

**"LA USUCAPIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR DE LA PROPIEDAD EN EL
DERECHO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL
LATINOAMERICANA"**

Primera Parte

**Joaquín Rafael Alvarado Chacón
Docente de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Carabobo.**

**Colaboración Especial
Realizado con la tutoría del
Doctor Jorge Melet Vidal**

RESUMEN

La propiedad para los Romanos y para los Legisladores Modernos, es y constituye el Derecho Real más amplio y completo sobre la cual, se impone la necesidad de estudiar las maneras en que la misma, puede ser transmitida, analizando en el presente trabajo de investigación, un modo muy particular por sus características, elementos y consecuencias, como lo es la Usucapio (Usucapión) o Praescriptio (Prescripción Adquisitiva).

Durante el desarrollo de esta Investigación se estudiarán los principios generales que regulaban a la Usucapio en el Derecho Romano, analizando su evolución histórica, su naturaleza jurídica, y finalidad que persigue esta institución en el parecer de los jurisconsultos pre-clásicos y posclásicos sentados y en los textos y recopilaciones de Iura así como, a la luz de la Legislación Romana que se evidencia directa e indirectamente en las Constituciones Imperiales contenida en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y por ende en el Corpus Iuris Civilis Justiniano.

Se analizan de igual manera los requisitos esenciales e indispensables para la procedencia de la Usucapio, como lo son: 1.- La Posesión pacífica y sin vicios; 2.- El Tiempo y las maneras de su interrupción; 3.- Las Cosas hábiles, vale decir, que cosas pueden ser usucapidas y el tiempo necesario, de donde se fundamentan los diversos tipos de usucapio o praescriptio adquisitiva dependiendo del tiempo de la posesión; 4.- La Justa Causa que debía prevalecer y 5.- La Buena Fe para usucapir.

Por último se determina la influencia que la institución de la usucapión ha ejercido en la Legislación Latinoamericana, como se evidencia en los Códigos Brasileño, Chileno, Mexicano, Puertorriqueño, Uruguayo y Venezolano analizados, que indirectamente reflejan la influencia de la Legislación Europea.

Palabras Claves: Propiedad, Usucapión o Prescripción Adquisitiva, Requisitos de Procedencia, Influencia en la Legislación Civil de América.

ABSTRACT

The property for the Romans and for the Modere Legislators is and constitutes the Real Law, broader and more complete upon which, that is imposed the need lo study the ways in which the same may be transmitted, analyzing the present work of investigation, a very particular way due

to its characteristics, elements and consequences, such as Usucapion and Acquisitive Prescription.

During the development of this investigation, the general principles regulating Usucapion in the Roman Law will be studied, analyzing its historic evolution, its juridical nature and purpose this institution pursues in the opinion of the pre-classic and post-classic knowledge established and in text and compilations of Iura as well as in the light of the Roman Legislation which is evidenced directly or indirectly in the Imperial Constitutions contained in the Gregorian Codes, Theodosian Codes and Hermogenian Codes and thus the Justinian Corpus Iuris Civilis.

The essential and indispensable requisites are also studied of the origin of Usucapion such as: 1.- Pacific Possession and without vices. 2.- Time and the ways to interrupt it. 3.-The Capable Things, that is, the things that can be Usucapianed and the necessary time, on which the diverse types of Usucapian or acquisitive Praescriptio are based, depending on the time of the possession. 4.- The Just Cause that should prevail and 5.- Good Faith lo Usucapian.

Lastly, the influence that the institution of Usucapian has exercised on the Latin America Legislation is determined, as evidenced in the analyzed Brazilian, Chilean, Mexican, Puerto Rican, Uruguayan and Venezuelan codes that indirectly reflect the European Legislation.

Key Words: Property, Usucapia or Usucapian, Acquisitive Prescription, Requisites of Origin, Influence on the Civil Legislation of America.

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Propiedad constituye y ha constituido durante el decurso de los tiempos, el derecho real por excelencia sobre la cosa, el más amplio y que le permite al titular del mismo el ejercicio de acciones y recursos contundentes y completos para su defensa y salvaguarda. El Ius Utendi, Fruendi y Abutendi, tal como se define en las Fuentes Romanas y Post-Romanas y en las Escuelas de los Comentaristas y Post-Comentaristas, dá al titular la facultad de disponer de su derecho en el momento que quiera, siempre y cuando se cumplan con los requisitos y condiciones legales y contractuales del acto o negocio jurídico por el cual se transmite de un titular a otro, vale decir, que la propiedad en Roma y en las Legislaciones Jurídicas Modernas se puede transferir de diversas formas tales como la venta, la donación, la dación en pago, que constituyen a groso modo, los modos ordinarios de transferir la propiedad. Sin embargo, existen otros modos de transmisión o más bien de adquisición de la propiedad en donde si bien es cierto no intervienen los dos sujetos del acto o negocio jurídico, una persona por la posesión durante un determinado lapso de tiempo de un bien inmueble o mueble, puede adquirir la propiedad del mismo a través de modos extraordinarios o especialísimos por sus requisitos y condiciones de procedencia, dentro de los cuales tenemos a la Usucapión o prescripción adquisitiva tal como se conoce igualmente en la Ciencia Jurídica Moderna.

La Usucapión desde su aparición en el Derecho Civil Romano hasta la presente fecha ha sido objeto de profundos análisis; si miramos a la época romana, se podrá observar la incuestionable controversia que sobre ella la Jurisprudencia, mejor dicho, los Jurisconsultos, elucubraron no solo en lo que respecta al concepto mismo, sino en cuanto a sus elementos, que de dos pasaron a seis, en el transcurso de los tiempos. Asimismo vemos que al lado de la obra jurisprudencial, encontramos la oportuna intervención de los Emperadores, entre los cuales se pueden citar a Constantino y Justiniano, sobre todo este último quien la diseñó a perpetuidad dándole el nombre de praescriptio longis temporis, y en ese aunar, nos dejó también la praescriptio longissimi

temporis, o sea, la prescripción trentanal que todavía aparece en muchísimas Legislaciones Latinoamericanas.

La Romanística Moderna, por su lado trata de purificar la Institución de la usucapio o praescriptio como quiera llamarse, removiendo todo aquello como dijera Windscheid, que fuera producto de mano no romana; y uno de los puntos todavía controvertidos, es el de determinar si constituye un modo originario o derivativo de adquirir la propiedad, por cuanto como asuma el Prof. Eduardo Volterra participa de acuerdo a su contenido de ambos modos, nosotros nos hacemos partidarios de la posición del Maestro antes citado, cual es de que se trata de un modo originario.

El presente Trabajo de Investigación consta de tres Capítulos. En el Capítulo Primero se desarrolla el concepto de usucapio en las Fuentes Romanas y en la Doctrina Moderna, realizándose una crítica al concepto jurisprudencial que aparecen en las diferentes Fontes Romana, que resulta de gran importancia para el análisis de su invalidez, naturaleza jurídica y evolución de este modo de adquirir la propiedad.

En el Capítulo Segundo se encuentra el análisis de cada uno de los requisitos necesarios para la procedencia de la usucapio o prescripción adquisitiva como modo de adquirir la propiedad: 1) Possessio; 2) Tempus, 3) Res Habilis, 4) Iusta Causa o Iusto Titulus y 5) Bona Fides.

El Tercer Capítulo se trata de un estudio comparativo entre la Legislación Romana reguladora de la institución de la Usucapio, con algunas Legislaciones Civiles de Latinoamérica, como es el caso de los Códigos Civiles Brasileño, Chileno, Mexicano, de Puerto Rico, Uruguayo y Venezolano, de donde se pudo evidenciar la lógica y claridad con que los Romanos trataron la usucapio o praescriptio y la influencia que el instituto de la usucapio ha ejercido y ejerce en el Derecho Moderno.

En la última parte de esta Investigación se encuentran las Conclusiones presentadas por el Autor, fundadas en los datos e información manejada, y en la metodología aplicada.

El presente Trabajo de Investigación aprobado con la mención de excelente a los fines de ascenso en el escalafón, por lo extenso del mismo aparecerá impreso en este Anuario en dos partes. En el correspondiente a este año aparecerán los dos primeros Capítulos referidos a las consideraciones generales sobre la Usucapio y los Requisitos de procedencia; y en el próximo, el tercer Capítulo que trata de la influencia en los Sistemas Jurídicos Latinoamericanos y las conclusiones de la Investigación.

CAPITULO I

LA USUCAPIÓN EN EL DERECHO ROMANO

1) CONCEPTOS:

1.1) FUENTES ROMANAS:

A) Ulpiano: Regla 19,8: "Por Usucapio alcanzamos la propiedad, tanto de las cosas mancipables como de las no mancipables. La Usucapio consiste en la adquisición de la propiedad por la posesión continua de las cosas durante uno o dos años; un año para las cosas muebles y dos para las inmuebles".

B) Ley de las XII Tablas, Tabla 5-6: "Los fundos serán adquiridos por usucapio, después de 2 años de posesión, las cosas muebles después de un año".

C) Gayo: Institutas 11,42: "La Usucapión de los bienes muebles se cumple al año, la de un fundo o de una casa en dos años. Así está dispuesto en la Ley de las XII Tablas."

D) Modestino: Digesto 41.3.3: "La Usucapión es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la Ley".

1.2) DOCTRINA MODERNA DE LA USUCAPIÓN O PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA:

a) Según Bonfante: "Modo por el cual la propiedad se adquiere mediante la posesión legalmente justificada y continuada también durante un período de tiempo legal".

b) Según Grosso: "Es la adquisición de la propiedad de una cosa por medio de la posesión, calificada legalmente y continuada por un período de tiempo legal".

1.3) CRÍTICAS AL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE LAS DEFINICIONES DE LAS FUENTES ROMANAS:

Estas definiciones, omiten de relevar el requisito de la justificación de la posesión y veremos, en cambio como en el Derecho Romano, siempre se ha advertido la necesidad de calificar la posesión útil a la Usucapión. Es pues altamente extraña, la afirmación que la Usucapión es *adiectio domini*, que, verbalmente quiere expresar que la propiedad se adquiere, después del decurso del tiempo, a la posesión. La lección del Digesto pudiera ser correcta sobre la base del texto de Ulpiano. Cuanto a la afirmación que la posesión debe durar por un tiempo determinado por la ley, que se lee en el texto del Digesto, ella verdaderamente no fue escrita por el Jurisconsulto romano. Él especificó, según las reglas del Derecho clásico, que la Usucapión se verifica con el transcurrir del tiempo previsto en un año y dos años. En cualquier modo las definiciones trascritas son defectuosas porque omiten en considerar el requisito de la calificación de la posesión, como hemos dicho con anterioridad.

