

POSSESSIO DOMINO IGNORANTI (*)

En homenaje al maestro P. DE FRANCISCI

SUMARIO: 1. Finalidad de la investigación.—2. *Possessio y usucapio domino ignoranti*.—3. *Possessio domino ignoranti y pecunia*.—4. Aplicaciones especiales de la *possessio domino ignoranti*.

1. Finalidad de la investigación.

El *pater familias* adquiere la *possessio* mediante los sometidos a su *potestas*. Gayo se refiere, precisamente, a la *possessio*, analizando las adquisiciones desde el punto de vista del titular de la *potestas* (II, 86-9). En cambio, Paulo, el jurista que analiza más detenidamente la que pudiéramos denominar capacidad para poseer (D. 41, 2, 1 y h. t. 3), pensando—como se deduce de la disposición de su obra—en la *usucapio*, se desliga de la idea de *potestas* y hace una exposición más independiente. No obstante, conserva cierta analogía con la exposición gayana en cuanto los

* SIGLAS

AHDE. = *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid

RIL. = *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere*. Milán.

SZ. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*

RH. = *Revue Historique de Droit Français et Etranger*. Paris.

TVR. = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*.

PW. = *Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft* (Pauly-Wissowa).

SDHI. = *Studia et Documenta Historiae et Iuris*.

Beiträge. = *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Mohr. Tübingen, 4 vols. (1910-11-13-20), de G. Beseler.

Dictionary. = *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (*The American Philosophical Society*, Filadelfia, 1953), por A. Berger.

problemas de adquisición aparecen vistos a través de un sujeto único que adquiere. Así, alude explícitamente a la adquisición de la *possessio* a través del *servus* y del *filius*—que en Gayo no aparecen tan específicamente aludidos—, pero haciendo resaltar también la *potestas*.

D. 41, 2, 1, 5.

Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate <nostra> est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.

Parece evidente que el vínculo de sumisión a la *potestas* determina la adquisición de la *possessio* a favor del titular de aquella. Algunas alusiones, de Gayo principalmente, hicieron surgir la idea de hacer depender la adquisición de la *possessio* a través de los sometidos del hecho de que éstos, a su vez, eran poseídos por el *pater* o *dominus*; pero quizá no pueda considerarse viable esta idea más que en el caso del *servus*¹.

Dejando aparte este problema, el objeto de nuestro estudio se concreta a la adquisición de la *possessio domino ignorantibus* que, como acabamos de ver en Paulo, tenía lugar *ex causa peculiarari*. Ello equivale a la admisión de una autónoma capacidad para poseer en el ámbito del *peculium*, norma singular cuya claridad se halla fuera de discusión desde los estudios de De Francisci y Albertario². En cambio quizá no se hayan analizado suficientemente las causas de esta extraña norma ni los problemas doctrinales que provocó entre los juristas clásicos. Al intento

¹ Vid. M. LAURIA, *Possessiones (Età repubblicana)*, I. Nápoles, A. Moreno, 1953, págs. 25 ss. y 73-79. Cfr. nuestra reseña en AHDE 24 (1954).

² DE FRANCISCI, *Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo*, en RIL. 40 (1907), págs. 1002 ss. ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano (Il possesso)*, Milán, Guiffré, 1939, págs. 296 ss. Ambos tratan de rectificar la equivocada opinión de BESELER (SZ. 43 (1922), págs. 417-8, y en *Beiträge*, IV. 61, ss.), que considera justificada la adquisición de *possessio* con limitación al *peculium* y, en consecuencia, critica algunas partes de la opinión de PAULO en D. 41, 2, 1, 5. Después de los estudios de DE FRANCISCI y ALBERTARIO, la claridad de la opinión de PAULO no ofrece duda alguna. Asimismo, considera genuina esta opinión HAGERSTROM, en *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*,

de lograr mayor claridad bajo estos aspectos—trazando en consecuencia la línea histórico-doctrinal del instituto y el ámbito de sus aplicaciones—responde, modestamente, el presente trabajo.

2. *Possessio y usucapio domino ignoranti.*

La posibilidad de que el *servus* adquiriese la *possessio ex causa peculiari*, incluso sin conocimiento del *dominus*, parece ser reconocida desde los primeros tiempos clásicos. No sólo porque el mismo Paulo alude a su admisión por Sabino, Casio y Juliano, como hemos visto (D. 41, 2, 1, 5), sino también por el hecho de que nuestro jurista se enfrenta con la anomalía que la norma viene a significar frente al criterio de adquisición de la *possessio* mediante el *corpus* y el *animus*:

D. 41, 2, 3, 12.

*Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorumdem et animo et corpore possidere*³.

Paulo se vió obligado a dar una solución al problema que la *possessio etiam ignoranti domino* planteaba y otros juristas, como veremos, han tenido también que afrontar la cuestión. Pero estas pruebas de la indudable vigencia clásica de la norma que nos ocupa no hacen referencia a sus orígenes.

Hay, sin embargo, una huella que nos permite conjeturar

Uppsala-Leipzig, 1927, I, 103. Resulta admisible, en cambio, la lectura complementada, *potestate <nostro>*, que BESELER propone y MICOLIER (*Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon, 1932, págs. 555 ss.) acepta.

³ BESERER, consecuente con su punto de vista (cfr. núm. 2) procura eliminar la alusión al *peculium*. Desde otro punto de vista ha criticado el fragmento, especialmente en su parte final [*nam videmur — fin*], SELIGSON (Cfr. *Index Interpolationum*). En nuestro juicio la opinión de PAULO no puede criticarse parcialmente, porque obedece a la necesidad de resolver un problema real planteado al jurista, como trataremos de probar a lo largo del presente trabajo. El fragmento no es susceptible de crítica parcial, porque es consecuencia lógica del orden de ideas desenvuelto por el mismo PAULO en D. 41, 2, 3.

la necesidad que ha dado lugar a la admisión de esta modalidad excepcional en materia de adquisición de posesión. Se trata de un texto que juzgamos decisivo en nuestro tema.

D. 41, 3, 8 pr. (Paulo, 12 *ad Edictum*).

*Labeo <et> Neratius responderunt ea quae servi peculiariter nacti sunt <ab infante quoque et furioso>, usucapi posse, quia haec etiam ignorantes domini usucipiunt: idem Julianus scribit*⁴.

Aquí es el mismo Paulo quien recoge una norma semejante a la anterior, pero referida a la *usucapio* y atribuyéndosela a Labeón y Neracio. No nos recuerda, en cambio, a Sabino y a Casio, como en D. 41, 2, 1, 5. Únicamente coincide la alusión a Juliano. Esta diversidad en los juristas mencionados nos hace sospechar fundadamente que la norma aludida por Paulo en este fragmento respecto a la *usucapio* y la expresada en D. 41, 2, 1, 5 a propósito de la *possessio* tienen origen distinto.

Las diferencias de contenido y expresión entre los dos fragmentos de Paulo son bastante notorias. En D. 41, 3, 8 pr. no se menciona la adquisición de posesión, sino la adquisición de cosas, *peculiariter*, de un modo genérico: *ea quae servi peculiariter nacti sunt*. No aparece una alusión expresa a la *possessio*, porque la adquisición mediante *usucapio* del esclavo, *etiam ignorantibus domino*, no tuvo que ver, originariamente, con la *possessio*. Es ésta una cuestión en que las fuentes nos llevan de la mano a la distinción entre *usus* y *possessio*. La norma que permite la adquisición de la *possessio etiam ignorantibus domino* deriva, probablemente, de una norma idéntica en materia de *usus*; en todo caso, es posterior a ésta. Como la *possessio* parece haber llenado, en gran parte, el ámbito antiguo del *usus*—sobre todo en materia de *usucapio*—se hace menos perceptible y casi desaparece la huella de la primitiva norma.

