adquirir la propiedad más que una sola ocupacion y una sola tradicion, consistente la una en la adquisicion de la posesion legal, y la otra en la entrega de esta posesion, hecha con el objeto de transferir la propiedad. En cuanto á las circunstancias particulares que pueden presentarse, sólo producen modificaciones accesorias que en nada se oponen á los principios fundamentales.

Como en las cosas incorpóreas no puede haber, propiamente hablando, posesion, tampoco puede haber tradicion (2). Pero pues se ha admitido respecto de estas cosas en ciertos casos una *casi posesion*, que consiste en el ejercicio del derecho, existe tambien en ciertos casos una especie de tradicion que consiste en dar y en tolerar el ejercicio del derecho (3). Esto es lo que generalmente se llama *casi traditio*.

Sólo me resta ya que hacer una reflexion, que es importante, porque se refiere al carácter general del derecho romano.

No siendo la propiedad un hecho, sino un derecho, un producto de la ley, es posible sin duda establecer en una legislacion que esta propiedad sea transferida de una persona á otra por la sola voluntad de las partes en virtud de la ley, y sin ningun hecho exterior. Tal es la regla adoptada en el derecho frances. Pero tambien puede exigirse, para que la propiedad sea transferida, que haya habido, ademas de la convencion de las partes, la entrega de

(1) D. 44. 7. 55. f. Javol.

(2) *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est* (Gay. 2. § 28. -- D. 41. 1. 43. § 1. f. Gay.)

(3) D. 7. 1. 3. pr. f. Gay. -- 8. 1. 20. f. Javol. -- 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.