

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVIII — ENERO - MARZO DE 1960 — N.º 111

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

Quintiliano Monsalve Jara

ABOGADO

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

ESTEBAN ITURRA PACHECO

* *
*

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

HUMBERTO ÁLVAREZ GONZALEZ

Abogado

DE LA LLAMADA PROPIEDAD BONITARIA (*)

D.—Crítica de la interpretación de los textos de Gayo.

110.—**Origen de la llamada propiedad bonitaria.**—Hemos recordado que la llamada propiedad bonitaria recibió su nombre de Teófilo, quien lo derivó de tres textos de Gayo (488).

Al respecto Mainz dice: "Para designar la propiedad fuera del *ius civile*, se empleaban las locuciones *in bonis esse*, *in bonis habere*. Los autores modernos, apoyándose en el ejemplo de Teófilo, han creado el término *dominium bonitarium*, al cual oponen la propiedad romana con el nombre de *dominium Quiritarium*" (489).

Debemos considerar los textos de Gayo que originaron el nombre de la llamada propiedad bonitaria.

111.—**Textos de Gayo que originaron el nombre de la propiedad bonitaria.**—Los textos de Gayo que originaron el nombre de la llamada propiedad bonitaria son los siguientes:

Por lo demás, como quiera que entre los ciudadanos romanos la propiedad es de dos clases (pues se entiende que podemos tener

(*) El trabajo que publicamos en el presente número, corresponde al Capítulo IX de la obra que el autor tiene actualmente en preparación, intitulada "Teoría de la posesión en Derecho Romano", y cuya numeración, citas, subdivisiones, etc., se han mantenido iguales a su original. — **Nota de la Dirección.**

(488) **Gayo** 1, 54; 2, 40; 2, 41.

(489) **Mainz**, I, pág. 740.

el esclavo, o *in bonis*, o con arreglo al derecho Quiritario, o con ambos derechos a la vez), diremos, así, que el esclavo está en la potestad de su dueño si está *in bonis* del mismo, aunque a la vez no sea suyo con arreglo al derecho Quiritario, pues el que tiene el nudo derecho Quiritario sobre el esclavo no se considera que lo tiene en su potestad (490).

Conviene que a continuación advirtamos que entre los peregrinos el dominio es único, pues o alguien es dueño, o no se le considera tal. Derecho que era también observado antiguamente por el pueblo romano; porque, o alguien era dueño con arreglo al derecho Quiritario o no se le consideraba dueño; mas después se admitió una división del dominio, de modo que uno puede ser el dueño con arreglo a derecho Quiritario y otro tener la cosa *in bonis* (491).

Pues si yo a tí ni te mancipase ni te cediese *in iure* una res *mancipi*, sino que solamente la entregase, dicha cosa la tendrás *in bonis*, pero con arreglo al derecho Quiritario seguirá siendo mía hasta que tú, poseyéndola, la adquieras por usucapión; pues una vez cumplida la usucapión empezará a pertenecerle de pleno derecho, esto es, tanto *in bonis* como con arreglo al Derecho de los Quirites, como si se te hubiera mancipado o cedido *in iure* (492).

112.—**Observaciones acerca de las causas de la afirmación errada de Teófilo.**—Transcritos los textos de Gayo y antes de iniciar su análisis, y en atención a que no aceptamos la existencia en el Derecho Romano de la llamada propiedad bonitaria, debemos referirnos previamente a las causas de tan errada concepción jurídica.

No es exacto que sólo en los textos transcritos aparezcan las locuciones *in bonis esse*, *in bonis habere* o simplemente *in bonis*, porque son numerosísimos los textos romanos en que ellas se en-

(490) Gayo 1, 54.

(491) Gayo 2, 40.

(492) Gayo 2, 41.

(493) A vía de ejemplo citamos: D. 1, 8, 1; D. 3, 5, 12 § 2; D. 4, 4, 6;

cuentran (493) y en su oportunidad haremos mención de algunos de ellos para demostrar que no todos justifican tal denominación y, en especial, para establecer que es muy diverso el significado y alcance de tales locuciones.

Por lo dicho, es más propio expresar que principalmente de los textos transcritos Teófilo derivó el nombre de la llamada propiedad bonitaria —paralela u opuesta al dominio Quiritario— con los efectos y protecciones ya aludidos (494).

A nuestro juicio, la deducción de Teófilo se debió a una extremada ligereza interpretativa, porque se atuvo principalmente a esos textos de Gayo sin considerar los más elementales principios de hermenéutica legal y desestimando las citadas locuciones desparramadas abundantemente en el Corpus Juris Civilis.

En la interpretación de dichos textos y ya que establecía un principio fundamental reacionado con la propiedad romana, Teófilo, en primer término, debió remontarse a los orígenes de la institución, porque "en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes". Y en "verdad el principio es la parte más principal de cualquier cosa", como expresara Gayo (495).