La clave de la distinción que acabamos de establecer nos viene dada por la procedencia del último fragmento de Paulo: D. 41, 3, 8 pr. Procede éste del libro 12 *ad Edictum*, en que

⁴ Recogemos la adición de MOMMSEN: *<ab infante quoque et furioso>*. Esta corrección ha sido en general bien acogida. Cfr. *Index Interpretationum*.

Paulo comentaba el más antiguo caso de *restitutio in integrum* decretada por el pretor ⁵, en cuyo análisis no podemos entrar ahora. Interesa únicamente a nuestro objeto hacer notar que el pretor hacía mención de las situaciones derivadas del *usus*: *item si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amissum sit consecutus*.

Paulo comentaba este edicto en su libro XII—como ampliamente lo hizo también Ulpiano—y trajo a colación en este comentario la opinión de Labeón y Neracio respecto a la *usucapio* de los esclavos *etiam ignorantí domino*. También Ulpiano se hace eco de esta norma comentando la misma cláusula edictal:

D. 4, 6, 23, 3:

Hi plane, qui fuerunt in potestate captivi, usu rem adquirere possunt ex re peculiari: et aequum erit ex hac clausula praesentibus, id est qui non sunt in captivitate subveniri, si cum non defenderentur usucaptum quid sit ⁶.

Esta información de Ulpiano nos reafirma en la idea de la existencia de una norma que permitía adquisición por el *usus*—la *usucapio*—*ex re peculiari* sin necesidad de conocimiento del dueño. Esta norma habrá nacido para resolver el problema de la adquisición por *usucapio* a través del *servus* y a ésta se refieren la mayoría de los fragmentos ⁷.

La cuestión pudo haber sido resuelta incluso antes de la existencia del régimen de peculios, ya que la necesidad de que el *dominus* adquiriese por *usucapio* a través del *servus* se habrá planteado desde antiguo. Pero para el derecho clásico parece indudable que la *usucapio etiam domino ignorantí* se limitaba al ámbito del *peculium*. Resulta curioso el hecho de que

⁵ Sobre esta *restitutio ob absentiam*, vid. L. GALLET, en RH., 1937, 407 ss.; BERGER, *Dictionary* (sub voce: *restitutio* y *absentes*), y ALVAREZ SUÁREZ (U.), *Curso de Derecho Romano*, II (*Derecho procesal civil romano*). Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, 467.

⁶ En lo fundamental, esta opinión de ULPIANO se ha mantenido inmune de críticas. RATTI y BESELER coinciden en considerar sospechoso [*id est —captivitate*]. Cfr. *Index Interpolationum*, Suppl. I.

⁷ Cfr. D. 41, 1, 54, 4; D. 41, 3, 8 pr.; 41, 3, 44, 7; 41, 3, 47; 41, 4, 2, 11-13; 41, 4, 7, 8; 49, 15, 29; 41, 3, 31, 3.

Paulo recoja esta limitación probablemente procedente también de Neracio:

D. 41, 3, 47 (Paulo, libro 3 *ad Neratium*).

Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

Se impone, pues, la conclusión de que se dieron dos manifestaciones de la posibilidad de adquirir *domino ignoranti* que en el derecho clásico aparecen confundidas: una en el ámbito de la *possessio* y otra en el del *usus* (*usucapio*).

Por otra parte, si no se admite esta doble manifestación histórica de la norma que en derecho clásico permite poseer y usucapir *domino ignoranti*, resultan incompatibles y contradictorias algunas afirmaciones de las fuentes. Así, el mismo Paulo, niega toda posibilidad de *possessio* a través del *servus* en caso de *captivitas* del *dominus*:

D. 41, 3, 11 (Paulo, 19 *ad Edictum*).

Neque servus neque per servum dominus qui apud hostes est possidet.

Esta afirmación radical⁸ resulta incompatible con la opinión de Ulpiano antes citada (D. 4, 6, 23, 3) y difícilmente compatible con la recogida por el mismo Paulo en D. 41, 3, 8 pr. si no distinguimos entre *usus* y *possessio*. En la época de Paulo, la originaria distinción se habría perdido, pero quedaba un eco lejano de aquella, que nosotros creemos percibir en el ámbito de los problemas originados por la *captivitas*. Esta extinguía el *usus*, como afirma claramente Ulpiano:

D. 4, 6, 23, 1.

Is autem, qui apud hostes est, nihil per usum sibi adquirere potest nec coeptam [possessionem] <usucapionem> poterit

⁸ Cfr. L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Nápoles, Jovene, 1950, 143, en donde se estima perfectamente correcta esta opinión de PAULO. treinta a IMBERT, que la considera incompleta. Vid. IMBERT, *Postliminium*, París, 1945, 124. n. 4

*implere, dum est apud hostes: hoc amplius nec postliminio re-
versus recuperabit per usum dominii acquisitionem*⁹.

Pero podía continuarse el *usus* por medio de los sometidos a la *potestas*. Aparte de la opinión de Ulpiano, claramente expresada en este sentido en D. 4, 6, 23, 3, hay una confirmación indirecta de esta posibilidad en D. 4, 6, 21, 2:

*Haec autem restitutio locum habet, sive per se sive per
subiectas sibi personas usu adquisierunt, qui absentes non de-
fendebantur, et ita si nemo eorum erat defensor. nam si fuit
procuratur, cum habueris quem convenias, non debet inquietari*¹⁰.

Se decretaba la *restitutio* contra la *usucazio* realizada a través de *subiectae personae* por aquellos ausentes que, no hallándose representados, no podían ser rechazados durante la adquisición. Parece, pues, indudable la posibilidad de adquirir por *usus* mediante *personae subiectae*. Esta posibilidad está en la misma línea de pensamiento de la *usucazio domino ignoranti* que Labeón y Neracio admitían, según la noticia de Paulo, en D. 41, 3, 8 pr.

En cambio, la adquisición y conservación de la *possessio* a través de las *personae subiectae* en caso de *captivitas* del *dominus* fué una cuestión discutida en la Jurisprudencia clásica y que halló una seria oposición, sin duda debida al carácter de

⁹ La inapropiada colocación de [*possessionem*] en vez de <*usucazionem*> ha sido vista ya por DE FRANCISCI (Cf.: *Index Interpolationum*). Si se trata de una alteración compilatoria, como parece, podía ser síntoma de una tendencia a sustituir *usus* por *possessio* porque el mismo fenómeno aparece en D. 4, 6, 19: *Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquisieret, ab hostibus captus sit, placet interruptam [possessionem] <usucazionem> postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio*. La sustitución es aquí clarísima y el texto es de PAPINIANO. Cfr.: *Index Interpolationum*. La misma sustitución de *possessio* por *usus* se da en D. 41, 4, 7 pr. Cfr. BESELER, *Beiträge*, IV, 71.

¹⁰ SOLAZZI (S.) considera interpolada la frase [*ita si nemo erat defensor*], porque supone una redundancia de expresión (*L'editto «qui absens iudicio defensus non fuerit» en Studi Simoncelli*, Nápoles, 1917, 416). LENEL supone interpolación toda la parte final, desde [*et ita — fin*] en *Textkritische Miscellen* SZ. 39 (1918), 143. Esta parte interpolada no interesa a nuestro estudio. Para nuestro objeto es suficiente que la primera afirmación se mantenga.

res facti que se atribuía a la *possessio*¹¹. A propósito de la *captivitas* se plantea plenamente la cuestión de la subsistencia o no de la *possessio* mediante sometidos a la *potestas*. Ciertamente, pudiera pensarse a primera vista, que los romanos debieran configurar este caso de *captivitas* como una aplicación de la posibilidad de adquirir la *possessio domino ignoranti*. Sin embargo, tardó bastante en imponerse este criterio.