Otros requisitos individualizan la Usucapión, además de la posesión, tanto en época clásica como época Justiniana, tal como analizaremos infra, pero desde ahora, es importante señalar que elemento esencial de la Usucapión, su *idea mater*, es la posesión, que continuada por un tiempo, que deferentemente se ha establecido tanto en el derecho clásico como en el Justiniano, se consolida en propiedad. La misma denominación de la Usucapión, no debe permitir dudas al respecto, *USUCAPIO* significa *CAPERRE USU*, es decir, *CAPERRE POSSESSIONE*, por cuanto *Usus* es la vetusta designación de la posesión, según puede leerse en Aulio Gelio, *Noches Aticas*. 6,10,1. "Basta esta cita para demostrar que pueda unirse la palabra *capió*, equivalente a *captio con usus*" y es que el verbo *Capere* significa en latín: tomar posesión de una cosa. En consecuencia, sin la posesión, la Usucapión es imposible, tanto que en todos aquellos casos, en los cuales la posesión esta excluida, tampoco la Usucapión puede operarse, lo cual esta afirmado en las fuentes, concretamente en Digesto 6,1,23,7: "Asimismo, si alguno hubiere edificado en suelo suyo con materiales ajenos, podrá ciertamente vindicar la casa, pero una vez separado los materiales los vindicará el primitivo dueño, aunque el edificio haya sido demolido pasado el tiempo de la usucapión, después de que hubiere sido poseído por un poseedor de buena fe; porque no se adquiere por usucapión cada uno de los materiales, aunque la casa se haga nuestra por el transcurso del tiempo".

2) FINALIDAD DE LA USUCAPIÓN:

La Usucapión tiene como finalidad el eliminar por el estado de incertidumbre, situación es de hecho que prolongadas en el tiempo pueden generar demandas o litigios tal como se decía de Cicerón en Procaecina, 26 Neracio: D. 41,10,5: "Se estableció la Usucapión de las cosas también por otras causas, concedida interinamente en razón de lo que poseemos estimándolo nuestro, á fin de que tuviesen algún término los litigios". Gayo: D. 41,3,1: "La Usucapión fue introducida por el bien público, á saber, para que el dominio de algunas cosas no fuese largo tiempo, y casi siempre, incierto, pues á los dueños les basta el espacio de tiempo establecido para buscar su propias cosas".

Ella equiparando la situación del poseedor calificado a aquella del propietario es de ayuda a cualquiera que pretenda sostener de ser propietario y excluye pretensiones ajenas sobre la cosa evitando de suministrar la demostración del propio derecho, remontándose hasta el primer propietario a título originario. Si debiera demostrar a la luz de principios el derecho de propiedad, bastaría que una sola de aquellas transferencias pudieran probarse como viciosas, para que todas las sucesivas transferencias fueran viciadas hasta el mismo. Esta prueba, en la practica, sería, de otra manera, difícil para no decir imposible y se trata de un caso de probatio diabólica y la situación de la mayor parte de los propietarios seria problemática. Esto es tan cierto en el Derecho Romano, en el cual, alguna categoría de cosas no podían transmitirse inter vivos, sino cumpliendo determinados requisitos formales; en defecto de estos, la adquisición era y permanecía viciada. El ejercicio de hecho del poder sobre la cosa aparece como el medio más idóneo a salvaguardar la situación de quien apareciese merecedor de protección, la posesión calificada fue el medio que sanó y conservó las transferencias defectuosas y todos los sucesivos actos de enajenación y adquisición de la cosa que hubieran sido de otra manera absolutamente inhábiles para hacer nacer un dominio quiritarario. Quien posee por un determinado periodo de tiempo, está exonerado de ofrecer cualquier otro medio de prueba de su propiedad.

3) NATURALEZA JURÍDICA DE LA USUCAPIÓN:

Discutida en doctrina su naturaleza jurídica se sostiene por algunos Juristas que la Usucapión debe ser contada entre los modos derivativos de adquirir la propiedad; para otros, es uno de los modos originarios. Los que sostienen la primera tesis, entre ellos el romanista Pietro Bonfante, señalan que los argumentos, de los cuales ordinariamente se hace uso para sostener lo contrario son poco sólidos, cuando observa "se dice que en la Usucapión falta verdaderamente la voluntad del propietario precedente, y no hay enajenación, se olvida que los modos de derivativos de adquisición no presuponen todos una enajenación, esto es, una transmisión voluntaria del dominio de un precedente titular a otro. Puede así mismo parecer que la adquisición sea originaria en cuanto no ocurre probar en juicio la propiedad del propio autor, más bien la Usucapión sirve para este fin; una relación adecuada se pide en la adquisición de la posesión, dado que en época clásica y justiniana, la Usucapión exige Justa Causa. Si no hay una sucesión jurídica en el sentido que se derive el propio derecho del antiguo propietario, hay una sucesión cronológica e inmediata, por cuanto efectivamente la cosa pertenece a otro hasta el ultimo momento de la Usucapión y cambia de propietario al instante en la cual la Usucapión se concreta. En fin la propiedad de la Usucapión se relaciona a aquella del antiguo propietario, está sujeta a los mismos limites, puede que perdieran el usufructo, perduran las prendas y las hipotecas que las gravan.

Le es poniendo mente a esta eficacia y al carácter exterior, en el cual el consentimiento del antiguo propietario, puede hacer presumir una renuncia, que los romanos han considerado la Usucapión casi como una enajenación y la han también comprendido entre los modos de enajenación junto a la Mancipatio, In Iure Cessio, y a la Traditio" (Pietro Bonfante, Corso di Diritto Romano Vol. 11. Diritti Reali págs 204-205). Otros autores, entre ellos Gianetto Longo, sostiene la opinión contraria; es decir, que la Usucapión es un modo originario y no derivativo. En efecto estas observaciones no son, con todo eso, convincente y afirma "especialmente nos parece probante, para sostener lo contrario, la circunstancia que es simple hecho de la posesión que justifica la Usucapión y que las fuentes no ponen jamás en relación el verificarse de este modo de adquisición con una relación con un precedente propietario ni tanto menos hablan de presunción de su consentimiento, lo que para el derecho romano puro, tiene claro significado; de otra parte, es difícil admitir que hayase podido presumir una renuncia, fingir una voluntad inexistente, la Usucapión se verifica aun contra el propietario que ignore la existencia del estado de hecho que conduce a la Usucapión y esto pone de nuevo en evidencia que los romanos no construyeron el instituto como modo derivativo de adquirir. El encontrar la Usucapión calificada como alienatio (enajenación) y mencionarla junto a la Mancipatio, a la Cessio in Iure no es la alegación de un argumento que baste para convencer que la Usucapión pudiese en relación con un vínculo con el precedente propietario de la cosa objeto de la Usucapión: no está probado que las fuentes hablen de enajenación solo para designar transmisión de propiedad o del derecho. No es tampoco conclusivo señalar que sobre la cosa usucapida perduran los gravámenes; estos fenómenos no son incompatibles con el carácter originario de la adquisición de la propiedad. No es convincente la consideración de la contemporaneidad entre cesación de la titularidad del precedente propietario y el inicio de aquella del nuevo, por cuanto la cesación del derecho del primero es motivo que pone la cosa, expectativa la inercia del precedente propietario en una situación idéntica a aquella de una cosa que se encuentra carente de cualquier titular, es como tal, ocupable" (Longo, Gianetto. Corso di Diritto Romano Diritti Reali, págs 157-158. Cedam Padova, 1962).

4) EVOLUCION DE LA USUCAPIÓN:

Antes de entrar a analizar los requisitos y efectos de la Usucapión, veamos su desarrollo histórico:

La Usucapión fue un instituto el cual era limitado a los ciudadanos Romanos y exclusiva a las cosas sobre las cuales podían tenerse Dominio Civil, siendo posteriormente regulado por la Ley de las XII Tablas, la norma decenviral ha sido reconstruida gracias a la opinión de Cicerón y Gayo en la definición antes transcrita y que reproducimos *usu auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annum* (Ley de las XII Tablas, Tabla 6,3), por lo que diera la impresión que ella se fundaba en dos elementos: la *possessio* y el transcurrir del tiempo, aunque hay concordancia en la romanística de afirmar de acuerdo a lo afirmado por Gayo en su *Institutas* 11,46 y Cicerón de *De Legibus* 1.2,1 y 11, 24,6,1, Aulo Gelio en *Noches Áticas* 11,18 y 17,7; el Código Decenviral excluía de la Usucapión además de las *res extras commercium*, el *iter limitare* de los fundos, el *forum sepulchri*, el *bustum*, las cosas *mancipi* de la mujer enajenadas *sine auctoritas tutoris*, las *res furtivae* y *vi possessae*, exclusiones que se mantuvieron en todas las épocas.

Ahora bien, retomando el *usu auctoritas* debemos expresar que la reconstrucción y la interpretación de este texto sigue generando discusiones entre la romanística, más, sin embargo

el fragmento significa que la posesión debía prolongarse por dos años en el caso de la adquisición de la propiedad de un fundo y para los otros casos, un año.