Al afirmar la existencia de llamada propiedad bonitaria, la cual habría unificado con el *dominium ex jure Quiritium* al dictarse la Constitución XXV de Justiniano que derogara el *nudum jus Quiritium*, subsistiendo, sin embargo, dicha propiedad bonitaria a pesar de la unificación recordada, por mantenerse la relación jurídica que recibiera tal nombre (496) y, en especial, sus efectos y protecciones legales (497), Teófilo olvidó el principio interpretativo fundamental de Celso: "Saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y poder" (498).

D. 9, 4, 26 § 6; D. 10, 2, 10; D. 11, 3, 14 § 1; D. 15, 1, 1 § 6; D. 18, 1, 4, § 1; D. 20, 1, 3 pr.; D. 20, 1, 15 § 1; D. 20, 1, 29 § 3; D. 20, 1, 34 § 2; D. 20, 4, 2, 21; D. 23, 3, 7 § 3; D. 24, 1, 55; D. 30, 82 § 1; C. 7, 25; C. 41, 7 pr.; C. 10, 4 § 1.

(494) V. N.º.....

(495) D. 1, 2, 1.

(496) V. N.º.....

(497) V. N.º.....

(498) D. 1, 3, 17.

Si la acción Publiciana y la *exceptio rei venditae et traditae*, acción y defensa de la propiedad bonitaria (499), continuaron aplicándose después de dictada la Constitución que la derogara —hecho que no ha podido escapársele a Teófilo— ha faltado éste al principio interpretativo de Paulo “en manera alguna deben alterarse las cosas que siempre tuvieron interpretación cierta” (500).

La creación de la llamada propiedad bonitaria revela que Teófilo no consideró los principios que regían la institución a que se refiere, salvo, principalmente, los textos de Gayo, mereciendo, por ello, el juicio de Celso de “ser contra derecho juzgar en vista de alguna pequeña parte de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley” (501).

Al proceder en la forma expresada y, en especial, por atenerse a la locución “*in bonis*” empleada en los textos citados de Gayo, dándole un alcance diverso al que efectivamente tuvo dicha locución en la legislación romana, obró Teófilo en “fraude de la ley, porque salvadas sus palabras, eludió su sentido”, conforme lo expresa Paulo (502).

La denominación de Teófilo, sin atender a lo que él llama propiedad bonitaria, tiene una aplicación antiquísima, como aparece claramente de uno de los textos de Gayo (503), por lo que al limitarla al concepto particular expuesto por este jurisconsulto romano en esos tres textos, contravino aquel autor la regla que ordena, “en la interpretación de la ley, ha de investigarse primero de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos”, como lo expresara Paulo (504).

Las observaciones generales anteriores deben ser aplicadas ciertamente a Teófilo; pero corresponde también a los tratadistas que, sin mayor estudio, repitieron la denominación del expresado Teófilo y dieron forma a la llamada propiedad bonitaria.

(499) V. N.º

(500) D. 1, 3, 23.

(501) D. 1, 3, 24.

(502) D. 1, 3, 30.

(503) Gayo 2, 40.

(504) D. 1, 3, 37.

113.—**La creación de Teófilo, completada por sus continuadores, carece de fundamento.**—Teófilo, por la circunstancia de expresar Gayo, que "entre los ciudadanos romanos la propiedad es de dos clases y ser una con arreglo al derecho Quiritario y la otra —tener las cosas "in bonis"—, llamó a la segunda, propiedad bonitaria, a la cual, como ya lo expresamos, sólo se la ha reconocido vida jurídica hasta la promulgación de la Constitución XXV de Justiniano que derogó el *nudum jus Quiritium*.

Sin ningún análisis, se puede expresar que la mencionada denominación se dio, en realidad, al *nudum jus Quiritium*, ya que al ser derogado desaparecería simultáneamente la propiedad bonitaria.

En efecto, si aquella derogación produjo, como lo afirman los autores, la unificación del dominio quiritario con la propiedad bonitaria, se debe concluir que son sinónimos el *nudum jus Quiritium* y la propiedad bonitaria. Sin embargo, la verdad es que la derogación del *nudum jus Quiritium* afecta al propietario Quiritario que no tiene la cosa objeto de su dominio bajo su poder físico y no se comprende cómo, por derogarse, desaparezca la propiedad bonitaria que corresponde precisamente al tercero que tiene, en vez del propietario Quiritario, el poder físico sobre la cosa que es del dominio de éste. Si la Constitución XXV en lugar de derogar el *nudum jus Quiritium* lo hiciera respecto de la propiedad bonitaria, tendrían razón quienes sostienen el término de ésta por efecto de aquella derogación.

Además, y siempre sin mayor análisis, la relación estrecha que se encuentra entre dominio Quiritario, propiedad bonitaria y *nudum jus Quiritium*, y la unificación de los dos primeros por la derogación del tercero, no tiene justificación en las leyes romanas si se atiende a que, desaparecida la propiedad bonitaria, subsistieron las medidas legales que la protegían, lo cual bastaría, a nuestro juicio, para afirmar que a pesar de esa derogación, permanecía la institución jurídica que dichas medidas legales resguardaban.

Finalmente, y como ya lo vimos, es impropio dar la denominación de propiedad bonitaria a una institución jurídica determinada, como consecuencia del empleo de las locuciones "in bonis", porque esta locución y sus otras similares "in bonis esse", "in bonis habere", no corresponden a institución determinada, sino a toda

relación directa con la cosa, sea dominio, posesión o mera tolerancia (505).