De ahí que Paulo afirme todavía en D. 41, 3, 11, como hemos visto, *neque servus neque per servum dominus qui apud hostes est possidet*. Paulo al hacer esta afirmación es consecuente con su ideas. El *servus* poseía *corpore* mientras al *dominus* correspondía el *animus*¹². Y en el caso de *res puciliares* Paulo entendía poseídas éstas también *animo et corpore* por el *dominus*¹³. Pero esta presunción no parecía admisible en el caso de *captivitas* del *dominus*. La adquisición excedía del ámbito de la *ignorantia domini* evidentemente y no era fácil admitir la continuación de la *possessio* de los sometidos en caso de *captivitas* del *dominus*. Esta es la base de la afirmación de Paulo que comentamos. Paulo piensa claramente en la imposibilidad de admitir una *possessio*—ni siquiera a través del *servus*—en caso de *captivitas* del *dominus*. En cambio, admite claramente la *usucapio* rectificando una opinión de I.abeón:

D. 49, 15, 29.

Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti. Paulus: immo si quid servus tuus peculii nomine, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus.

Este fragmento de Paulo es revelador¹⁴. En primer lugar.

¹¹ Una prueba elocuente en este sentido nos la proporciona el fragmento de PAPINIANO anteriormente citado, D. 4, 6, 19: *possessio plurimum facti habet...* En el mismo sentido, D. 49, 15, 12, 2; D. 41, 2, 23, 1; D. 41, 2, 1, 3; D. 41, 2, 29; D. 8, 5, 2, 3. De nuevo es PAPINIANO el que considera a la *possessio* como *factum*, coincidencia que no parece haber sido tomada en cuenta por quienes reputan interpolado este fragmento.

¹² Cfr. D. 41, 2, 3, 1.

¹³ Cfr. D. 41, 2, 3, 12 ya aludido. PAPINIANO supone que se trata de una norma singular: D. 41, 2, 44, 1.

aparece aplicado el régimen de adquisición de la *possessio domino ignoranti* al caso de *captivitas*. En segundo lugar, y esto es lo que de momento nos interesa, admite la *usucapio domino inscienti*, y al admitir ésta, admite también la *possessio* como parece desprenderse de este fragmento. Pero ello implica una contradicción con la afirmación anterior, contenida en D. 41, 3, 11, que hemos venido comentando. Podía pensarse que una de las opiniones era espuria, pero hay otra explicación. Los fragmentos proceden de dos obras distintas de Paulo. En un caso Paulo, comentando el Edicto, recogió una afirmación lógica dentro de su sistema de ideas sobre la *possessio*: en caso de *captivitas* del *dominus* no hay posibilidad de poseer a través del *servus*. Esta afirmación no sólo resultaba lógica dentro del campo de su doctrina, sino que con ella Paulo sigue una corriente doctrinal, que tuvo su gran defensor en Marcelo, según la cual el *captivus* no podía poseer a través de *personae subiectae*. En el otro fragmento, D. 49, 15, 29, cuando Paulo admite la *usucapio* en las *res peculiares* se hace eco de una doble corriente de opinión: de un lado la que, desde antiguo, estableció la admisibilidad del *usus* a través de *personae subiectae*, de otro, la corriente clásica que, arrancando de Juliano, admite también la continuación de la *possessio* a través de *personae subiectae*.

Veamos las discrepancias entre los clásicos en torno a la continuación de la *possessio* a través de las *personae subiectae* en caso de *captivitas*. En dos fragmentos, uno atribuido a Trifonino y otro a Paulo, tenemos más información de las dos corrientes doctrinales dispares:

D. 49, 15, 12, 2.

Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. ideo eorum, quae usucapiebatur per semet ipsum possidens qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est eum possidere desisse. eorum vero, quae per subiectas iuri suo personas possidebat usuque capiebatur, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Julianus scribit credi suo tempore im-

¹⁴ BESELER, de acuerdo con su tesis, rechazada por DE FRANCISCI y ALBERTARIO, critica la parte final del fragmento. Cfr. *Index Interpolationum*.

*pleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione, Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona. sed Juliani sententiam sequendum est*¹⁵.

La discrepancia entre Marcelo y Juliano es clara. Aquél se negaba a admitir la continuación de la *possessio* en caso de *captivitas*, mientras Juliano la admitía. Esta diversidad de opiniones aparece perfectamente confirmada por Paulo.

D. 41, 3, 15 pr.

*Si is, qui pro emptore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi eius procedat usucapio: nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi eius proderit? sed verum est eum in sua vita desisse possidere, ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. quod si servus eius, qui in hostium potestate est <peculiari nomine> emerit, in pendentem esse usucapionem Iulianus ait: nam si dominus reversus fuerit, intellegi usucapum: si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad successores eius pertineat. Marcellus posse plenius fictionem legis accipi. quemadmodum enim postliminio reversus plus iuris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit. nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. ideoque in successoribus locum non habere usucapionem*¹⁶.

Paulo comienza recogiendo la idea común de que la *usucapio* se interrumpe con la *captivitas* y no se recupera por el

¹⁵ Las *Disputationes* de TRIFONINO han sufrido serias manipulaciones postclásicas (Vid. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, 234), pero el fragmento no ha sido criticado en su contenido esencial (Cfr. *Index Interpolationum*). La noticia de la disparidad de criterio entre JULIANO y MARCELO aparece perfectamente confirmada en todos sus términos por PAULO y el mismo JULIANO, como se verá.

¹⁶ La inclusión de <peculiari nomine> la recogemos siguiendo a RICCOBONO y DE FRANCISCI (Cfr. *Index Interpolationum*), pero no la consideramos imprescindible, puesto que la alusión a las *res peculiares* podría considerarse implícita. Este fragmento ha sido estudiado y criticado bajo diversos puntos de vista (Cfr. *Index Interpolationum*) por no haber captado, sin duda, el carácter de las discrepancias que PAULO recoge. El mayor intento de interpretación ha sido realizado por WOLFF (*The lex Cornelia de captivis and the Roman Law of Succession*, en TVR. 17 (1941), 156 ss.),

postliminium. Por tanto, tampoco puede tener lugar la *usucapio* a favor del *heres*. Pero respecto de las adquisiciones del *servus* de aquel que se halla *in hostium potestate*, Paulo se ve obligado a exponer la situación discrepante de la doctrina anterior. Es la misma disparidad de criterio entre Juliano y Marcelo de que nos ha dado noticia Trifonino y aplicada al caso de muerte del *dominus* en cautividad.

La opinión de Juliano, que conocemos por otro fragmento ¹⁷, no aparece claramente recogida por Paulo. Según Juliano, si el *captivus* retornaba, se admitía que había adquirido por *usucapio* lo que el *servus* poseía *ex re peculiari*; si moría en cautividad, las cosas pertenecerían al heredero por la ley Cornelia.