En lo que respecta a la expresión *usus auctoritas* esta es una *asyndeton* (figura retórica que según Diomedes y Charis, gramáticos latino y griego respectivamente, consiste en la omisión de conjunciones, para dar viveza, rapidez o energía a la frase) y entonces puede interpretarse la frase como alusiva a dos conceptos distintos y coordinados. El texto, expresándose así quería establecer igualdad de duración para el *usu* y la *auctoritas*, la cual es, la garantía que debía ser prestada por el vendedor. Esta garantía que tutelaba al adquirente debía tener la misma duración del proceso necesario para la adquisición por *Usucapción* en cuanto transcurrido tal período de tiempo, la verificada *Usucapción* ponía al adquirente al reparo de cualquier molestia. Nótese que este paso es la prueba que la forma que designaba la posesión es *usus*. La *Contraposición* que la ley de las XII Tablas crean entre fondos y las "otras cosas", vienen, en el fondo a coincidir con la distinción entre cosas inmuebles y cosas muebles. Basta leer en efecto a Gayo I, 11,42, el término "fundo", utilizado en la Ley de las XII Tablas comprende también las *aedes*: casas o edificios, las *ceterae res* comprendían las cosas muebles, la herencia, la *manus* sobre la mujer. En época clásica, la *Usucapción* de las «otras cosas» se limitó a las cosas corporales muebles porque la *Usucapción* anual no fue admitida para otras cosas o derechos. La exclusión de la *Usucapción* a favor de los extranjeros está expresa en una máxima de la ley de las XII Tablas VI 5: *adversus hostem aeternas auctoritas: contra el extranjero, eterna garantía, que al decir de Silvio Meira, Corso de Direito Romano* pág. 93 Edif. Saravia Sao Paulo 1975, se traduce como: "Que o estrangeiro não possa jamais adquirir pela posse um bem pertencente a cidadão romano". Esta norma no puede tener el significado, como es sostenida por algunos, de establecer reglas de conductas dictadas por el Derecho Internacional o por reglas de derecho bélico. Esta interpretación, dada la época a la cual se remonta la norma de las XII Tablas está descartada. La *Usucapción* en el Derecho Clásico, además de los dos principios del Derecho Arcaico, exige dos nuevos requisitos: La *Iusta Causa* y la *Bona Fides*. Asimismo, el instituto de la *Usucapción* en esta época, recibe el aporte de otro medio jurídico: la *praescriptio longi temporis*, cuya fecha de introducción a la institución, es desconocida, al punto de que en Gayo no se habla de ella y entonces es necesario sostener que ella, en sus tiempos, todavía no fuese ni observada ni aplicada, las primeras menciones son de la época de los Severos que deben haber mencionado oficialmente una *praxis* provincial determinando los límites y requisitos. Un *Rescripto* de la Septimio Severo y Caracalla referido en dos Papiros, uno de Berlín BGU 267 DC (29-12-267) y otro de Estrasburgo 22, expresan la más antigua prueba llegada hasta nosotros.

Papiro BGU 267: "Imperator Caesar..... omissis.... longa possessionis praescriptio eis qui iustam causam habuerunt et sine ulla controversia ni possessionem fuerunt, adversus eos qui in alea civitate degunt annorum XX spatium firmatur, adverso eos vero qui in aedem, annorum decem"

Papiro Estrasburgo 22: "Iustam causam habentibus et sine ulla controversia in possessionibus manentibus longi temporis praescriptio adversus dominos in alea civitatis degentes post viginti annos conceditur, adverso dominus in aedem civitatem post decem annos".

De la *longi praescriptio temporis*, se encuentran: A) En el Código una Constitución de Severo y Caracalla, la cual no tiene fecha C. 7.33.1 "Cuando, después de promovida y abandonada la cuestión, los bienes hubieren pasado con buena fe a nuevo dominio, y de esto hubieran transcurrido sin interrupción otros 20 años no ha de ser molestada la persona que en la actualidad posee, la cual así como no se aprovecha de la accesión del anterior dueño" y B) En el Digesto opinión de Jurisconsultos de la época de los Severos:

- A) Modestino D.44.33: "Es evidente que la prescripción de larga duración tiene lugar tanto respecto á predios como respecto a esclavos".
- B) Marciano D.44.3.9: "Se dispone en algunos Rescriptos del Divino Antonio el grande, que tratándose de bienes muebles tenga lugar la prescripción de larga posesión."
- C) Paulo S.5.23: "Longiantem temporis praescriptio inter presente continui decenni spatio, inter absentes vicenni comprehenditur: También la praescripción longis temporis puede entre presentes por una duración de un decenio, entre ausentes, una veintena".
- D) Justiniano 1.2,6,7: "Lo que, sin embargo, sucede más fácilmente respecto de las cosas que se contienen en el suelo: como si alguno adquiriese sin violencia la posesión de un lugar vacante por ausencia o negligencia del dueño, ó por que éste hubiere fallecido sin sucesor; el cual, aunque posee de mala fe porque sabe que había ocupado un fundo ajeno, sin embargo si lo hubiese transferido á otro que lo recibiese de buena fe, la cosa podrá ser adquirida para éste por larga posesión, porque no recibió algo hurtado ni poseído por violencia. Ha sido abolida, pues, la opinión de algunos antiguos, que juzgaban que también se cometía hurto de un fundo ó de un paraje, y en algunas constituciones imperiales se prevee á utilidad de aquellos que hubieren poseído bienes afectos al suelo, á fin que no deba quitarse á nadie una larga é indudable posesión"

El instituto de la praescriptio es de origen Griego, en el ordenamiento procesal griego era vigente una excepción, con la cual el demandado podía oponer al reivindicante el largo período de tiempo, en el cual él estaba en relación de hecho con la cosa.

Los dos Papiros antes nombrados BGU del 267 DC y el Estrasburgo del 200 DC, hacen mención como se señala arriba a la Constitución de Severo y Caracalla que acuerdan un medio makra kronos paragrafé; latinamente hablando: praescriptio longis temporis, a favor de aquel que haya poseído con justa causa y sin oposición por 10 ó 20 años, un inmueble de frente a las pretensiones ajenas. Otra constitución de Caracalla D. 44.3.9, antes transcrita, declara la aplicabilidad del instituto a las cosas muebles. Tal defensa fue idónea a la tutela del detentador para los fundos situados en territorio provincial. Hemos en efecto, ya visto que en la Usucapión no podía valer más que por fundos situados en suelo Itálico y no para aquellos sitios en terrenos provinciales, por cuanto carecían de la condición de dominium pex iuris quiritium.

En consecuencia, la longis temporis praescriptio, era una excepción. El requerimiento del tiempo era tal como hemos expresado, diversamente determinando entre presentes y entre ausentes lo que significaba distinguir, como dice Alibrandi: entre habitantes en la misma ciudad y provincia y entre personas lejanas. Se trataba, pues, de una excepción que tenía eficacia meramente negativa. Cuando los extremos para la oponibilidad de tal excepción recurrían, se constataba la existencia de la situación de hecho alegada pero el instituto no tenía el carácter adquisitivo del dominio como la Usucapión; Se comprende que esta consideración, exacta teóricamente, es prácticamente irrealizable en cuanto al decurso de 10 ó 20 años, venía, en substancias, a equiparar al poseedor protegido por la excepción, al poseedor, que hubiese cumplido los términos de la Usucapión romana.

La praescriptio longis temporis surge entonces con mucha verosimilitud por las necesidades del mundo provincial y conforme influencia Griega, parece, entonces, poder sostenerse que ella fuese originariamente aplicable a los solos fundos provinciales, rústicos y urbanos. Véase C.7.35.3 (4-09-290 DC): "Non es incognitum, id temporis, quod in minoris aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non computari. Ea enim tunc currere incipi, quando ad maiorem actatem dominus re; prevenerit: No se ignora, que el tiempo transcurrido en la menor edad no se computa para la prescripción de largo tiempo. Porque ésta comienza á correr cuando

el dueño de la cosa hubiere llegado á la mayor edad", de la cual podría deducirse en base al Principio que «donde no distingue el Legislador el intérprete no puede distinguir» la aplicabilidad del instituto, en época de Dioclesiano, también a los fundos itálicos. En 13.44.3.3 y 9, arriba transcritos afirman que el instituto fue extendido a la posesión de cosas muebles, lo que confirmarían que el caso originario de aplicación de la *praescriptio longis temporis* haya sido aquella de los inmuebles. Cuando la ciudadanía romana fue concedida a todos los súbditos del Imperio, la extensión perdió su fundamental motivo de ser.

Se debe admitir que la excepción fue aplicable a partir de tal época exclusivamente a los fundos provinciales. La reserva de la *praescriptio longis temporis* a los solos inmuebles en el derecho Justiniano, prueba por el origen provincial del instituto, en cuanto la razón principal de la norma es sin duda la situación de las cosas antes de Justiniano, por cuanto en el Imperio de Oriente no existía de suyo más que fundos provinciales. En la época de Justiniano se genera una reforma como hemos visto, la situación jurídica que se había venido creando era la siguiente: A las cosas muebles era aplicable en Italia y las provinciales, sin ninguna distinción, la Usucapión de un año; A las cosas inmuebles in solum italicum, la Usucapión bienal; a los inmuebles no itálicos, la *praescriptio longis temporis*.

El Emperador Justiniano reformó esta materia con dos Constituciones una de Diciembre del año 529 DC (C.7.39.8 pr.) y la otra de Noviembre del año 531 DC (C.7.31.1) que, por otra parte, consagran la práctica ya establecida en sus tiempos.

Código 7.39.8 pr.: "Mandamos, que si á título de compra, ó de donación ó de cualquier otro contrato hubiere alguien poseído de buen fe por diez o veinte años una cosa, y adquirido para sí la excepción de largo tiempo contra sus dueños ó contra acreedores que pretendan su hipoteca, y después hubiere perdido por accidente fortuito la posesión de esta cosa, también él pueda tener acción para reivindicar la misma cosa. Porque esto, si alguien las examinare convenientemente, lo disponían también las antiguas leyes".

Código 7.31.1: "Por ello creemos, que, así como la excepción de un año, se debe transformar por la presente ley también la usucapión aún respecto á los bienes raíces de Italia, que son ó se entienden que son inmuebles, de suerte que también en cuanto á ellos corran solamente los términos de diez, ó veinte, ó treinta años, y de las otras excepciones, quedando suprimidas en absoluto aquellas tales perentoriedades".

Institutas de Justiniano, 2.8 pr: "Acontece algunas veces que el que es dueño no puede enajenar, y por el contrario, que el que no es dueño tiene facultad para enajenar una cosa. Porque la Ley Julia, el marido tenía prohibición de enajenar contra la voluntad de su mujer un predio dotal, aunque fuera suyo por habersele dado por causa de dote: lo que nosotros, corrigiendo la Ley Julia, hemos mejorado. Pues esta Ley tenía aplicación tan solo á los bienes inmuebles que radicaban en Italia, y prohibía las enajenaciones que se hacían contra la voluntad de la mujer, y hasta las hipotecas aún con su consentimiento, á una u otra cosa pusimos remedio, á fin de que, también sobre los inmuebles que se hallan sitios en el territorio de las provincias, esté prohibida la enajenación ó la obligación, y no proceda ninguna de ambas cosas, ni aún consintiéndola las mujeres, para que la fragilidad del sexo femenino no redunde en perjuicio de los bienes de ella".

La primera Constitución tuvo el fin de transformar la *praescriptio longis temporis* en un modo de adquirir la propiedad, esto es, le quitó el carácter meramente procesal que había tenido originariamente, la segunda, fusiona la *praescriptio longis temporis* con la Usucapión en un solo y único instituto, aboliendo contemporaneamente la distinción entre *ager publicus* y *ager provincialis* y determinó que el tiempo necesario para prescribir, vale decir, usucapir, fuese, para

los inmuebles, de 10 años entre presentes y de 20 entre ausente y para las cosas mueble de 3 años.