La expresión "in bonis", que se refiere al hecho de encontrarse una cosa bajo un poder físico sin atender a su causa, no ha podido dar lugar a establecimiento o creación de una determinada propiedad.

La denominación de propiedad bonitaria dada a las cosas que están "in bonis" resulta, así, desprovista de todo antecedente jurídico.

114.—Nuestro concepto general acerca de la interpretación de los textos citados de Gayo.—A nuestro juicio, los textos de Gayo, invocados como antecedentes de la existencia de la llamada propiedad bonitaria, han sido mal interpretados, siendo errada la conclusión que la da por establecida.

Esperamos comprobar nuestra afirmación con el examen detenido de los textos mencionados.

115.—Contenido general del primer texto citado de Gayo.—El primer texto citado de Gayo que transcribimos en el N.º 111, formula las siguientes proposiciones:

a) Entre los ciudadanos romanos la propiedad es de dos clases:

b) Esas dos propiedades son: una) in bonis; otra) el **dominium Quiritarium**;

c) Un ciudadano romano puede tener ambos derechos a la vez;

d) El esclavo puede estar en la potestad de su dueño si está in bonis del mismo, aunque no sea dueño por el derecho Quiritario, y

e) El nudo propietario Quiritario se considera que no lo tiene en su potestad.

Analizaremos estas proposiciones.

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

39

116.—A) **En Derecho Romano hay una sola propiedad y no dos como expresa Gayo.**—La afirmación de Gayo "entre los ciudadanos romanos la propiedad es de dos clases", es errada.

Ni las leyes ni los jurisconsultos definieron el derecho de propiedad y la Instituta expresa que las cosas se hacen de los particulares por Derecho Natural o por Derecho Civil (506).

Gayo sostiene lo mismo (507); pero en el texto en estudio no ha aludido a la existencia de una propiedad por Derecho Natural y otra por Derecho Civil, que son dos propiedades distintas correspondientes a diversas legislaciones, porque su doble dominio es entre ciudadanos romanos, es decir, en el derecho civil romano lo que excluye la propiedad del Derecho Natural.

Contrariamente a lo expresado por Gayo, en el Derecho Romano hay una sola propiedad. Es consecuencia del principio de la exclusividad del dominio de que habla Ulpiano: "no puede ser de dos íntegro el dominio o la posesión" (*duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*) (508).

La copropiedad mantiene el principio de la exclusividad del dominio, porque en ella se tiene en parte el dominio de toda la cosa sin dividir (*sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*) (509).

Es indudable que toda exclusividad es excluyente, por lo que, siendo exclusiva la propiedad, ella es única (510).

En los textos romanos únicamente se contienen disposiciones relacionadas con la adquisición de un solo derecho de propiedad. Así aparece del título del Digesto "De la adquisición del dominio de las cosas" (511).

La usucapión, que es la adquisición del dominio mediante la posesión continuada por el tiempo determinado en la ley, según la definió Modestino (512), confirma que la propiedad es única, por-

(506) I. 2, 1 § 10.

(507) D. 41, 1, 1 pr.

(508) D. 13, 6, 5 § 15.

(509) D. 13, 6, 5 § 15.

(510) Según el diccionario, lo exclusivo excluye a los demás.

(511) D. 41, 1.

(512) D. 41, 3, 3.

que al usucapir se pone término al derecho de dominio anterior. El mismo Gayo lo confirma cuando expresa que la usucapión fue establecida para que el dominio no fuese incierto (513).

Los principios jurídicos procedentes, que son fundamentales en materia de propiedad romana, no tendrían aplicación en ese derecho si, como lo dice Gayo, existiera doble dominio entre ciudadanos romanos, y, por el contrario, consagran que es una dicha propiedad.

117.—B) **La única propiedad del Derecho Romano es el dominium ex jure Quiritium o propiedad civil romana.**—Según Gayo las dos propiedades que, dice, existen entre los ciudadanos romanos son: la "in bonis" y el dominio Quiritario y, al efecto, expresa: "Se entiende que podemos tener el esclavo o in bonis o con arreglo al derecho Quiritario" (*nam vel in bonis vel ex jure Quiritium... cuiusque servus esse intellegitur*).

En la frase anterior, que refunde las dos primeras proposiciones de Gayo, hay una manifiesta antinomia. En efecto, las dos propiedades de que habla en su primera proposición y que nombra en la segunda, están separadas por un concepto diverso a la noción de propiedad, pues la expresión "...se entiende que podemos tener al esclavo..." no se refiere exclusivamente al dominio o propiedad sino a la relación directa sobre el esclavo que no es tenido únicamente por el dueño o propietario. Se tiene —habere-esse— tanto por derecho de dominio cuanto se obtiene sin oposición del que hubiere comprado (514). Lo primero es dominio; lo segundo posesión, porque en el primer caso se trata del ejercicio del derecho de propiedad adquirido cumpliéndose las exigencias legales; en el segundo de la posesión, ya que si el comprador entra en posesión —tiene el poder físico sobre la cosa— por un acto unilateral suyo sin la voluntad de quien transfiere su derecho por la venta, el vendedor mantiene el dominio que no ha transferido.