Marcelo nos muestra aquí, nuevamente, su punto de vista según el cual el *dominus captivus* no puede poseer a través de *personae subiectae*. Si el *captivus* en caso de retorno—viene a decir—no obtiene por el *postliminium* la posibilidad de *usucapir*, ¿por qué, en cambio, va a lograrlo a través de lo que los esclavos han gestionado? Marcelo se atiene a la idea de que la *usucapio* venía interrumpida por la *captivitas* y la *possessio* lo mismo, tanto la que personalmente tuviese el *captivus* como

que cree ver introducidas algunas glosas en el texto. A SOLAZZI (*Il concetto dell'ius postliminii*, *Scritti in onore Ferrini*, Milán, 1937, 299) no le han convencido enteramente la reconstrucción de WOLFF, y más recientemente AMIRANTE (*Captivitas*, op. cit. 147), considera empresa desesperada la reconstrucción del mismo. En nuestro orden de ideas el fragmento encuentra una explicación coherente en todo su contenido. Quizá la incomprensión proceda de haber considerado como eje del mismo la alusión a la *lex Cornelia*, cuando se trata de alusión más bien incidental. La cuestión fundamental era la discrepancia de opiniones entre JULIANO y MARCELO acerca de la *usucapio* mediante *personae subiectae*. A este propósito conviene advertir que las *sedes materiae* del fragmento, según LENEL (*Palingenesia*, I, 1.170), fué la *usucapio* y en la misma ha sido colocado en el Digesto.

¹⁷ D. 49. 15. 22. 3 (JULIANO, 62 *Digestorum*). *Quae peculiari nomine servi captivorum possident, in suspenso sunt: nam si domini postliminio redierint, eorum facta intelleguntur, si ibi decesserint, per legem Cornelianam ad heredes eorum pertinebunt*. BESELER (SZ. 45 (1925), 210) ha reconstruido este fragmento de un modo que la doctrina consideró inaceptable: así, RATTI, DE FRANCISCI y ALBERTARIO. WOLFF es partidario de su autenticidad. Cfr. para este aspecto, AMIRANTE *Captivitas*, cit. pág. 145

aquella que realizase a través de un *servus*, naturalmente fuera del ámbito del *peculium* de éste. Si el *postliminio reversus* no recuperaba esta situación, no era admisible que en la *res peculiares* se admitiese la continuación de la *possessio* mediante el *servus* del *captivus* y la consiguiente *usucapio*. Y con un elegante argumento aplica este razonamiento al caso de muerte del *captivus*.

Lo mismo que ocurre con el *postliminio reversus*—argumenta—tiene que ocurrir con su *hereditas*, puesto que ésta hace a veces el papel de persona. Por tanto, si el *captivus reversus* no debe obtener más derechos a través de los *servi* de los que él directamente puede recuperar, tampoco tiene lugar la *usucapio* a favor de los herederos.

La discrepancia entre Marcelo y Juliano debió de ser radical, puesto que ha llegado a nosotros perfectamente clara a través de dos informaciones de juristas distintos: Trifonino y Paulo. Juliano parece haber sido el innovador al admitir que en caso de *captivitas* aquellas cosas *quae peculiari nomine servi captivorum possident in suspenso sunt*. Se admitía la *possessio* y la *usucapio domino ignoranti*, pero la *captivitas* iba más allá de este supuesto. Por eso Papiniano da un paso decisivo admitiendo la *usucapio* mediante un *servus* del *captivus*, respecto a las *res peculiares*, basándose en que tampoco en la *civitas* se requiere la *scientia* del *dominus* para usucapir.

D. 41, 3, 44, 7.

*Si, cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipit?, si quidem ex causa peculio possidet, usucapionem inchoari nec impedimento domini captivantem esse, cuius scientia non esset in civitate necessaria. si vero non ex causa peculii comparetur, usu non capi nec iure postliminii quaesitum intellegi, cum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret. sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitalis ex die quo capitur morti iungerentur, potest filium dici et possedissee sibi et usucepisse intellegi*¹⁸.

¹⁸ La crítica ha recaído especialmente sobre [*an — incipiat*], en donde hay una evidente abreviación. Por lo demás, el fragmento responde a un

En definitiva, casi todas las hipótesis de *possessio domini ignoranti* que hemos hallado en las fuentes se refieren a la *usucapio*. Esta fué el punto de mira en la elaboración de los juristas, como en toda la doctrina posesoria. Más bien podía hablarse, pues, de una *usucapio domino ignoranti*, que tiene lugar, en la época clásica, en el ámbito del *peculium*.

Todas las dificultades que la *usucapio* encierra—no bien conocida en su historia—repercuten en la materia objeto de nuestro estudio. La distinción entre los campos del *usus* y la *possessio* tienen una huella perfectamente perceptible todavía en las fuentes clásicas. Para nosotros una prueba en este sentido se halla en D. 41, 3, 8 pr. ya aludido, aparte de otras. Parece forzosa, pues, la admisión de una posibilidad general de adquirir por *usus* a través de *subiectae personae*, que quizá se haya dado también en caso de ausencia del *dominus*. Esta idea se desprende del texto del Edicto sobre *restitutio ob absentiam* contenido en D. 4, 6, 1, 1, y del comentario de Ulpiano: D. 4, 6, 21, 2. Uno de los casos de ausencia previstos fué la *captivitas*.

Frente a esta posibilidad hemos visto la gran dificultad con que se fué abriendo paso en el pensamiento clásico la idea de que el *dominus captivus* podía *usucapir* a través de *personae subiectae*. Ello fué debido a que la *usucapio* se desprendió del *usus* y tomó plenamente por base la *possessio*, y si bien se admitía una *possessio domino ignoranti*, no podía incluirse dentro de la hipótesis de *ignorantia* la *captivitas*. Pero desde Papiniano (D. 41, 3, 44, 7) se realiza esta admisión claramente. No obstante, toda posibilidad de *possessio* y *usucapio* se mueve dentro del ámbito del *peculium* del *servus* en el Derecho clásico. Tampoco sería prudente la admisión de una *usucapio* fuera de dicho ámbito.

orden de ideas admitido por los clásicos, que distinguen a efectos de la *scientia* entre adquisición *nomine domini* y *peculiari nomine*. En el primer caso se exige la *scientia del dominus* o *pater*, mientras en el segundo, como hemos venido advirtiendo en nuestro estudio, basta la del sometido a la *potestas*. PAULO nos dice que ésta fué la doctrina de CELSO y POMPONIO (D. 41, 4, 2, 10-13). SCHULZ (SZ. 33 (1912), 62-4) ha advertido ya claramente esta distinción.

3. *Possessio domino ignoranti y peculium.*

Establecida entre los clásicos como una necesidad la facultad de obtener la *possessio* y la *usucapio etiam domino ignoranti* en el ámbito del *peculium*, surgió inevitablemente un problema doctrinal, que aparece perfectamente reflejado en las fuentes: el de hacer compatible esta facultad del *servus* para poseer con la idea de que el *dominus*, a su vez, posee el *peculium*.

Este problema aparece planteado de lleno en un texto de Javoleno que algunos intérpretes han considerado producto de interpolación. Sin embargo, examinado dicho fragmento como expresión doctrinal del choque de ideas a que acabamos de referirnos, resulta de una claridad admisible:

D. 41, 2, 24 (Javoleno, 14 *Epistularum*).

*Quod servus tuus ignorante te vi possidet <adprehendit>, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non [corporalem] <iniustam> possessionem sed iustam potest adquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa [corporaliter] a servo tenetur, id in peculio servit est peculium, [quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet], dominus creditur possidere, quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit*¹⁹.