Formalmente, el término Usucapión fue sin embargo, conservado para designar la prescripción mobiliaria, mientras que para la prescripción inmobiliaria, se continuó adoptando la designación longis temporis praescriptio.

CAPITULO II

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA USUCAPIÓN

Las vicisitudes de su historia han hecho que la Usucapión del derecho justiniano resulta de un complejo de requisitos, alguno de los cuales tienen el mismo fin, pero representan estratificaciones de diferentes épocas, y, no raramente, se complican a su vez de varios elementos. Tales requisitos son. 1) La Posesión o Possessio, 2) El Tempus, o sea, la duración del proceso, 3) La Capacidad de la cosa o Res Habilis, bajo cual nombre se reentendían también los límites objetivos de la Usucapión heredada del antiguo derecho, 4) La Iusta Causa o Iusto Titulus y 5) La Bona Fides. Estos requisitos, vienen enseñados en las escuelas mediante el siguiente artificio nemotécnico: Res habiles, titulus, fides, possessio, tempus.

1) POSSESSIO:

Es necesaria para la Usucapión la posesión verdadera de la cosa, esto es la detentación material de ella con el ánimo de tenerla como propia, no en balde la definía en sus Paráfrasis a las Institutas de Justiniano, el gran Teófilo como "detentatio rei cum animus dominantis" (Teófilo, Paráfrasis).

Las cosas no susceptibles de posesión, como son aquellas que han perdido la existencia individual por haber llegado a formar parte de otra por accesión, no pueden ser usucapidas; con la Usucapión del edificio no se adquiere igualmente por Usucapión la propiedad de los otros materiales, de suerte que demolido el edificio, el propietario de los materiales puede reivindicarlos. Sin embargo por vía excepcional en el derecho justiniano fue reconocido que la Usucapión ya iniciada no cesa por el hecho de la unión, cuando falten pocos días, si trata de materiales edificados, y haya lugar en general, a pesar de la accesión, si el todo, es objeto mueble. La serie de leyes esta concorde en el sostener que la unión de una cosa con otra, viniendo a una a constituir parte de la otra hace cesar la posesión independiente y la usucapión sobre la parte y esto es así por la accesión a cosas inmuebles, véase Scaevola D. 41.1.60: "Ticio hizo un granero nuevo con tablas móviles para trigo y lo puso en el predio de Seyo, se pregunta así el granero se hará de este. Se responde, que según se propone, no se hizo de Seyo" como para las cosas muebles. Ulpiano D.10.7.4.7.1: "Si hubieses adaptado a tu carro una rueda mía, quedas sujeto a la exhibición: y así lo escribes Pomponio, aunque en este caso no poseas civilmente". Las dos derogaciones, aquella limitada relativa a la inaedificatio y aquella general relativa a las cosas muebles están confirmadas en Pomponio D.41.3.30 y Javoleno D.41.3.23.

Pomponio; D.41.3.30: "Se pregunta, si la mezcla que se hizo de algunas cosas interrumpe la anterior usucapión de cada una. Más hay tres géneros de cuerpos: uno que está contenido por un solo espíritu y que en griego se llama unido, como el hombre, el madero, la piedra, y otras cosas semejantes; otro, que consta de componentes, esto es, de varias cosas unidas entre sí, que se llama conexo, como un edificio, una nave, o un armario; y el tercero, que consta de partes

distintas, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados a un solo nombre, como un pueblo, una legión, o un rebaño. El primer género no admite cuestión respecto a la usucapión, el segundo y tercero la admiten".

Javoleno, D.41.3.23: "El que compró una casa no creo que posea otra cosa más que la misma casa; porque si se entiende que posee cada cosa, no poseerá la misma casa; porque separada las cosas de que consta la casa, no se podrá entender que existe la totalidad de la casa; añádase á esto, que, si alguno dijere que posee cada una de las cosas, será necesario que diga que tendrá lugar la usucapión con la posesión de la superficie por el tiempo establecido en las leyes, y que el suelo lo usucapiría por otro mayor; lo que es absurdo, y de ninguna manera conforme al Derecho Civil, que una sola cosa sea usucapida en diversos tiempos, por ejemplo, que constando una casa de dos cosas, de suelo y superficie, el conjunto de ellas cambie en cuanto á la posesión del tiempo de todas las cosas inmuebles".

2) TEMPUS:

El tiempo requerido para usucapir es de 10 años entre presente, esto es, habitando en la misma provincia, según la doctrina acogida por Justiniano y de 20 años, entre ausentes, en orden a las cosas inmuebles. Justiniano dispuso un cómputo de 2 años de domicilio diverso pero continuo por un año de domicilio común y viceversa un año de domicilio común por 2 años de domicilio diverso, así está establecido en la novela 119, cap. 8 leamos al Emperador. "Relativamente a la prescripción de 10 años creemos útil disponer lo siguiente: Que si acontece que aquel contra quien se va a adquirir la prescripción ha estado presente una parte de los 10 años y ausente la otra, se añadan al decenio tantos años más, cuantos dentro el mismo hubiere durado la ausencia. Cuanto llevamos resuelto por lo referente a la prescripción temporal tendrá efecto no para lo pasado, sino para lo futuro, es decir, en todos los negocios posteriores a la presente ley". Para las cosas muebles el término es de 3 años. El computo del tiempo, es, sostenemos el llamado computo civil que calcula por días enteros, no ya momentum a momentum (computo natural) con las mitigaciones en uso, cuando se trata de adquisición de derechos que el último día se calcula en su integridad, aunque apenas se haya iniciado, moderación expresa con el conocido aforismo *dies coeptus pro completo habetur*: el día comenzado se tendrá como realizado; en efecto, veamos a Venuleyo D.44.3.15 par: "se practica la usucapión aunque la cosa se haya poseído un instante en el último día, esto no obstante se cumple el tiempo de la usucapión y no es necesario, que pase todo el día para que se cumpla el tiempo determinado".

Ulpiano en D.41.3.6: "En las usucapiones no se espera que pasen todos los instantes, sino a que llegue el último día" y en D.41.3.T " Por lo cual el que comenzó a poseer a la sexta del día de las calendas de Enero, completa la usucapión a la hora sexta de la noche de la víspera de las calendas de Enero". Clasificando esto, Paulo en D.2.12.8 afirma: "Según la costumbre de los romanos el día comienza desde la media noche y finaliza en la media siguiente; y así todo cuanto se hizo en el término de estas veinticuatro horas, esto es las dos medias noches y el día intermedio, es lo mismo que si se hubiera hecho en cualquier hora del día".

La interrupción de la posesión interrumpe la Usucapión. De acuerdo a los comentaristas hay dos tipos de interrupción: natural y civil, términos estos desconocidos para los romanos. La interrupción, tiene el nombre de *USURPATIO*, Paulo en D.41.3.2, la define como la "Interrupción de la Usucapión". La interrupción natural, dicen los Glosadores se tiene cuando por cualquier causa, expulsión, alquiler al verdadero propietario, manumisión del esclavo, etc, la posesión viene efectivamente perdida tal como afirma Gayo en D.41.33: "Se interrumpe la

posesión natural cuando alguno es violentamente despojado de la posesión o se le arrebató alguna cosa, en cuyo caso no solo se interrumpe la posesión respecto del que arrebató sino de todos y nada importa que el que usurpó sea dueño o no y tampoco importa que alguno posea como dueño o por causa lucrativa"; Igual, si lee en Javoleno D.41.3.21 (caso de arrendamiento); Juliano D.41.3.33.5 (caso perdido) Juliano D.41.2.39 (caso de secuestro); D.13.7.4 (caso de venta), Scaevola D.41.6.5 (caso donación). Caso particularmente interesante es lo que se plantea en las fuentes respecto a la interrupción que se deriva de la cautividad por guerra en cuya hipótesis ni seguirá el postfminio. Ayuda a restituir la antigua posesión, pero solo puede socorrer la norma por la cual se continua la posesión de las cosas tenidas por los esclavos en su peculio, así leemos en Juliano D 49.15.223: "las cosas que poseen los esclavos de los que están cautivos, como pertenecientes a su peculio , no tienen dueño cierto , porque si sus dueños volviesen del cautiverio, se entiende que los hicieron suyos y si muriesen estando cautivos, por la Ley Comelia pertenecerán a sus herederos"; Labeon D.49.15.29: " Si volviste del poder de los enemigos, mientras estuviese cautivo no pudiste adquirir por Usucapión; Paulo dice, que si tu esclavo poseyese alguna cosa perteneciente a su peculio, mientras que estabas en aquel estado también lo podrás usucapir en aquel tiempo, porque estas cosas las solemos usucapir ignorándolo y de este modo, se suele aumentar la herencia por el esclavo hereditario antes de nacer el póstumo o antes que se haga adicium de la herencia". Paulo D.41.3.15, lo expresa igualmente. Papiniano D.41.3.44.7.

La posesión naturalmente interrumpida no ayuda aun retomada y la nueva posesión que comienza debe reunir a su vez los requisitos aptos para la Usucapión, lo que tiene importancia en cuanto a la buena fe que exige solamente al comienzo de la Usucapión, tal como se lee en Juliano D .1.47.4: El que en buena fe compra el fundo ajeno y pierde la posesión de el y después lo recupera cuando sabe que es ajeno, no lo usucapirá por largo tiempo, porque el principio de la segunda posesión no carece de vicio y no es semejante al que el tiempo de la venta juzga que el fundo es del que la vende y al tiempo de la entrega sabe que es ajeno; porque una vez perdida la posesión, es necesario mirar al tiempo que se recupera; por lo cual si se volviese el esclavo a tiempo que el comprador sabe que es ajeno, no tendrá lugar la usucapión, aunque antes que se vendiese se puede usucapir. Lo mismo se dice que el que fue echado del fundo y recuperó la posesión por interdicto cuando sabía que era ajeno". Paulo en D.41.3.15.2 señala: "Si el que poseía con buena fé, habiendo perdido la usucapión antes de la posesión, conociese que la cosa era ajena y recuperase por segunda vez la posesión, no podrá usucapir porque es viciosa el principio de la segunda posesión".