Según Pomponio, "pertener" —pertinere— tiene el mismo alcance que "tener" —habere, esse— porque es apta para pedir

(513) D. 41, 3, 1.

(514) D. 50, 16, 188.

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

41

tanto las cosas que son de nuestro dominio, como las que poseemos con algún derecho, aunque no sean de nuestro dominio (515).

En los dos textos mencionados (514, 515), aparece claro que se trata de un solo derecho de dominio y que tiene como opuesto, no a otra propiedad, sino a la posesión, pues el segundo de dichos textos (515) expresamente elimina la idea de que "sea de nuestro dominio".

Los textos aludidos expresan, pues, que una cosa pertenece o se tiene cuando está bajo el poder físico de alguien, sea a título de dominio, posesión o mera tenencia, concepto que es confirmado por Ulpiano: "Se considera que uno tiene en su poder aquello de lo que tiene acción; porque se tiene lo que se puede pedir" (516). En efecto, tienen acción: el dueño, la reivindicatoria; el poseedor, los interdictos, en general y la acción Publiciana que es concedida al poseedor de buena fe en vías de usucapir, y tiene también acción, el mero tenedor —*detentio alieno nomine*—, la propia de su vinculación jurídica, —algún derecho del texto citado (515)—, arrendamiento, comodato, etc. Conforme al principio de Ulpiano, antes aludido, estas tres relaciones directas con la cosa —dominio - posesión - mera tenencia— que están provistas de acción, que es lo que constituye el derecho, pueden ser pedidas o reclamadas en el ejercicio de sus respectivas relaciones y, entonces, se dice que están jurídicamente en el poder de quien tiene la acción.

Estas tres relaciones jurídicas aparecen mencionadas en el texto en que Ulpiano alude a la solución de Pomponio en el caso del arrendatario que pide al dueño la cosa en precario y que debe ser considerado mero tenedor, "porque una cosa es poseer —*enim possidere*— y otra muy distinta estar en posesión" —*in possessione esse*— mera tenencia —*detentio alieno nomine*— (517) y sobre estas relaciones está la del dueño —dominio— y se tienen, así, las únicas relaciones jurídicas directas con la cosa (518).

Aparece, pues, evidente la antinomia de Gayo. El dominio de su primera proposición —entre ciudadanos romanos hay dos pro-

(515) D. 50, 16, 181.

(516) D. 50, 16, 143.

(517) D. 41, 2, 10, 1.

(518) V. N.º.....

iedades— y expresamente el Quiritario mencionado en la segunda, no se comprenden exclusivamente en su expresión "se entiende que tienen el esclavo", porque además del propietario lo pueden tener el poseedor y el mero tenedor. Para que la idea de Gayo sea exacta se requiere que el esclavo sólo pueda ser tenido por el propietario. Gayo incurrió en una sinécdoque.

Este error de Gayo no puede aceptarse, porque es contrario a los principios de Derecho Romano que permiten que una cosa sea tenida por título de dominio, posesión o mera tenencia y, entonces, resulta inadmisibile que el hecho de tener *in bonis esse, in bonis habere* o *in bonis*, sea propio del dueño y, así, de llegar a otro derecho de propiedad si es tenida la cosa por otro que el dueño, el que la tiene no es el dueño, puede ser poseedor o mero tenedor o un simple uso (519), pero de ninguna manera otro propietario, porque la propiedad es única y que en el Derecho Romano se llamó propiedad civil romana o *dominium ex jure Quiritium*, nombre éste que se mantuvo hasta Justiniano (520) y que no fue derogado por la Constitución XXV, por lo que en estricto rigor jurídico se conservaron ambos nombres de la propiedad romana, esto es, civil o quiritaria.

118.—C) La propiedad Quiritaria y la llamada propiedad bonitaria no puede tenerlas simultáneamente un ciudadano romano y requieren su existencia y ejercicio separadamente por dos personas.—Gayo, en su tercera proposición (521), afirma que un ciudadano romano puede tener a la vez ambos derechos, esto es, el *dominium ex jure Quiritium* y la llamada propiedad bonitaria.

Tal situación es jurídicamente imposible que ocurriera en la realidad jurídica romana, porque, como pretendemos haberlo demostrado, siendo exclusiva la propiedad y, en consecuencia, única, no pueden coexistir simultáneamente dos derechos distintos de propiedad sobre una misma cosa, sin perjuicio de los otros argumentos expuestos por nosotros (522) y, con evidente lógica, si la propie-

(519) No se trata del derecho de uso: sino del simple uso. V. N.º.....

(520) Constitución XXV de Justiniano.

(521) Gayo 2, 41. V. N.º 115.

(522) V. N.º 117.

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

43

dad es única, una misma persona no puede, tampoco, tener dos derechos de dominio sobre la misma cosa.

Aunque, a nuestro juicio, la consideración anterior destruye la proposición en estudio de Gayo, trataremos de probar nuestro punto de vista con otros argumentos.