¹⁹ Las alteraciones indicadas son las únicas que modifican el fundamental pensamiento clásico de JAVOLENO. La mayor alteración que observamos es [*quod — tenet*], que tiene para nosotros todo el carácter de un glosema introducido en el texto. No nos parece interpolación justiniana, porque responde a una opinión que, como veremos, admitieron los clásicos: la de que el *servus* no posee *civiliter* el *peculium*. Las alusiones a la *corporalis possessio* resultan un tanto innecesarias y quizá introducidas por los compiladores. La contraposición *possessio corporalis — iusta* no parece responder al pensamiento clásico. Esta contraposición, y el fragmento en general, han sufrido una fuerte crítica de ALBERTARIO (*Un interessante testo di Javoleno* (D. 41, 2, 24, ex L. 14 *Epist*), en *Studi*, II, 299-305), que hace una reconstrucción de aquél suprimiendo toda su parte central [*nam — possidere*], en la que está la razón de ser de todo el fragmento. Precisamente en la parte que ALBERTARIO intenta suprimir se aborda el contraste entre

La cuestión que Javoleno resuelve es la siguiente: Un *servus* aprehende violentamente, ignorándolo el *dominus*, una cosa determinada: ¿ puede decirse que la posee el *dominus*, o lo que es lo mismo, que el *servus* adquirió la posesión *domino ignoranti*? Javoleno resuelve con arreglo a las ideas clásicas. Lo que violentamente adquiere el *servus*—dice—no puede decirse que lo poseas tú, porque el sometido a tu *potestas*, ignorándolo tú, no puede adquirir más que una *possessio iusta*, como ocurre con lo que llega a su poder *ex peculio*; no una *possessio iniusta*. El sentido de esta opinión es congruente con las ideas clásicas. Normalmente el esclavo adquiere *corpore* en tanto el *dominus* pone el *animus*. Ahora bien, si el *dominus* ignora la adquisición del *servus* éste no puede obtener una *possessio iniusta*, sino únicamente una verdadera y *iusta possessio*; pero este caso únicamente tiene lugar en la *possessio ex causa peculiari: ignorant tibi non iniustam possessionem sed iustam potest adquirere: sicut id quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet*.

La aprehensión violenta que el *servus* había hecho era *iniusta*, por la violencia en primer lugar, y porque carecía de la única causa que justifica la adquisición posesoria del esclavo: la *causa peculiari*. Sólo con esta causa se da *possessio iusta* del *servus* con ignorancia del *dominus*. En todos los demás casos el *servus* sólo puede adquirir la *possessio corpore*; es decir, con conocimiento del *dominus*, que tendrá el *animus*. Resulta lógica, por tanto, la afirmación de que no basta la simple aprehensión corporal del *servus* para admitir que el *dominus* posee, ignorándolo.

Pero el punto fundamental del pensamiento de Javoleno está

possessio del *servus ex re peculiari* y *possessio* del *peculium* por parte del *dominus*, problema que JAVOLENO en definitiva no deja resuelto, pero que necesariamente hubo de abordar. Era necesario aclarar cómo se entendía que únicamente *ex peculio* podía el *servus* adquirir la *possessio* para el *dominus* ignorándolo éste. La mutilación radical del fragmento que ALBERTARIO propone nos parece totalmente impropio. La exégesis que hacemos en nuestro estudio confirmará esta opinión.

Ya RICCOBONO (SZ. 31 (1910). 356) anteriormente había considerado de factura bizantina el pasaje *nam — possidere*.

en el esfuerzo por hacer compatible la facultad del *servus* de poseer *ex peculio* con la *possessio* del peculio mismo, que pertenece al *dominus*²⁰. Reiteradamente aparece negada en las fuentes la posibilidad de que el *servus* o el *filius* posean la *res peculiares*. Se les reconoce, simplemente, la facultad de *tenere res peculiares*.

D. 41, 2, 49, 1:

Qui in aliena potestate sunt, rem peculiaarem tenere possunt, habere possidere non possunt...

D. 50, 17, 93.

*Filius familias neque retinere neque recipere neque adipisci possessionem rei pecularis videtur*²¹.

D. 45, 1, 38, 7.

*Haec quoque stipulatio: possidere mihi licere spondes? utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. sed quamvis civili iure servus non possideat, [tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo] dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur*²².

²⁰ Sobre la situación del *peculium*, vid UEXKULL. (W. von), *Peculium*, en PW. 19, 1 (1937), 13-16; LONGO, G.: *Appunti critici in tema di peculio*, SDHI. 1 (1935), 392-422; ALBERTARIO, E., *Libera administratio peculii*, *Studi*, 1, 139 ss.; MICOLIER, G.: *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon, 1932. En general, cfr. BERGER: *Dictionary*, sub voce *peculium*. Este problema quizá no se habrá planteado respecto al *peculium castrense*; en todo caso, esta figura se halla todavía *sub indice* y muy probablemente fué durante largo tiempo un *privilegium* como GUARINO pretende (BIDR. N.S. 7 (1941), páginas 68 y ss.). Más bibliografía. BERGER: *Dictionary*.

²¹ Este fragmento parece elaborado fundamentalmente mirando a la titularidad de los interdictos posesorios: *retinere*, *recipere*, *adipisci possessionem*.

²² ALBERTARIO, E.: (*Il possesso romano*, BIDR. 40 (1932), 26, núm. 3), supone justinanea la última parte del fragmento [*sed stipuletur*] por referirse a la *possessio naturalis*, pero sin razones especiales; SCHERILLO, G., que estudia especialmente la cuestión (*Sulla stipulazione del servus e del filius familias*, en *Studi in onore P. Bonfante*, IV, 222-3) no llega a tan radical conclusión. La supresión propuesta por ALBERTARIO dejaría sin objeto al fragmento; quedaría reducido a una pregunta sin respuesta. Por carencia de pruebas nos parece inaceptable la crítica de ALBERTARIO. Por nuestra parte hemos señalado como posible glosa [*tamen-ideo*], pero sin pronunciarnos decididamente en este sentido.

En esa misma línea de pensamiento se halla la presunción de la *reversio ad dominum* de cosas furtivas en caso de que vuelvan *in potestate servi*.

D. 47, 2, 57, 2.

Si res peculiaris subrepta in potestatem servi redierit, solvitur furti vitium et incipit hoc casu in peculio esse et a domino possideri.

Bajo el supuesto de que el *pater* posee el *peculium* está concebido un fragmento de Ulpiano en que se supone una posesión casi automática de aquél.

D. 41, 2, 4:

*Quidquid filius peculiari nomine adprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium. amplius etiam si filius ab alio tamquam servus possideatur, idem erit probandum*²³.

La idea de que el *servus* no poseía el *peculium* se hallaba, pues, en contradicción con la posibilidad de la *possessio domino ignoranti* en la *res peculiares*. De ahí el esfuerzo de Javoleno para poner en claro esta situación, en el fragmento cuya exégesis hemos interrumpido anteriormente.

D. 41, 2, 24:

... nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia quod ex iusta causa [corporaliter] a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, [quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet], dominus creditur possidere.

Pues entonces—dice Javoleno, refiriéndose a la adquisición de *possessio ex causa peculiari*—también se dice con razón que el *dominus* posee por medio del *servus*, porque lo que éste tiene *ex iusta causa* se halla en su *peculio* (y éste no puede poseerlo civilmente—se advierte en la posible glosa—sino *naturaliter*); de ahí que se crea—se admita—que el *dominus* posee. Ciertamente, a primera vista, el esfuerzo doctrinal de Javoleno pudiera parecer excesivamente artificioso e impropio de un clásico.

²³ La *sedes materiae* de este fragmento (Vid. *Palingenesia* de LENEL) indica claramente que ULPIANO pretendía dilucidar la situación de las *res peculiares* a efectos del interdicte *quorum bonorum*. De ahí que se admitiese una presunción casi automática de *possessio* a favor del *pater*.