Un modo civil de interrupción no existía precisamente para la antigua Usucapión, si bien en un texto de Cicerón De Oratores 3.28.110, habla de interrupción o usurpatio simbolica, que se habría rompiendo una rama de un árbol en el fundo sed ex de iure civil surculi deformigendo usurpare videatur". Asimismo la acción intentada, esto es la litis contestatio no interrumpía justamente la usucapión que tenía a favor del demandado, pero en caso de victoria el demandado que la había cumplido inter mora litii, era condenado a transferir aplicando los debidos modos la propiedad usucapióa al demandante, así se establece en Papiniano, Fragmenta Vaticana 12, Ulpiano, Regulae 17.1; Gayo en D.6.1.18: " Si el poseedor usucapió al esclavo después de la contestación al juicio, deberá restituirlo y por ello ha de dar caución de dolo, pues puede tenerse que de en esclavo la prenda o que lo manumita".

En cambio la praescriptio longis temporis era interrumpida por la litis contestatio así podemos leer, en C. 4.32.5; 7.30.3: "Si con mala fe detentó Antioco á sabiendas un esclavo suyo, por razón del vicio de origen la usucapión no te privó de tu demanda contra su sucesor, aunque éste posee

de buena fe" y 7.33.1: "Cuando, después de promovida y abandonada la cuestión, los bienes hubieren pasado con buena fe a nuevo dominio, y de esto, hubieren transcurrido sin interrupción otros veinte años, no ha de ser molestada la persona que en la actualidad posee, la cual, así como no se aprovecha de la accesión del anterior dueño, que fue demandado, así tampoco ha de tener impedimento porque á éste se le haya promovido controversia. Más si fue inquietado el anterior poseedor, aunque después haya permanecido largo tiempo en la posesión sin ninguna oposición, no puede, sin embargo, utilizar la prescripción de largo tiempo. Lo que también se debe observar respecto á la república" y Nov. 119. C.7: "Enajenando la cosa el poseedor de mala fe, deja de tener lugar la prescripción de largo tiempo, si el verdadero dueño ignorase su derecho y la enajenación que se hizo; y si espera, en consecuencia, la excepción de treinta años. Más si sabiéndolo el que creía que le competían aquellas cosas, no hubiere contestado la demanda dentro de diez años entre presentes y de veinte años entre ausentes, el poseedor las tendrá firme amparado en la prescripción"; y en tiempo de Justiniano por la mera protesta.

Ahora bien, todo lo referente a la Usucapión y a la praescriptio fueron incluidos en la Compilación, lo cual ha generado discusión entre los romanistas: a) Puchta y Brinz niegan desde el punto histórico la antinomia, en cuanto reduce los textos de la praescriptio para significar que aquellos que dicen los textos de la usucapión. Esfuerzo vano, ya que existen textos que niegan y afirman la interrupción; b) Demburg presenta a los fines de conciliar la antinomia, una doctrina intermedia: En el derecho justiniano la acción interrumpe ciertamente la Usucapión, pero los textos dan a esta interrupción un sentido relativo, esto es, a favor del actor solamente; otros entre ellos, Fadda no se preocupan mucho y adoptan la posesión más cómoda: Aplicar a los muebles los principios de la Usucapión y a los inmuebles los principios de la praescriptio longis temporis. Pero esta teoría que interpreta así la reforma de Justiniano ha sido rechazada por la romanística, en cuanto el emperador justiniano ha entendido de fundir los dos institutos. Ciertamente en esta consideración, una diferencia en orden a los muebles no sería absolutamente inverosímil, porque en efecto la Usucapión relativa a los inmuebles quiere ser menos facilitada que no aquella relativa a los muebles y admitir esta diferencia es un remedio extremo en cuanto no está en armonía con el pensamiento general de la reforma de Justiniano. Pienso que en la posesión correcta estén quienes siguen la opinión dominante por la cual se aplican sin duda, los principios de la praescriptio longis temporis, esto es; se admite la interrupción civil. El espíritu del instituto tiene en la fusión su prevalecía; más el argumento fundamental por lo decisivo es que el emperador en la Constitución del año 531 C. 7.40.2, equiparando la declaración (delante el Gobernador o en defecto delante al Obispo, al defensor de la ciudad o en fin mediante avisos al público firmados por tres tabularios o tres testigos al cumplimiento de la acción, unifica la Usucapión y la prescripción, concluyendo así su largo discurso precisamente como se observa en C.7.40.2.1: "Bastando esto para interrumpir la prescripción tanto si es de tres años, como de un tiempo más largo, como treinta o cuarenta años. Quedan pues en vigor disposiciones de las antiguas leyes y las nuestras que se refieren a la prescripción de largo tiempo, o de treinta o cuarenta años".

3) RES HABILIS:

Cosa idónea para ser usucapida, vamos a utilizar el argumentum a contrario sensu, para que determinando cuales cosas no pueden ser usucapidas podamos señalar cuales si. En efecto, existen las cosas no idóneas para ser usucapidas, esto es, sustraídos a la Usucapión o prescripción adquisitiva en modo absoluto. Propiamente el Derecho Clásico no conocía fuera de las res

extracomercium, sino algunas prohibiciones objetivas de naturaleza ética, constituyendo las barreras primitivas de la Usucapión, a fin de que ella no constituya una inicua lesión; el derecho nuevo de la praescriptio longis temporis ha creado una serie numerosísima de prohibiciones, inspirada en los mas diversos motivos, pero todos conforme a la tendencia nueva del Derecho Romano Helénico, que no aborrece, al decir del Contardo Ferrini, como el Derecho Clásico, de los vínculos comerciales.

Analicemos las dos vertientes al respecto:

I.- En principio son para colocar las res extracomercium tanto las de Derecho Divino: sacrae, sanctae, religiosae como las de Derecho Humano communi, publicae, universitatis, sustraídas a la Usucapión como a cualquier adquisición, en cuanto no son susceptibles de propiedad. Se vincula a las extra comercio también la prohibición antigua de la Usucapión de los "cinco pies" al confín de los fundos limitados, esto es, el iter limitare. La Ley de las XII Tablas y la Ley Mamilia, que retoma la prescripción decenviral, ordenaba un juicio especial en orden a la controversia define este juicio particular fue abolido en la época romano helénica, tal como se prescribe en una Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (Junio 392 DC) que textualmente reza: "Estando abolida la prescripción de los cinco pies (es de señales que esta medida aparece en D.10.1.13 y en la Ley de las XII Tablas, 8-3) puede intentarse la acción relativa a los límites o a la capacidad de los predios". Justiniano ha en una cierta medida restablecido el sistema decenviral, excluyendo de la controversia sobre los confines, la praescriptio longis temporis y es siempre admitida todavía la praescriptio longissimi temporis o extraordinaria, interpretando una Constitución de Diciembre del 392 DC, de Teodosio Arcadio y Honorio, cual dice. "A fin de evitar todo atentado y toda maquinación, ordenamos que en las cuestiones de límites no tenga lugar la prescripción de largo tiempo sino únicamente la de treinta años".

II.- La verdadera prohibición relativa a la Usucapión, es aquella que concierne a las cosas robadas: res furtivae.

Esta es la única prohibición sancionada por la ley de las XII Tablas, la cual permanece en el Derecho Justiniano. Ella es atribuida ora a la luz de las XII Tablas, ora a la Ley Atinia: Gayo Instituta 1125.49 y 50; Justiniano, Instituta 2.6.2 a 6).

La relación entre la Ley Atinia y la de las XII Tablas es vivamente discutido. El texto de ella ha llegado hasta nosotros a través de Aulio Gelio: "Quod subrutum eris eius aeterna auctoritas esto: si ha sido robada una cosa, la acción legal será eterna" (Noches Áticas Libro 17. Cap. 7.19.) Aulo Gelio juzga que la Ley Atinia no haya hecho otra cosa que repetir el precepto decenviral, salvo a agregarle como resultado las Fuentes (Paulo D.41.3.4.6: "lo que dice la Ley Atinia que las cosas hurtadas no se pueden usucapir si no vuelven al poder de aquel a quien se la hurtaron, se ha de entender de esta forma, que deben volver al dominio de su dueño; pero no al de aquel a quien se le ha hurtaron; este supuesto, si se les hurtaron al acreedor o al que las tenía en comodato, deben volver al dominio de su dueño". Igualmente, Labeon 13.41.3.39; Juliano 13.41.3.33 pr. y 2; Ulpiano 13.50.16.13.2), las mitigaciones relativas a la posible purgación de la furtividad. Voigt, sostiene que "La ley Atinia haya restablecido el equilibrio roto por la Ley de las XII Tablas, entre el uso y la auctoritas en orden a las cosas furtivas en cuanto las XII Tablas habrían por cierto, sancionado la prohibición en orden al usus, pero no así en atención a la auctoritas, que entonces viene a cesar según la norma general, en el año dejando al comprador indefenso" (Legge XII Tavole T.11 Pag 207. Edizioni Sampoelesi 1930.Roma). Esta opinión, podía apoyarse en Cicerón, tópicos 4-23 cuando dice: "Auctoritas fundi bienium est sit etiam

aedium... Ceterarum rerum omnium quarem annus est usus". Pierre Esmein referido por Henri Levy Bruhl, cree que auctoritas es sinónimo de propiedad y por lo tanto puede tener efecto sobre las cosas robadas o tomadas al enemigo; Rudolf Von Ihering por su parte, apunta que la Ley de las XII Tablas se refería solo a las cosas mancipables y la Ley Atinia, extendía la prohibición a las no mancipables, por lo que le da a la prohibición un carácter objetivo.

La furtividad del objeto, puede dar pie a muchas dudas, pero en general, la solución de estas dudas atañen a la Teoría del Hurto, más que aquella de la Usucapión, tal como se desprende de 13.41.12.13, Paulo 13.47.2.20.1, Modestino D. 41.4.5 y en las Constituciones de Antonino C.7.26.1; Alejandro C.7.26.23; Diocleciano C. 7.26.7 y 7.27.2. Atinente, en cambio, al tema de la Usucapión es la cuestión acerca de los productos de las cosas hurtadas. La regla es que ellas como cosas independientes, no son hurtadas, salvo que no hayan sido percibidas por el ladrón o separadas por él de la cosa madre, porque entonces naturalmente la sustracción del ladrón la convierte en furtivas: así es de la lana esquilada por el ladrón sobre las ovejas robadas, de la leche ordenada por el ladrón, etc.