En el ejercicio de la propiedad Quiritaria se presentan tres situaciones claras y precisas: 1.º) El dueño quiritario ejerce directamente el poder físico sobre la cosa; 2.º) El dueño quiritario ejerce el poder físico sobre la cosa por una persona que la tiene a su nombre, y 3.º) El dueño quiritario no ejerce el poder físico sobre la cosa que es ejercido por otra persona a su propio nombre.

En la primera de las tres ocurrencias indicadas, el dueño Quiritario es "plenísimo y legítimo" conforme lo expresara Justiniano en la Constitución XXV que derogó el *nudum jus Quiritium*.

En la segunda, el dueño tiene también el plenísimo y legítimo ejercicio de su derecho, porque la persona que tiene la cosa a su nombre reconoce su derecho de propiedad. Tal ocurre en el caso del usufructo, en que el usufructuario es mero tenedor y el dueño Quiritario es tenido como tal por el usufructuario, como lo expresa el título del Digesto que trata esta institución (523), y en atención a que el dueño Quiritario no ejerce las facultades del dominio y aunque es reconocido su derecho de propiedad, es llamado, por la falta de dicho ejercicio, nudo propietario, en la Instituta (524). De este texto se desprende, entonces, que hay plena propiedad si el ejercicio directo del derecho de dominio lo tiene el dueño y hay nuda propiedad si las facultades inherentes a la propiedad son ejercidas por otra persona que el dueño, sea su nombre, esto es, reconociéndosele su derecho o sin que se le reconozca su dominio.

La tercera ocurrencia corresponde al que tiene la cosa sin reconocer derecho ajeno, esto es, con ánimo de señor y dueño. En este caso, para nosotros, hay posesión y, para Teófilo y sus fieles continuadores, propiedad bonitaria.

Con todo, de lo anterior se desprende que el ejercicio del derecho de dominio constituye la plena propiedad —*plenum ius Quiritium*—, que corresponde siempre al propietario y que es este

(523) D. 7, 1.

(524) I. 2, 4, 4.

Quintiliano Monsalve
ABOGADO

mismo derecho el que tiene en el caso del usufructo y si es **nudo propietario** lo es por no ejercer directamente sus facultades; pero en ningún caso tiene la nuda propiedad —la mal llamada propiedad bonitaria— y el pleno derecho de propiedad, porque siendo pleno y legítimo propietario, es decir, en ejercicio directo de sus facultades, no hay otro poder que interfiera su derecho, llámase éste poseedor o propietario bonitario.

El dueño jamás es poseedor o propietario bonitario, porque en el ejercicio o en la potestad de su dominio, siempre es dueño. Por lo demás, es un principio jurídico esencial romano —y es una de las diferencias fundamentales entre propiedad y posesión— que "el dominio permanece siendo, ello no obstante, del que no quiere ser dueño" (525). Precisamente este principio contiene el atributo de perpetuidad de la propiedad, salvo que el dueño la transfiera o la pierda por usucapión.

Ahora bien, para que se hable de la existencia de la llamada propiedad bonitaria es preciso que frente a ésta exista el propietario Quiritario y, si ello es así, es jurídicamente imposible que el dueño Quiritario pueda ser propietario bonitario, porque teniendo la cosa bajo su potestad, es "plenísimo y legítimo" propietario.

Todo esto aparece expresado claramente en la Constitución XXV de Justiniano (526), que derogó el **nudum jus Quiritium** y en la cual se expresa "ser ludibrio de una antigua sutileza, que establecía diferencia entre dueños", por lo que es evidente que el **nudum jus Quiritium** no existía sin un tercero —llámase propietario bonitario o poseedor, que no hace al caso— que ejercía las facultades correspondientes al dueño desprovisto de ellas por lo que tenía la nuda (desnuda) propiedad.

Confirman los errores de Gayo la imposibilidad legal del propietario Quiritario "**in bonis**" —en realidad, en "plenísimo y legítimo" ejercicio de su derecho— de hacer valer alguna de las protecciones jurídicas que se dicen corresponder al propietario.

Al dueño Quiritario que tiene bajo su potestad "**in bonis**" al esclavo, le está vedada la acción Publiciana, que corresponde ex-

(525) D. 41, 2, 17 § 1.

(526) V. N.º.....

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

45

clusivamente al que tiene la cosa sin derecho de dominio, aunque con ánimo de señor y dueño y está en vías de usucapir (527).

El propietario Quiritario está protegido por la acción reivindicatoria y le es negada expresamente la acción Publiciana (528). Tampoco puede oponer la *exceptio rei venditae et traditae*, que se concede al comprador de una cosa que le fue entregada por el vendedor y no se le transfirió el dominio, si le es reclamada por el vendedor-propietario, por lo que con razón se la llama excepción de cosa vendida y entregada (529); pero que no fue transferida.

Es evidente que si el propietario Quiritario está impedido de accionar y excepcionarse con las medidas acordadas al llamado propietario bonitario, no puede considerarse que lo pueda ser. No hay derecho sin acción.

De este modo, el propietario Quiritario o propietario civil romano jamás podía ser jurídicamente propietario bonitario, siendo inaceptable, entonces, el enunciado de Gayo de que un ciudadano romano pudiese tener ambos derechos a la vez.