Pero analizada la complejidad del problema se comprende que no había otra solución más que la de argumentar del modo como él lo hace. ¿Qué solución se desprende del pensamiento de Javoleno? Únicamente una construcción doctrinal frente a dos situaciones realmente incompatibles. El *servus* adquiere *domino ignoranti*, pero como lo hace en el ámbito del *peculium*, y éste se presume que lo posee civilmente el *dominus*, se admite que éste también posee.

El problema sigue preocupando a los juristas. Así, tiempo después de Javoleno, emite Papiniano, a propósito de la misma cuestión, un juicio interesante. No invoca ninguna razón histórica para justificar la *possessio etiam ignoranti domino* en el ámbito del *peculium*. No piensa, por ejemplo, en la conveniencia de facilitar la *usucapio*:

D. 41, 2, 44, 1 (Papiniano, 23 *Quaestionum*).

*Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaeretur. dixi utilitatis causa iure singulare receptum, ne cogerebantur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiali quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem*²⁴.

Papiniano no halla más razón que la *utilitas* para justificar la *possessio domino ignoranti*; la conveniencia de que el *dominus* no se vea obligado a conocer en cada momento la situación del *peculium*. Advierte que no se trata, a pesar de ello, de una *possessio* adquirida con el *animus* del *servus*. Esta era la mayor dificultad que la excepción encerraba: ¿cómo admitir que el *servus* podía adquirir la *possessio* también *animus*? Papiniano se muestra aquí extraordinariamente cauto y no cree que se trate en este caso de *possessio animo*, por parte del *servus*.

²⁴ Frente a pequeñísimas alteraciones señaladas por los autores (Cfr. *Index Interpolationum*) nos hallamos, una vez más, con la crítica radical de BESELER (*Beiträge*, III, 135) que considera espuria casi la mitad [*nec tamen possessionem*]. Prescindiendo de autorizadas opiniones contrarias (Cfr. *Index Interpolationum*) queremos hacer notar la inconsecuencia de esta crítica de BESELER al haber admitido sin crítica fundamental D. 41, 3, 44, 7, en donde PAPINIANO expone el mismo pensamiento.

Anteriormente, Pomponio ²⁵ había resuelto la cuestión en otro sentido, distinguiendo perfectamente entre las cosas poseídas *nomine domini* y aquellas otras poseídas *peculiariter*; en éstas había de mirarse a la *mens servi*:

D. 41, 4, 2, 12.

Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait: quod si peculiari, tunc mentem servi quaerendam. et si servus mala fide possideat eaque dominus nactus sit, ut suo nomine possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis et ideo usucapio ei non magis procedat ²⁶.

Paulo recoge esa opinión de Pomponio al tratar del título de usucapación *pro emptore* (D. 41, 4). La adquisición del *servus* en el ámbito del *peculium* mediante compraventa, con la consiguiente posibilidad de *possessio* y *usucapio ignoranti domino*, implicaba un problema grave respecto a la *causa* (*possidendi* o *usucapiendi*): ¿qué *animus* debía de tenerse en cuenta? Pomponio piensa, con razón, que ha de mirarse al *animus* del *servus*. Pero Paulo no sólo recoge esta opinión de Pomponio, sino también la de Celso, que admite como válida calificación de la *possessio* la que el *servus* le ha impreso inicialmente:

D. 41, 4, 2, 13.

Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego ubi primum cognovi sciam alienam, processuram usucapionem Celso ait: initium enim possessionis sine vitio fuisse: sed si eo tempore quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum ²⁷.

Esta línea de pensamiento es la que lleva a Paulo a afirmar que las cosas poseídas *peculiariter domino ignoranti* las posee también el *dominus* mediante el *corpus* y el *animus* de

²⁵ Sobre esto vid. *supra*, núm. 18.

²⁶ NICOLIER, hace algunas observaciones a este fragmento. BESELER, en cambio, mantiene su claridad, pero añade algunas expresiones que refuerzan más su contenido esencial. Hemos preferido, no obstante, mantener el texto en la versión que nos ofrece el Digesto por considerarla suficientemente correcta. Cfr. *Index Interpolationum*.

²⁷ Cfr. las observaciones de PEROZZI, en *Istituzioni* 2, I, 661, núm. 1.

los *servi*: *nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere* (D. 41, 2, 3, 12).

Forzosamente había que llegar a esta presunción que Paulo formula para hacer compatible la adquisición *domino ignoranti* con el doble requisito del *corpus* y del *animus*. Hay una clara resistencia a admitir la capacidad directa de poseer del *servus* incluso en el ámbito del *peculium*. De ahí las vacilaciones de las fuentes para salvar esta grave excepción que la *possessio* y *usucapio domino ignoranti* significaban. En definitiva, se trató de conjugar la capacidad del *servus* con una presunción de adquisición a favor del *dominus*. El *servus* no podía poseer más que *corpore* y si se admitió la *possessio* y la *usucapio* en el ámbito del *peculium* se mantuvo la ficción de que el *dominus* poseía éste o bien adquiriría mediante el *corpus* y el *animus* del esclavo. En conclusión, los clásicos dejaron sentada la idea de que el *servus* puede poseer *corpore et animo* en el ámbito del *peculium*, pero el *animus* del esclavo es válido en cuanto se presume instrumento de un *dominus* que adquiere a través de él. No resulta admisible posibilidad alguna de adquisición de la *possessio* fuera del ámbito del *peculium* ²⁸.

²⁸ Esta afirmación no necesita nuevas pruebas, después de las aportadas a lo largo de nuestro estudio. La primera y fundamental nos la proporciona el fragmento de JAVOLENO ya analizado: D. 41, 2, 24. El único fragmento aducible en contra es D. 41, 2, 34, 2: *Servus quoque meus ignoranti mihi acquiret possessionem*. La alusión al ámbito del *peculium* resulta implícita, puesto que esta excepción no podría ser introducida sin más explicación. La *possessio domino ignoranti* se halla vinculada a las adquisiciones dentro del *peculium*. El *infans*, el *furiosus*, la *hereditas* y los *municipes* pueden poseer y usucapir a través del *peculium* de los *servi*, precisamente porque en las *res peculiares* se adquiere incluso *domino ignoranti*. No constituye excepción D. 6, 2, 9, 6, sobre cuya interpretación vid. *supra* núm. 32. Resulta, en cambio, digno de análisis especial un fragmento extrañamente adulterado: D. 41, 3, 31, 3: *Si servus meus [vel filius] peculiari [vel etiam meo] nomine quid tenet. [ut] <an> ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes quoque eos idem nobis contingeret*. La intromisión de [vel etiam meo] ha sido señalada por DE FRANCISCI, RICCOBONO, PRINGSHEIM, BONFANTE y PEROZZI. BONFANTE halla asimismo sospechoso [ut-usucapiam]. (Cit. *Index Interpolationum*). En nuestra opinión la alusión al *filius*

4. Aplicaciones de la *possessio domino ignoranti*.

Esta posibilidad de que el *servus* adquiriese la *possessio* y pudiese realizar la *usucapio etiam domino ignoranti* halló una fecunda aplicación en los casos especiales de temporal incapacidad del *dominus*—como los del *pupillus* y el *furiosus*—o bien de incierta existencia de éste, como en caso de *hereditas iacens* y de *municipes*.