El principio conceptus pro iam nato habetur ejercita también aquí su influencia en sentido no favorable al poseedor y hace así que el parto de la esclava sea considerado como furtivo, no solo si pare en casa del ladrón sino también si la concepción ha sucedido en el poder del mismo ladrón y al ladrón aparece asimilado su heredero, en cuanto dicen las fuentes con el reemplazar in ius defuntis se reemplaza en los vicios de la posesión. Por tanto, a fin de que el parto no sea furtivo, conviene que la esclava haya concebido y parido en poder del tercero adquirente de buena fe, esta hipótesis está consagrada en numerosos textos, para la cual citaremos algunos: D. 41.3 4.15 (Paulo); 13.41.3.10,2 (Marciano); 13.41.3.33 (Juliano); 13.6.2.11.2 (Ulpiano); 13.47.2.48,5 (Ulpiano); 13.1.1.5.26 (Juliano); 13.41.10.4 (Pomponio). La Constitución de Dioclesiano en C.6.2.12 habla solamente de nacimiento: "el raptor de una esclava no puede prescribir por Usucapión los hijos de ésta nacidos". Pero naturalmente con esto no se contradice con los textos citados, tanto mas tratándose de un Rescripto que responde a un caso especial. El poseedor debe ser de buena fe, también al nacimiento, que señala en cierto modo el inicio de la posesión de la cosa antónima ved Paulo 13.41.3.4.18 y Juliano D.41.3.3pr. Se puede dudar, solamente si sea furtivo del parto concebido y nacido en poder del heredero del ladrón, los textos se extienden con facilidad en el sentido que el heredero no puede usucapir por razones subjetivas, en cuanto sucede en la mala fe, no por vicios objetivo de la furtividad. En cuanto a la exigencia de la buena fe, en caso de compra de cosa ajena, discrepa la jurisprudencia en cuanto al momento de exigirla, Sabino, Casio y Ulpiano, señala al momento de la entrega 13.41.3.10 y Pomponio en 13.41.10.4., exige la buena fe perpetua. Una cuestión extraña concerniente más bien en el título de adquisición, es si el dueño, el cual recibe por el esclavo o por un tercero una esclava robada como precio por el rescate del esclavo mismo, puede usucapir el parto concebido y nacido en su poder.

La doctrina sabiniana era en sentido contrario, porque la posesión viciosa del esclavo perjudicaba al dueño, así se establece en Paulo 13.41.3,4,16 y 17; Juliano decide en sentido favorable, considerando al dueño como un tercero adquirente en base a la compra concluida con el esclavo o con el tercero 13.41.4.9 y 10. En cuanto se refiere a los fetos o partos de los animales, debo traer a colación, una antigua controversia que se plantea ¿Si ellos deben asimilarse a los partos de los esclavas y considerarse entonces furtivos en caso que sean concebidos en poder del ladrón o del heredero del ladrón aunque nazcan en el poder del tercer poseedor de buena fe?. Tal era la opinión de la Glosa y tal es todavía la opinión dominante. Para definir con claridad la cuestión, se debe dejar por el momento de lado dos textos fundamentales, los cuales están en contraste,

estos son 13.41.310,2 y 13.47.2.48,5, por cuanto en ambos, por una razón o por otra, están más aptos para ser esclarecidos que a dejar luces sobre el argumento. Para Cuyacio, el argumento fundamental es el siguiente: los fetos son frutos y deben entonces sufrir el tratamiento de los otros frutos, no asimilarse a los partos de la esclava que no son frutos. Ahora los frutos se adquieren inmediatamente por el poseedor de buena fé al momento de la separación: no tienen necesidad de ser usucapidos; lo mismo entonces debe acaecer con los fetos. Se podría responder al razonamiento de Cuyacio, que el momento de la separación, esto es in abstracto al momento en el cual la cosa llega a ser autónoma, cuando se trata de partos se hace retroceder cabalmente a la época de la concepción. Así que extender a los animales el principio de derecho singular "conceptus pro ian nato habetur", es un pensamiento muy dudoso. De cualquier modo estamos en uno de estos temas en el cual el razonamiento poco resuelve y deja libre el campo a tendencias contrapuestas. Hagamos una exégesis acudiendo a otro fragmento y dejemos para después los textos anteriormente citados; vamos a analizar dos textos: Paulo D.41.1 .48,2.: "También son frutos los partos de las ovejas y pertenecen por tanto al comprador de buena fe, aunque hayan sido vendidas o hurtadas estando preñadas. Y a la verdad, no se puede dudar que haga suya también la leche, aunque hayan sido vendidas teniendo llenas las uves; y el mismo derecho hay respecto a la lana". Paulo en D.41.34.19. afirma: "La lana de las ovejas hurtadas, si verdaderamente fueron esquiladas en poder del ladrón, no puede ser usucapida, pero si en poder del comprador de buena fe, al contrario, porque está comprendida en los frutos, y no debe ser usucapida, sino que inmediatamente se hace del comprador. Lo mismo se ha de decir en cuanto a los corderos, si hubieran sido consumidos; lo que es verdad".

El primer fragmento atribuye sin duda, a los compradores de buena fe, los fetos de las ovejas antiguamente preñadas, lo que es justo aunque se hubieran concebido en poder del ladrón, y se hace precisamente el parangón con la adquisición de la leche y de la lana en las mismas condiciones. En el segundo textos se asimila así mismo la adquisición de la lana cortada a las ovejas en poder del comprador de buena fe y la adquisición de los corderos; y es ciertamente un desafuero el sobreentender a esta consideración también la concepción en poder de los poseedores de buena fe.

Analicemos ahora los dos textos controversiales: D.41.3.10,2 y D.47.2.48,5. (Ulpiano). En D.41.3.10.2 señala Ulpiano: "Escribe Scevola en el libro undécimo de las Cuestiones, que opinó Marcelo, que si una vaca se hizo preñada en poder del ladrón, ó en el heredero del ladrón., y pariese en poder del heredero del ladrón, no se podía usucapir por el heredero el becerro enajenado; así como tampoco el parto de la esclava. Pero escribe Scevola, que él opina que puede usucapir también el parto; porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Más si formase parte, ni aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido"; Y en D.47.2.48,5 expresa: " Si fuera hurtada una esclava embarazada, ó si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado á luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; más si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en parto se ha de observar también en cuanto á los ganados y á sus fetos".

Ahora en el primer fragmento Ulpiano refiere una opinión de Scevola en oposición con Marcelo, cuya opinión es correctísima y acerca de los fetos y de los partos, ya que estamos siempre entre el ladrón y el heredero del ladrón, que es sucesor de los vicios del difunto, pero con todas las leyes y con todos los juristas que se pronuncian al respecto. El heredero podría usucapir también el feto concebido en poder del ladrón, lo cual sucede puesto que el parto no es una parte de la

cosa furtiva, igualmente (se expresa Scevola D.50.16.26): que fuese una parte de la cosa furtiva no se podría usucapir ni siquiera en poder del poseedor de buena fe. Es posible que Scevola siguiera la opinión de Quinto Mucio que asimilaba el parto de la esclava a los frutos, en contraste con aquella que hubo de triunfar sostenido de Brutus. Aún con esto no se explica como el declara no furtivo el nacido aunque haya nacido no ya en poder del poseedor de buena fe, sino en poder del ladrón. El motivo alegado es que el parto no es una parte de la cosa hurtada, es cosa autónoma y entonces, se puede agregar reconociendo también que el ladrón no podrá usucapirlo, como no podrá adquirir inmediatamente los fetos, porque él genera una substracción fraudulenta, su heredero puede ser de buena fe y ésta, para las cosas que él no ha heredado pero también dan adquirido en su poder propia individualidad debe prevalecer.

El texto de la opinión adversaria es el D.47.2.48.5, el cual asimila en su los fetos a los partos, pero tomando a la letra, esta asimilación no solo contradice a las leyes y al carácter de fruto de los fetos, sino también al sucesivo 6 fragmento 6, en el cual se atribuye inmediatamente al comprador de buena fe los nacidos de yeguas hurtadas, y se justifica esta diversidad con decir precisamente que los partos de los animales se computan entre los frutos, lo que no es parte de la Esclava. La Glosa, quiere entender nacidos en el sentido de concebidos y nacidos, de todas maneras, en el derecho de Justiniano parece ser la tesis dominante que los fetos aún en este tema son asimilables a los frutos y no a los partos. Un punto que concierne más a la teoría de la especificación que no a aquella de la Usucapición, es la furtividad permanente de la cosa producida con substancias hurtadas, lo que hace ciertamente también que la nueva especie sea sustraída a la Usucapición, veamos al respecto D.41.3.4.20 (Paulo): "Si hicieses vestidos de la lana hurtada, es mas cierto que se ha de mirar a la materia, y por esto se tendría al vestido por hurtado"; Juliano en D.13.1.14.3 señala: "Lo mismo vale para el hurto de uvas: pues también se puede reclamar justamente por la condición el mosto y el orujo"; Ulpiano D.47,2.52,14: "Si alguno me hubiese sustraído una masa de plata, y hubiere hecho vasos, puede ejercitar la acción de hurto ó la condición, o por los vasos, ó por la masa. Lo mismo es también en cuanto á las uvas, y al mosto, y al orujo; porque se puede ejercitar la acción de hurto por razón de las uvas, del mosto y del orujo; pero también se puede ejercitar la condición"; sin embargo esta opinión no está en armonía con el Derecho Justiniano. La Ley Atinia de Rebus Furtivis (150 Ac) establecía que la furtividad de las cosas pudiese purgarse con el retorno de ella manos del hurtado. La jurisprudencia clásica entendió este precepto en el sentido de un retorno de las manos del propietario. Paulo en D.41.3.4.6, expresa: "Lo que dice la Ley Atinia, que las cosas hurtadas no se pueden usucapir sino vuelven al poder de aquel a quien se la hurtaron, se ha de entender de esta forma, que deben volver al dominio de su señor, pero no de aquel de quien se la hurtaron: este supuesto, si se la hurtaron al acreedor o a el que la tenia en comodato, deben volver al dominio de su señor". Ulpiano en D.50.16.13.2, afirma: "Parece que dejo de faltarnos la cosa cuando vuelve a nuestro poder, de modo que no se nos puede quitar la posesión de ella". Otra serie de fragmentos de las Pandectas y del Código, referente a la purga de la posesión, expresamente señalan que la reversión debe ser al dueño. Paulo D.41.3.4.12; Labeon D.41.3.49; Paulo D.41.3.4.21; Juliano D.41.1.7.3; Paulo D.47.2.85; Paulo D.50.16.215; Diocleciano C.6.2.10; Diocleciano C.2.12.; Diocleciano C.7.26.7. Con esta interpretación, por otra parte se explica, porque el hurto de la cosa propia hecho por el deudor al acreedor pignoraticio no haga a esta furtiva y no usucapible, dado que el acreedor hurtado tiene también la acción del hurto contra el propietario, as; lee D.41.3.4.21: "Si el deudor hurtado y vendidola cosa dada en prenda, escribe Cassio que ella puede ser usucapida, porque se considera que llegó á propiedad del

dueño, que la dio en prenda, aunque puede ejercitarse contra éste la acción de hurto, lo que opino que se dice con más razón".