119.—D) **Jurídicamente, el esclavo no está in bonis del dueño, a menos que éste no sea propietario.**—La cuarta proposición de Gayo es la más oscura de las cinco resumidas anteriormente (530) por lo que debemos reproducirla textualmente: “**Diremos, así, que el esclavo está en la potestad de su dueño si está in bonis del mismo, aunque a la vez no sea suyo con arreglo al derecho Quiritario**” (ita demum servum in potestate domini esse dicemus si in bonis eius sit, etiamsi simul ex jure Quiritium eiusdem non sit) (531).

En el párrafo transcrito afirma: 1.º) Que el esclavo está en la potestad de su dueño si está in bonis del mismo y 2.º) que está en su potestad, aunque no sea propietario Quiritario del esclavo.

La primera afirmación es una antinomia porque son contradictorias las dos locuciones que la integran: la primera “el esclavo está en la potestad de su dueño” y la segunda “si está in bonis del mismo”, porque, como lo vimos en el número anterior al estudiar

(527) D. 6, 2, 1 pr.

(528) D. 6, 2, 1 § 1.

(529) D. 21, 3.

(530) V. N.º 115.

(531) V. Nota 490.

la tercera proposición del texto de Gayo, el propietario Quiritario excluye la posibilidad de tener al esclavo *in bonis*, porque el esclavo le pertenece como propietario civil que es. Si tiene, así, sobre el esclavo el dominio Quiritario, no se puede sostener que lo tenga *in bonis* conforme al concepto de la propiedad bonitaria, ya que no hay frente al dueño civil o Quiritario que tiene al esclavo bajo su potestad, ningún otro que tenga el ejercicio de su dominio y no hay posibilidad, entonces, de que se habla de propiedad bonitaria, esto es, *in bonis*. Si, en efecto, está *in bonis*, lo es por el poder físico derivado del dominio Quiritario y no por la llamada propiedad bonitaria, ya que el dominio no se puede alcanzar sino por una sola causa (532), lo que elimina toda otra relación posesoria.

En cuanto a que el esclavo esté en la potestad de su dueño si está *in bonis* del mismo, además de la contradicción de que hablamos, adolece de un grave error jurídico, porque la potestad ejercida por el padre de familia tanto sobre su mujer —*manus*—; sus hijos —*patria potestas*—; los esclavos —conocida con el nombre de potestad dominical (*dominica potestas*)— y, finalmente, el poder de un ciudadano sobre otro que le estaba obligado a fin de darle cumplimiento durante la sumisión, *mancipium*—, son potestades propias del Derecho Romano, adquiridas por modos romanos y ejercidas por ciudadanos romanos, por lo que la potestad sobre el esclavo, como institución jurídica romana, sólo podía ejercerla el propietario Quiritario, como ocurría con la *manus*, la *patria potestas* y el *mancipium*.

Gayo expresa lo mismo. En efecto, después de expresar que las personas —libres y ciudadanos romanos— en Derecho Romano se dividen en *sui iuris* —no sometidas a patria potestad— y *alieni iuris* —sometidas a patria potestad—, menciona la subdivisión de éstas según si están sujetas a la *patria potestas*, a la *manus* y al *mancipium* (533). Las citas corresponden a las Instituciones de Gayo que contienen principios exclusivos del Derecho Romano y la división y subdivisión procedentes son exclusivas del Derecho Civil Romano, por lo que sólo han tenido aplicación por

(532) D. 41, 2, 3 § 4.

(533) Gayo Inst. 1, 48 y 49.

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

217

los ciudadanos romanos y en relación con el derecho Quiritario, aunque la esclavitud es de Derecho de Gentes (534), del cual no se aparta el Derecho Civil (535), que es un Derecho propio según lo dice Gayo (535).

En atención a que la potestad —**potestas**— es una institución esencialmente de derecho quiritario, no podía ejercerse sino por ciudadanos romanos y mediante modos solemnes romanos, por lo que la potestad de los esclavos no podía ser ejercida por otro que el propietario Quiritario y estaba legalmente impedido quien la tuviera **in bonis** por efecto de la llamada propiedad bonitaria.

Debe concluirse, entonces, que es errado el texto de Gayo en cuanto expresa que el esclavo está sometido a la potestad del que lo tuviera **in bonis**, aunque no sea propietario Quiritario de aquél.

119.—E) El nudo propietario Quiritario no tiene al esclavo bajo su potestad.—El párrafo final del texto de Gayo en estudio, expresa que "el que tiene el nudo derecho Quiritario sobre el esclavo no se considera que lo tiene en su potestad" (536).

El concepto anterior de Gayo es exacto y confirma que el propietario Quiritario que no tiene al esclavo de su dominio bajo su poder físico, tiene la nuda propiedad y está, entonces, en los bienes "**in bonis**" de otra persona.