La vinculación que hemos venido advirtiendo entre la *possessio domino ignoranti* y el *peculium* nos explica el hecho de que en estos casos el *servus*, gestionando en el ámbito de las *res peculiares*, adquiera a favor de sujetos no directamente capacitados para ello, lo cual significa una gran facilidad para el tráfico jurídico. Pero ha sido, además, uno de los muchos expedientes que la experiencia jurídica romana utilizó como pedestal para nuevas construcciones. La personificación de la *hereditas iacens*, por ejemplo, se inició quizá por este camino ²⁹.

resulta poco segura, sobre todo por la forma singular que sigue: *si is furere coeperit*. En todo caso, sin hacer gran hincapié en esta posible interpolación, creemos que se trata de un fragmento incorrectamente transmitido y quizá no muy interpolado. La cuestión que en él se planteaba era la siguiente: ¿Continuará la *possessio* y la *usucapio* por un sometido a la *potestas* en caso de que éste se haga *furiosus*? Por ello suponemos que una reconstrucción correcta del fragmento—que en su actual estado resulta indescifrable—puede ser esta: *Si servus meus peculiari nomine quid tenet an ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam (?) si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere...*

La última parte, *sicuti-contingeret*, resulta un poco sospechosa, pero no nos atrevemos a afirmar que sea interpolada, puesto que el mismo PAULO, en otra ocasión, D. 41, 2, 1, 3, emplea un lenguaje semejante... *sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat*. Aunque consideramos muy probable la reconstrucción del fragmento que acabamos de proponer, especialmente en la parte inicial, nos parece, además, muy verosímil que haya sufrido alguna abreviación por parte de los compiladores o incluso postclásica.

²⁹ Observando los fragmentos referentes a la *hereditas iacens* del Digesto puede comprobarse cómo casi toda la problemática de aquella gira en torno al *servus hereditarius*. La actividad de los *servi* ha obligado a plantear en el terreno jurídico la situación de la *hereditas iacens*. Como siempre, una necesidad eminentemente práctica, condujo a la elaboración teórica de los juristas en la medida imprescindible. Vid. nuestro estudio de próxima publicación sobre *hereditas iacens*.

Pero aquí nos limitaremos a poner de manifiesto la aplicación de la *possessio ex causa peculiari* en estos casos especiales:

a) El *infans* y el *furiosus* pueden adquirir la *possessio* y usucapir en el ámbito del *peculium*:

D. 41, 2, 1, 5 (*in fine*).

*Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt et heres <hereditas> si hereditarius servus emat*³⁰.

D. 41, 2, 32, 2 (*in fine*):

item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

El *servus* adquiriría en ambos casos para un *dominus* incapaz. He aquí una utilísima aplicación de la norma de adquisición *domino ignoranti*.

Estas dos aplicaciones no excedieron grandemente del ámbito estricto de la norma. Más sorprendente y de mayores consecuencias resulta la aplicación de ésta a favor de la *hereditas iacens* y, sobre todo, de los *municipes*.

b) En el ámbito de la *hereditas iacens* fué donde la norma que permitió la obtención de *possessio* y *usucapio domino ignoranti* alcanzó mayor virtualidad. La actividad del *servus hereditarius*, ha determinado quizá la necesidad de pensar en una cierta personificación de la *hereditas*.

Un fragmento de Juliano resulta muy ilustrativo en este aspecto:

D. 44, 7, 16:

Qui a servo hereditario mutuum pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario

³⁰ MOMMSEN corrige acertadamente *heres* por <*hereditas*>. Frente a la crítica de esta parte última D. 41, 2, 1, 5 de MICOLIER v. BESLER (Cfr. *Index Interpolationum*) tenemos que aducir el inatacable contenido de D. 41, 3, 28 del que BESLER (Beiträge, 4, 66) se limita a decir que está abreviado: *Si servo furiosi vel infantis res tradita sit, usu per eum eas personas capere posse constat*. Este fragmento es de POMPONIO (17 ad *Sabinum*) lo que nos prueba que éste opinaba igual que PAULO. En el mismo sentido hace prueba una curiosa constitución de CONSTANTINO. C. 8, 53, 26. CTh. 8, 12, 2: *Quod per eum servum, quem idoneum esse constituerit, transigi placuit, ut per eum infanti adquiratur*.

*dando efficit, ne res usucapi possit. nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem commodati et depositi actionem hereditati adquiret. haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio acquisita intellegi debet*³¹.

El *servus* podía negociar en el ámbito del *peculium* a favor de la *hereditas*. Del mismo modo podía adquirir la *possessio*, que en este caso se daba en cierto modo *domino ignoranti*, aunque la *hereditas* comenzó a realizar el papel del *dominus*. En principio, sin embargo, es probable que se pensase en el *heres* como sujeto por analogía con el *infans* y el *furiosus*, según parece desprenderse del final de D. 41, 2, 1, 5.

El *servus hereditarius* podía adquirir por *usucapio* antes de la adición de la herencia, por tanto, para la *hereditas*. Papiniano afirma claramente esta posibilidad:

D. 41, 3, 44, 3.

*Nondum aditae hereditati tempus usucapionis datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucape re coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt*³².

Se trata de la posibilidad de *usucapio* en el ámbito del *peculium* como se deduce de la alusión al carácter excepcional de la norma.

Por otra parte, Paulo confirma esta idea claramente.

D. 49, 15, 29.

Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti

³¹ Este fragmento originariamente debió de referirse a la *fiucia* (Cfr. I. F. NEL. *Palingenesia*. I. 354). y los autores corrigen el texto en este sentido. BUCKLAND y BESELER rechazan la parte final del fragmento [*haec-fin*], pero en contra de su opinión se han manifestado DE RUGGIERO y BONFANTE (Cfr. *Index Interpolationum*).

³² Hemos corregido, de acuerdo con MOMMSEN *<hereditati>* en vez de *hereditas* que figura en el fragmento. La posibilidad de *usucapio* a favor de la *hereditas* aparece claramente confirmada en D. 49, 15, 29 y en D. 41, 3, 40. La crítica de algunos autores respecto a la última parte de este párrafo (Cfr. *Index Interpolationum*) resulta inexplicable dada la coherencia de todo el pensamiento de PAPINIANO, como se deduce de nuestra exposición. PAULO admite la *actio publiciana* a favor del *heres* (D. 6, 2, 9, 6) en caso de *traditio* por compra realizada por el *servus* antes de ser adida la herencia: siempre dentro del ámbito de las *res peculiares*, como se deduce *sensu contrario* del contenido de D. 6, 2, 10 al que aludiremos más adelante en nuestro trabajo.

*usucapere potuisti. Paulus. immo si quid servus tuus peculii nomine, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus. et eo modo etiam hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet*³³.

La *hereditas* recibía aumentos mediante las usucapiones realizadas por el *servus peculii nomine*. Pero, además, podía obtener la *usucapio* el *servus* fuera del ámbito del *peculium* en el caso de que el *defunctus* la hubiere comenzado. Esta idea parece deducirse del pensamiento de Papiniano contenido en D. 41, 3, 44, 3 antes recogido. Y la misma idea de Papiniano aparece atribuida a Neracio.

D. 41, 3, 40 (Neracio, lib. 5 *Regularum*).

Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.

Quizá se trataba, como Papiniano advierte en D. 41, 3, 44, 3, de una norma singular. Ello es muy admisible si pensamos que la última opinión citada se refiere a Neracio, en quien hemos hallado un sostenedor de la posibilidad de *usucapio* en el ámbito del *peculium*. Juntamente con esta posibilidad quizá haya considerado oportuno admitir la de que el *servus* concluye a favor de la *hereditas* la *usucapio* iniciada por el *defunctus*, suponiendo la continuación del *animus* inicial de éste.