Contra el rigor de esta interpretación nos parece todavía esclarecer algunas lagunas: a) D.43.26,6,3, el cual parece purgar la furtividad con el retorno de la cosa al poseedor ad Usucapionem robado: Ulpiano: "Dice Juliano, que el que lanzó á otro á la fuerza, y le rogó al mismo en precario, deja de poseer á la fuerza, y comienza á poseer en precario; y que no estima que é se cambia a sí mismo la causa de posesión, porque comenzó á poseer en precario por voluntad de aquel á quien lanzó; porque si le hubiese comprado al mismo, podía comenzar también á adquirir el dominio como comprador". Si el deicens (despojarte) que compra del deictus (despojado) no deviene propietario, sino solamente poseedor ad Usucapionem, lo que quiere decir que él ha adquirido del poseedor ad Usucapionem y no obstante el vicio de vi possessio, que se regula como aquel de la furtividad, queda subsanado. Quienes sostienen la doctrina correcta responden justamente que el deicens no adquiere inmediatamente, no porque el compre de un poseedor de buena fe, sino por que se trataba de res mancipi, un fundo y no fueron utilizadas las debidas formas y agregan, suponer que el deictus fuese un poseedor ad Usucapionem no propietario es una nueva conjetura. Autores como Bernard Windscheid opinan que, al menos en el Derecho Justiniano se admitió la subsanación con el retorno a un no propietario. No habría fundamento para esta razón fugaz e incidental de violar los resultados de tantas Leyes: No hay razón ni siquiera para suponer, como hizo la Glosa una diferencia al efecto entre las cosas furtivas y las cosas poseídas con violencia, en orden a la subsanación del vicio. Pero, de otra parte es posible que los Compiladores hayan visto la incongruencia de repeler la Usucapionem ya que no era más necesaria para la adquisición de la cosa mancipi, simplemente entregada y hayan tentado enmendarla sin riesgo.

Otro texto que se aduce en D.47.2.85. Paulo: "Aunque las cosa hurtadas no se puedan usucapir si no vuelven al poder de su dueño, con todo, si el importe de la cosa sobre la que se litiga fuese apreciado por esta razon o su dueño la vendiese al que la hurto, se ha de decir que ya no se prohíbe la uucapionem de ella". Paulo en D.41.14,13 señala: "Pero también si hubiere yo reivindicado una cosa que me había sido sustraída, y hubiere recibido la estimación del litigio, aunque corporalmente no haya alcanzado la posesión de ella, será usucapida". D.43.26.6,3 Ulpiano.

También en este fragmento, se dice, el vicio es subsanado con el retorno al poseedor que no es propietario, si la compra por ello no procura inmediatamente la propiedad, por el contrario este fragmento habla precisamente de venta hecha por el propietario por eso la parte final que refiriese a la Usucapionem, no tiene sentido o suponiendo para el derecho clásico que se trate de la venta de cosa mancipable realizada sin las debidas formalidades, o bien atribuyendo a la declaración el significado de norma que la cosa no es más eventualmente, aun pasando en manos de terceros, sustraída a la Usucapionem en general.

Difícil de explicarse desde el punto de vista didáctico es el fragmento 13.41.3.49, donde Labeon comenta y afirma, refiriéndose a Paulo: "Si se hurto alguna cosa no se puede usucapir antes de que vuelva al poder del dueño. Paulo dice lo contrario pues si lo que me distes en prenda lo hurtaste, esto se tendrá como hurtado; pero luego que vuelva a mi poder, se podía usucapir". Aquí, Paulo, criticando a Labeon, pare decir que la cosa pignorada y hurtada por el deudor, es subsanada, con el retorno de ella al acreedor pignoraticio. Pero en esta critica Paulo viene a ponerse en contradicción consigo mismo tal como se evidencia de 13.41.3.4.21: "Si el deudor hurtase y vendiese lo que tenia dado en prenda se puede usucapir como escribe Casio, porque parece que volvió al poder del dueño que lo dio en prenda, aunque no se pueda pedir en contra él

por la acción de hurto, lo que juzgo que se puede decir con mayor razón" y en 13.47.2.20.1: "Si se comprase con buena fe lo que es mío y yo lo hurtase o fuese tuyo el usufructo y lo hurtase, te estaré obligado por la acción de hurto, aunque son dueño de la cosa; pero en estos casos no se impedirá la usucapión como cuando la cosa no es hurtada; porque aunque otro la hurte, si la cosa vuelve a mi poder se usucapirá", y aunque a través de la opinión de Modestino en 13.41.4.5: "si te quitase la cosa que te había dado en prenda y la vendiese, se dudó si la puedo usucapir; y es más cierto que por razón de utilidad tiene lugar la usucapión", se pretende pensar que el asunto haya sido por un tiempo controversial entre los juristas clásicos y concretamente entre las dos Escuelas, siendo difícil sostener que Paulo, influenciado por el espíritu de la discusión haya olvidado su propio pensamiento. Por último podemos afirmar que si la cosa no deviene furtiva, por haber sido hurtada por el deudor al acreedor pignoraticio, por que en sustancia regrese al poder del propietario, ella, en cambio se hace furtiva cuando el deudor vende de la cosa hipotecada tal como se lee en C.7.26.6 "Si se prueba que el deudor haya vendido la cosa dada en prenda, como que se halla en el caso de las cosas robadas no puede ser usucapida".

La cosa se entiende regresada a la potestad del propietario de varias maneras: primera, cuando el haya adquirido la posesión plena y segura: (Paulo 13.41.3,4,12, y 41.3.25 (26); Diocleciano y Maximiano C.6.2.10; 6.2,12; Javoleno 13.41.2.22; Pomponio 13.41.3.42) y el propietario debe tener conocimiento que la cosa regresada a su poder es justamente aquella que justamente le ha sido hurtada, (Juliano 13.41.4,7,7; nifoniano 13.47.2.87.(86), pero puede bastar también que el propietario haya adquirido la facultad de reivindicar la cosa y, finalmente también la transferencia voluntaria al poseedor por venta, donación o estimación de la litis, subsana el vicio (Paulo 41.3.13 y 14; Papiniano 41.3.42 in fine; Paulo 13.47.2.85 (84). Puede bastar también el conocimiento del tutor o del curador que la cosa a regresado a las manos del pupilo o del curado o del furioso 13.41.3.4.11 (Paulo): "Si se hurto lo que era del pupilo, se ha de decir basta que sepa el tutor, que volvió a poder del pupilo y al furioso, basta que lo sepan sus curadores" y también del menor en el nuevo derecho que ha exaltado la cura minoris: no basta todavía que retorne en las manos del procurador bien que estos en el Derecho Clásico representan el principal en la posesión, tal como se lee en 13.41.3.41, en boca de Neracio si se trata de cosas que integran el peculio, el vicio es subsanado, cuando la cosa vuelve al poder del esclavo sea que el dueño hay ignorado el hurto, sea que lo haya sabido, tal como se lee en Paulo 13.41.3.4.7, cuando cita Labeon. Si el autor del hurto es el mismo representante en la posesión, se distingue ya que el propietario debe conocer el regreso de la cosa en su potestad, solamente cuando se ha conocido el hurto. Paulo 13.41.3.4.8 y 9.

Las cosas poseídas por violencia tienen el mismo tratamiento de las cosas hurtadas, pero la separación existente entre el hurto y la rapiña, hace que de ordinario la inhabilidad para ser usucapidas están referidas a la Ley Plautia Vi, aprobada entre la época de Sila y el Consulado de Cicerón, (tal como se lee en Salustio Catalina 31.4) y a la Ley Julia de Vi de Cesar o de Augusto, tal como se refieren Juliano 13.41.3.33.2; Trifoniano 13.47.2.87 (86); Venuleyo 13.47.8.6 y Gordiano C.7.20.8. no se entienden cosas poseídas por violencia, las cosas vi amissae, esto es, aquellas de las cuales se ha perdido la posesión por efecto de la violencia, pero de la cual no ha venido en posesión el autor de ella: Paulo 13.41.3.4.22; Juliano 13.41.3.33.2 y mucho menos aquellas de las cuales se ha tomado la posesión, también habiendo impedido al dueño de retomarla, Paulo 13.41.3.4.27 (28), lo que manifiesta una cierta tendencia a limitar la inhabilidad para usucapir. Sustraída la Usucapión sin las cosas donadas al magistrado contra prohibición de la Ley Julia Repetundarum y aunque este motivo de inhabilidad puede ser subsanado con el retorno de la cosa en potestad del donante, Paulo D.48.11.8, Modestino D.1.18.18; Ulpiano D.1.16.6. Se

puede dudar si este retorno de la cosa en potestad del donante deba sufrir la misma interpretación -reversio ad dominum- que ha sufrido la subsanación establecida de la Ley Atinia, cierto, como observa justamente el Beato Contardo Ferrini, no existe el mismo motivo.

Veamos ahora las prohibiciones nuevas e inspiradas en motivos propio de la praescriptio longis temporis:

a) Sustraídos a la Usucapión son las cosas del Estado (res fiscales) del Príncipe C.7.38; los bienes inmuebles de la Iglesia, Novellas 111. 1 y 131.6 y las fundaciones por causa de piedad 1.2.6.9; D.41.3,18; C.7,30.2. La prohibición relativa a los bienes fiscales, pertenece, parece, a la Jurisprudencia Clásica 1.26.9; Modestino D.41.18; Paulo D.41.3.24.1, pero aquella relativa a las cosas del Príncipe pertenece a la época romana helénica C.7.38; Teodosio, Arcadio y Honorio C.11.67.2; Arcadio y Honorio C.7.38,3; la prohibición a las iglesias y fundaciones piases es obra de Justiniano y del derecho de las Novelas. Se agregan en esta categoría también los bienes de la ciudad, tal como se evidencia de Gayo D.41.3.9, así como de Paulus D.6.2.12.2.

b) Sustraídos a la Usucapión son también los bienes de los pupilos y los menores. En el Derecho Clásico, los bienes de los pupilos y de los menores no eran justamente excluidos de la Usucapión y en la pandectas se conserva una serie numerosísima de textos los cuales sea por incidente lo testimonian. Celso D.27.5.2; Paulo D.41.3.4,11; Ulpiano D.44.4.4,24; Juliano D.41.4.73; Paulo D.41.4.2.15; Ulpiano D.47.2,33. Lo atestiguan igualmente también el remedio dado al efecto que en la restitutio in integrum, de lo cual tenemos recuerdo en el Código como una constitución de Diocleciano y Maximiano año 294 C.I.2.36.1. La prohibición ha nacido en la longi temporis praescriptio con su carácter de suspensión durante la menor edad. Constitución de Diocleciano y Maximiano año 290 dc, C.7.35.3.