De acuerdo con las diversas relaciones posesorias que indicamos en su oportunidad (537), puede el esclavo referido estar **in bonis** de un poseedor, como en el caso del que compró si habersele transferido el dominio, o de un mero tenedor, como en el usufructo. La circunstancia de que una cosa esté **in bonis** por causa que no la lleva necesariamente a una relación posesoria determinada, no permite concluir que deba ser la llamada propiedad bonitaria, a menos que ésta sea posesión y mera tenencia a la vez, lo cual es un absurdo jurídico por ser conceptos diversos, ya que ambas son tenencias de una cosa —expresión análoga a **in bonis**—; pero, una —posesión— lo es con ánimo y señor y dueño y la otra —mera tenencia— sin tal ánimo y reconociendo derecho ajeno.

(534) D. 1, 1, 4.

(535) D. 1, 1, 6 pr.

(537) V. N.º.....

120.—**Nuestro concepto sobre el texto en estudio de Gayo.**— La inteligencia que debe darse al texto de Gayo es, por lo dicho en los números precedentes, necesariamente muy diversa a la que hemos impugnado.

A nuestro juicio, el juriconsulto romano expresó que puede haber dos relaciones de dominio sobre una cosa: la del que adquiere con arreglo al Derecho Quiritario y la del que no adquiere con arreglo a ese Derecho.

El primero, adquiere el dominio Quiritario. Si tiene la cosa en sus bienes —*in bonis*— lo es en razón de su calidad de propietario confundándose el derecho con la cosa como ocurre y fue sostenido por los romanos (538). El segundo, en cambio, tiene la cosa "*in bonis*", sin derecho de propiedad; pero bajo su poder físico.

Si el propietario Quiritario ha vendido sin transferir el dominio y ha hecho entrega material de la propiedad, entonces él tiene el **nudum jus Quiritium** y su comprador posee, la cosa está en sus bienes, pero sin derecho de propiedad, es decir, tiene el poder físico sobre ella y puede estar en aptitud de adquirir el dominio Quiritario por la usucapión.

En ninguno de los textos del título del Digesto que trata de la usucapión, emplea la expresión "*in bonis*" y sólo alude al poseedor (539). Ahora bien, si el propietario Quiritario no ha dispuesto de la cosa y la tiene en su poder, no hay poseedor, mero tenedor ni el llamado propietario bonitario, y jurídicamente aquél está en "plenisimo y legítimo" ejercicio de su derecho de propiedad.

La aplicación que debe dársele al texto de Gayo en estudio, de acuerdo con la interpretación anterior, es la siguiente: Hay un dueño del esclavo que no es propietario Quiritario; ese propietario no quiritario tiene al esclavo bajo su potestad, por estar en sus bienes "*in bonis*"; potestad que corresponde al propietario Quiritario y que éste no ejercita directamente por carecer del poder físico y, así, sólo tiene el **nudum ius Quiritium**. El que hemos llamado dueño no quiritario tiene el poder físico sobre el esclavo sin transferírsele el dominio, o sea, adquirió su posesión, porque lo

(538) Gayo, I, 54. II, 40. 196; Ulp. I, 16, 23.

(539) D. 41, 3.

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

49

recibió de quien no era su dueño o del que lo es, sin las correspondientes formalidades civiles; pero lo tiene con ánimo de señor y dueño y, por eso, se le reputa dueño y los textos legales que se refieren al dueño se aplican también al poseedor. El propietario quirritario, que no ha transferido su dominio, conserva el **nudum jus Quiritium** y mediante la acción reivindicatoria puede reclamar la tenencia —posesión material del esclavo— para que esté en sus bienes "in bonis", conforme lo prescriben los textos (540).

De lo dicho se desprende que donde Gayo escribió "dueño", debe leerse "ánimo de dueño", y toda la confusión queda así aclarada.

Lo que expresamos está confirmado con la opinión de Ihering. Este jurista afirma que la terminología posesoria no alcanzó el necesario grado de evolución (541) y que, en general, los romanos no concretaron, en principios jurídicos esenciales, lo fundamental de su Derecho (542). Ihering, además, en una extensa exposición, buscó la acertada interpretación de un texto de Paulo (543).

Nuestra opinión se verá confirmada, también, con los otros dos textos de Gayo antes citados que pasamos a considerar.

121.—**El segundo texto de Gayo confirma nuestra tesis.**—Es-timamos necesario volver a reproducir el texto de Gayo que ahora nos preocupa: "Conviene que a continuación advirtamos que entre los peregrinos el dominio es único, pues o alguien es dueño, o no se le considera tal. Derecho que era también observado antiguamente por el pueblo romano: porque, o alguien era dueño con arreglo al Derecho Quiritario, o no se le consideraba dueño; mas después se admitió una división del dominio, de modo que uno puede ser el dueño con arreglo al Derecho Quiritario y otro tener la cosa "in bonis".

El texto transcrito es claro y evita todo análisis.

(540) D. 50, 16, 143 y 181.

(541) Ihering: "Fundamento de la protección posesoria", 2.ª edición. Hijos de Reus, 1912, página 70.

(542) Ihering: "La voluntad en la posesión", Capítulo VIII.

(543) Ihering: "La voluntad en la posesión", Capítulos VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV.

La expresión **dominio** empleada en él, tiene el alcance de relación directa absoluta con la cosa. Esto es evidente.