Estas ideas vienen a ser confirmadas en un discutido fragmento de Papiniano:

D. 41, 3, 45, 1 (Papiniano lib. 10 *Responsorum*).

Post mortem domini, <nisi>servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae: quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?

La opinión de Papiniano aquí contenida no resulta admisible si no se integra el fragmento, como Mommsen pretende, con la partícula <nisi> (34). Sólo con esta corrección puede acep-

³³ Sobre la claridad de este fragmento, vid. AMIRANTE, *Captivitas*, cit. p. 145. No se refería al *postliminium* originariamente, sino a la *usucapio*. De ahí que su fuerza probatoria sea mayor. Cfr. FUENTESeca P. *Origen y perfiles clásicos del postliminium*, en AHDE. 21 (1951), pág. 306, núm. 23.

³⁴ La integración del pensamiento con la partícula <nisi> ha sido

tarse, puesto que no podemos admitir una contradicción de Papiniano consigo mismo. Hemos visto anteriormente cómo este jurista admitía que se diese la *usucapio* antes de adir la herencia (D. 41, 3, 44, 3): *si servus hereditarius aliquid comparat*. ¿Cómo podría decir luego el mismo Papiniano que la *usucapio* comenzaría al adir la *hereditas*? Por otra parte, admitía la *possessio* del *servus domino ignoranti ex causa peculiari*. Forzosamente hay que admitir la caída de <nisi> en el fragmento que comentamos. Papiniano hacía excepción de las cosas peculiares, en las cuales la *usucapio* tiene lugar antes de la *aditio hereditatis*, según él mismo había afirmado en D. 41, 3, 44, 3. Pero fuera del *peculium*, en las restantes cosas en que el *dominus* no haya iniciado la *usucapio*, no habrá usucapión por medio del *servus*, ya que el *defunctus* no ha poseído. Por eso después de la muerte del *dominus* no se puede iniciar la usucapión —el fragmento alude claramente a la iniciación: *primordium usucapionis*—salvo en *res peculiares*.

c) También se admitió la *possessio* y la *usucapio* a favor de los *municipes* a través de las *res peculiares* del *servus*. Se trata, evidentemente, de una aplicación más de la *possessio domino ignoranti* en el ámbito del *peculium*. Aquí la ficción fue menor, incluso, que respecto a la *hereditas iacens*. Pero no puede pensarse en una capacidad general de los *municipes* para adquirir a través del *servus*. La mención de las *res peculiares* es una prueba de limitación respecto a éstas, aunque parezca tener un carácter más extensivo D. 41, 2, 2. El pensamiento clásico se halla contenido en:

D. 41, 2, 1, 22 (Paulo, 54 *ad Edictum*).

Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi con-

propugnada tradicionalmente: KNIEP, *Vacua possessio*, I. Jena, 1886, 248. SOLAZZI: (*Memorie della R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti di Modena*, II (1914), 223); APPLETON: *Les négation intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes florentines à propos d'un livre récent*, NRH. 40 (1916), 58; PEROZZI: *Istituzioni*?, 2, 502, núm. 3. También por BESELER (*Beiträge*, IV, 67) que, en cambio, rechaza (l. c.) la parte final *quemadmodum*-fin, como incomprendible. Si se pone en relación esta opinión de PAPINIANO con D. 41, 3, 44, 3 y D. 41, 3, 40, como nosotros hacemos, resulta perfectamente comprensible.

sentire con possunt. forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. sed Nerva filius ait, per servum quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant ³⁵.

La facultad a favor de los *municipes* aparece atribuida a Nerva y no puede dudarse de su clasicidad ³⁶. Ulpiano reafirma su existencia.

D. 41, 2, 2 (Ulpiano, 70, *ad Edictum*).

Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur ³⁷.

Nos inclinamos a pensar que respecto a los *municipes* se habra dado quizá una situación un tanto especial. En la época de Nerva quizá se admitió la *possessio* y la *usucapio* únicamente en el ámbito del *peculium*, pero sucesivamente se habrá amplia-

³⁵ El fundamental pensamiento clásico de este fragmento se ha mantenido (Cfr. *Index Interpolationum*). BESELER (*Beiträg.* IV, 63) rechaza, *quae peculiariter adquisierunt*, de acuerdo con sus puntos de vista en esta materia. En contra, vid. PEROZZI (*Istituzioni* 2, 1, 851, núm. 2). Es suficiente, aparte de otras razones, la mención de NERVA para probar la clasicidad de la alusión al *peculium*. (Cfr. *infra*, núm. 32).

³⁶ La opinión de Nerva respondía al criterio de la escuela Proculiana. sin duda, puesto que ya hemos visto la opinión de LABEÓN y NERACIO en el mismo sentido en D. 41, 3, 8, recordada también por PAULO. Ambos proculianos se referían, ciertamente, a la *usucapio* de *res peculiares*, pero *domino ignoranti*. Por otra parte, NERVA se ha preocupado especialmente de esta materia, puesto que, como es sabido, nos consta la existencia de libros suyos *De usucapionibus*. Cfr. KRUGER, P., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* 2, Duncker-Humboldt, Munich-Leipzig, 1912, 167. KIPP, T., *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* 4, Leipzig-Erlangen, 1919, 117. Asimismo, LENEL, *Palingenesia*, I, 791, 2.

³⁷ La notoria incorrección del fragmento ha sido criticada (Cfr. *Index Interpolationum*). Parece acertada la corrección de MOMMSEN sustituyendo [*idque*] por <*indeque*>. En todo caso, no es aceptable el suponer interpolada toda la parte final del fragmento desde *idque*-fin, como hacen algunos autores, puesto que el fragmento anterior, D. 41, 2, 1, 22 se apoya en una opinión de NERVA y parece indudable que el *servus* adquiría la *possessio* y *usucapio*, por lo menos en el ámbito del *peculium* ya entonces (Cfr. núm. 36). Pudiera suponerse que en este fragmento de ULPIANO falta la alusión al *peculium*, pero no suprimir la alusión al *servus*.

do esta capacidad, puesto que Ulpiano no hace referencia a *res peculiares* en D. 41, 2, 2. Por otra parte, Paulo, en D. 6, 2, 10 parece hacer una extensión, de cuyo alcance no se hallan ajenos los compiladores. Ulpiano en D. 6, 2, 9, 6 admite que el *heres* pueda utilizar la *actio Publiciana* en caso de que el *servus hereditarius* adquiriese algo, por compra (se entiende merced al fragmento complementario que sigue, mediante gestión de *res peculiares*) y luego extiende a los *municipes* esta facultad: *municipes quoque, quorum seruo res tradita est, in eadem arunt condicione*. Los compiladores añaden a continuación un fragmento atribuido a Paulo, D. 6, 2, 10, ya citado, cuyo contenido es: *sive peculiari nomine servus emerit sive non*. No resulta quizá lícito suponer que se trata de una interpolación, porque ésta la hubieran introducido los compiladores en el mismo fragmento de Ulpiano sin atribuírsela a Paulo de modo especial. Hay que suponer más bien que en época de Paulo y Ulpiano los *municipes* podían realizar la *possessio* y la *usucapio* a través de los *servi*, incluso fuera del ámbito del *peculium*. Pero este caso se daría mediante *scientia domini*, como respecto a cualquier otro *dominus*. No resulta difícil suponer que los *municipes* hayan logrado al final de la época clásica esta capacidad general para adquirir la *possessio* y lograr la *usucapio* a través del *servus*.

Pablo FUENTESSECA