Gayo afirma, primeramente, que entre los peregrinos el dominio es único, esto es, es la relación directa con la cosa, porque, como el mismo lo expresa, "pues o alguien es dueño o no se le considera tal". No hay otra relación directa. Lo mismo —agrega— era observado antiguamente por el pueblo romano "porque o alguien era dueño con arreglo al derecho Quiritario o no se le consideraba dueño". No había, pues, otra relación sobre la cosa. Pero, continúa Gayo, "después se admitió —en el Derecho Romano— una división del dominio de modo que uno puede ser el dueño con arreglo al derecho Quiritario y otro tener la cosa **in bonis**".

Aquí está la clave de todo el pensamiento de Gayo al respecto y el uso indebido de la expresión **dominio**. No se admitió después —según lo manifiesta Gayo—, una división del dominio, sino que se reconoció una nueva relación directa sobre la cosa permaneciendo el dominio en su dueño, o sea, se reconoció la posesión, llamada **usus** en la Ley de las XII Tablas. No debe extrañar que este alcance no se pueda formular respecto de la propiedad o dominio entre los peregrinos, porque la posesión se originó en Roma.

Precisamente, Gayo se refiere al origen de la posesión en el Derecho Romano cuando habla que, con el tiempo, se admitió una división del dominio. Es perfectamente inteligible su concepto.

Su aplicación es la siguiente: caso del propietario que vende la cosa de su dominio sin transferir su derecho. El comprador pretende o cree adquirir el dominio; pero el propietario mantiene su derecho a pesar de la adquisición que quiso hacer aquél. En efecto —como está dicho—, el propietario Quiritario ha vendido la cosa sin hacer transferencia legal de su derecho, aunque la entregara materialmente al comprador. Se produce, entonces, una duplicidad —**duplex sit dominium**, según Gayo (544)—: el vendedor mantiene el dominio, es poseedor de ella de acuerdo con la legislación romana.

Se tiene, así, que en conformidad al Derecho Romano la llamada propiedad bonitaria carece de ámbito en las relaciones di-

(544) V. Nota 490.

DE LA PROPIEDAD BONITARIA

51

rectas con la cosa, siendo, de este modo, una creación lexicológica sin ninguna trascendencia jurídica.

El tercer texto de Gayo confirma nuestra opinión.

122.—**El tercer texto de Gayo convalida lo que sostenemos.**— Estimamos conveniente reproducir nuevamente el texto de Gayo que ahora consideramos: "Pues si yo a ti no te mancipase ni te cediese **in iure** una **res mancipi**, sino que solamente la entregase, dicha cosa la tendrás **in bonis**, pero con arreglo al Derecho Quiritario seguirá siendo mía hasta que tú, poseyéndola, la adquieras por usucapión; pues una vez cumplida la usucapión empezará a pertenecerte de pleno derecho, esto es, tanto **in bonis** como con arreglo al Derecho de los Quirites, como si se te hubiera mancipado o cedido **in iure**".

En primer lugar, el texto transcrito confirma que la duplicidad es consecuencia del exclusivismo del Derecho Quiritario o Civil Romano pues se refiere al caso de las **res mancipi**, cosas preciosas o romanas que eran las únicas susceptibles de ser objeto en el Derecho Quiritario y a su no adquisición por un modo civil romano —la **mancipatio, in iure cessio**—, por haberse entregado por un modo no civil romano sino que de Derecho de Gentes —**traditio** o entrega material—. Por no darse cumplimiento a las disposiciones del Derecho Civil Romano se ha efectuado un acto que no produce efectos jurídicos con arreglo a ese Derecho, por lo que, conforme "al Derecho Quiritario seguirá siendo del dueño quiritario —**dominium ex iure Quiritium**—" según el texto de Gayo.

En segundo lugar, mantenido el derecho de propiedad en el propietario que no dio cumplimiento a las formalidades civiles romanas, el dominio seguirá en él —como expresa Gayo—, hasta que el adquirente que no adquirió el dominio, poseyendo la cosa —léase bien—, poseyéndola, "tu eam possidendo", y no teniendo la propiedad bonitaria, la adquieras por usucapión; pero una vez cumplida ésta será del poseedor de pleno derecho —"**pleno iure**"— tanto "**in bonis**" —la tenencia de la cosa— como con arreglo al Derecho de los Quirites —el dominio—, como si te hubiera mancipado o cedido **in iure**, esto es, transferido y adquirido por un modo solemne romano.

Con perfecta claridad, pues. Gayo ha expresado su pensamiento que está ajustado a la realidad jurídica romana (545); da a la locución "in bonis" —entre los bienes— el alcance de relación directa con la cosa que puede ser posesión y, en tal caso, convertirse en dominio quiritario mediante la usucapión cumplida.

123.—**La propiedad bonitaria es posesión.**—Del análisis que hemos hecho de los tres textos de Gayo, se debe concluir que la llamada propiedad bonitaria es lisa y llanamente posesión, careciendo aquélla de existencia jurídica, salvo el nombre que le diera Teófilo y que se ha mantenido hasta nuestros días.

(545) V. Nota 492.