¿Ahora bien, cual es la norma del Derecho Justiniano? Hay quienes sostienen que se deba acoger el principio de la Usucapión. La restitutio in integrum dá por un lado y por el otro la larga prohibición que hace no usucapible, por otro motivo las cosas de los pupilos y los menores hacen que sea inocua esta opinión y convierten más bien teórica esta discusión en favor de la negativa parece ser la recepción de numerosos textos que presuponen la Usucapión. En tanto, no solo es más coherente con el nuevo derecho aplicar los principios de praescriptio longis temporis para que la cosa pueda considerarse expresamente sancionada por Justiniano. Se pretende responder que no sea así, pero no hay duda que así es en otras leyes y no se pueden excluir en el presente C.I.5.12.30.2 C.6.61 (Leoni y Antemio); 7,40,2 (Justiniano, Nov.22 cap24) y C.7.35.6 (Diocleciano y Maximiano).

c) Exceptuado de Usucapión, en el Derecho Justiniano son las cosas dotales en general, ya que el favor del cual Justiniano brindó al instituto dotal, lo indujo a excluir también la extraordinaria de treinta años, véase C.5.12.30.

d) Asimismo, no sin usucapible todos los bienes que integran el peculio adventicio. C.6.60.1.2 (Constantino); C.6.61.4.3 (Leon y Antemio); C.7.40.1.2 (Justiniano).

e) De igual forma para el Derecho Justiniano al elenco de cosas no usucapible, se agregan aquellas de los ausentes. C.7.35.4 (Diocleciano y Maximiano).

f) Una prohibición objetiva de Usucapión seria aquella establecida por el emperador Justiniano pero cada objeto, entonces, también los bienes inmuebles enajenados por un poseedor de mala fe, vendrían a estar excluidos de la Usucapión. En la causa de no usucapibilidad vendría a retornar la furtividad, o sea, seria una extensión del concepto de furtividad a los bienes inmuebles, en consideración de la Usucapión pero con un rigor más grave, por cuanto hay quien sostiene que cada enajenación de cosa mueble realizada por el poseedor de mala fe, constituye un hurto. La

prohibición estaría contenida en la Novela 119, cap.7, como esta claro, esta Novela niega la *longis temporis praescriptio* a favor de quien adquiere la posesión de mala fe, asentando que el verdadero propietario no tenga algún conocimiento de la enajenación y de su derecho.

El conocimiento que el verdadero propietario tenga de la venta viene a ser concebido como una especie de purgación del vicio. Pero la prohibición objetiva y absoluta, esto es, que persigue la cosa en las manos de quien se encuentre no esta enunciado en esta Novela. Los sostenedores de esta opinión no lo niegan pero aseveran que es conforme al espíritu de disposición de Justiniano de considerar no usucapibles los bienes inmuebles o mejor cada objeto, cuando la enajenación haya sido hecha por el poseedor de mala fe.

Contra esta interpretación, se reacciona con razón, señalando que es en efecto peligroso señalar extensivamente una disposición de derecho singular. Está construida sobre la sospecha de mala fe del primer adquirente, sospecha que no subsiste para los adquirentes posteriores.

g) La última categoría de cosas excluidas de Usucapición está constituida por la prohibición general de usucapir cosas, sobre las cuales existe prohibición de enajenación. El principio general está expuesto en una opinión de Paulo; enunciada en D.50.16.28 que equipara la Usucapición a la enajenación, principio que aparece en D.6.2.12,4. Se ha entendido de restringir esta prohibición en varios modos; por ejemplo refiriéndolo a los Usucapiones voluntariamente sufridas y entonces in fraudem legis para obviar la prohibición de Usucapición, pero hay razones para ello. El ámbito de esta prohibición de y también con otras medidas del nuevo derecho, puesto que los vínculos a la enajenación, raro, como se dice en Derecho Clásico y desconocidos al antiquísimo Derecho Romano, son en cambio, familiares en la época del Derecho Romano Helénico. Esto recomprende en todo o en parte, varias de las prohibiciones de Usucapición enunciadas, así la prohibición de usucapir los objetos del peculio adventicio, si no fuese expresa, sería el corolario natural de la prohibición de enajenar; así, primero que Justiniano vetase, en general la Usucapición de los bienes dotales, ello ya era prohibido por la Ley Julia de Fundi Dotalis en consecuencia de la prohibición de enajenación; así finalmente, la prohibición de Usucapición que es consecuencia de la prohibición de enajenación de los bienes del menor y de los pupilos, dado el incremento sufrido de mano en mano en la época de los Severos a la de Constantino y Justiniano, hasta de recomprender casi todos los elementos del patrimonio popular, vienen casi a coincidir con la prohibición directamente transportada por la *praescriptio longis temporis* a la nueva Usucapición. Otras aplicaciones son las siguientes: la prohibición de enajenación y Usucapición de la cosa legada C.6.43.3.3 (Justiniano), la prohibición de la enajenación y Usucapición de los lucros nupciales, la prohibición de enajenación y la Usucapición de la cosa litigiosa, Nov.22 cap. 24. De igual forma, algunas de las causas no enunciadas de no usucapibilidad objetivas son de por si temporales, como la prohibición de Usucapición de los bienes de los pupilos y los menores, la prohibición de los bienes dotales, de los bienes del peculio adventicio, de los filius familias, de las cosas de los ausentes. Ellas se resumen bajo el concepto de la suspensión, el cual se contrapone a aquella examinada de la interrupción, en cuanto la Usucapición puede presentar en el momento en que el obstáculo haya cesado. En el derecho medieval, considerado el motivo y carácter de esta suspensión se creo el principio contra non valentem agere non Currit praescriptio: contra lo que no se puede actuar validamente no ocurre la prescripción y se quiso elevar esta máxima a principio general. El principio venia entendido también con mayor o menor largueza: según algunos eran todos los obstáculos legales al experimento de la acción, los cuales excluían la prescripción, según otros debían contemplarse también obstáculos de hecho, las guerras, las epidemias y cada caso de fuerza mayor; se llevo a incluir entre ellas, la debilidad del sexo, la locura, la prodigalidad, aunque ningún texto hiciese

alusión de una similar paraficación de la mujer y de los locos a los impúberes y a los menores; y finalmente la pobreza y la insolvencia. Era por un lado, la ternura por los débiles que inspiraba a los Comentaristas y por el otro, la antipatía contra un instituto cuyas razones sociales y económicas no se sentían muy así vivos y que comenzaba en cambio a aparecer como una inicua defensa. El origen del principio se puede referir a Bartolo de Saxoferrato y su palanca principal es la declaración de Justiniano en C.7.40.1.2; en la cual, después de haber sancionado la suspensión de la prescripción para los objetos del peculio adventicio hasta en el momento en el cual los hijos sean libres de la patria potestad y puedan actuar, agrega: *enim incienase eos poterit sic non fecerunt quod etsi maluerum nomine adimplere lege obviente valebunt*, pero ocurría cierto una poderosa fantasía y una gran audacia para deducir de esta enfática motivación un principio general. Recapitulando, usando el argumento a contrario sensu podemos llegar a la condición de cuales eran las cosas usucapibles, en tal virtud no pueden ser usucapidas:

- 1) Las cosas extra comercio.
- 2) Cosas donadas al Magistrado de la Provincia.
- 3) Cosas *mancipi* enajenadas por la mujer *sine auctoritas tutoris*.
- 4) Fondo dotal.
- 5) Cosas de Estado, del Príncipe, de la Iglesia, obras pías y los Municipios.
- 6) Cosas de los menores.
- 7) Cosas del Ausente.
- 8) Cosas transferidas por el poseedor de mala fe.
- 9) En general sobre todas aquellas cosas que por prohibición legal no pueden ser transferidas.

4) IUSTA CAUSA:

En lo que respecta a la Justa Causa es necesario señalar que la Teoría más antigua sobre la Justa Causa, la define como "el negocio jurídico idóneo para la adquisición de la propiedad, abstrayendo de un impedimento que en el caso se le opone". Es tal que se dice que existen tantos títulos cuanto son los modos de adquirir la propiedad, llegando a hablar de *pro Mancipatio* y *pro in iure cessio*, lo cual evidentemente es un error; otros autores definieron la Justa Causa como un negocio de adquisición basado en la equidad; por lo tanto nunca existió una Usucapición *pro Mancipi*, *pro in iure cessio* por cuanto son modos civiles de adquirir la propiedad, y en cambio, la tradición, la ocupación, etc. son modos conformes a la equidad y al derecho natural, en el caso de las dos nombradas, no se conoce en las fuentes *usucapio pro traditio*, *pro occupatio* y el título *pro legato*, es bien un negocio jurídico de *iuri civile*.

Otros autores ahorran de definir la Justa Causa a consecuencia de la relación que existe entre ella y la buena fe; la Justa Causa, es el hecho, la circunstancia, el conjunto de circunstancias que justifican la buena fe. Bonfante define la Iusta Causa Usucapionis como "aquel momento o aquella relación (con un individuo determinando o con toda la sociedad) que demuestra positivamente la ausencia de lesión ajena en la toma de la posesión y entonces expresa una efectiva justificación de esta toma de posesión" (Bonfante op. cit. Pag. 243).

En el Derecho Romano Antiguo, no se exigía que la posesión idónea para conducir a la adquisición de propiedad por Usucapición fuese acompañada por un título (los textos romanos puros hablan de Justa Causa y es en la edad posclásica que comparece el uso del término de *titulus* y de este uso es derivado la terminología moderna), esto es, la razón de su adquisición.

Paulo en D.41.2.3.21, llama a tales títulos justificativo *causae acquirendi eius quod nostrum non sit: causa de adquirir lo que no sea nuestro*". La ausencia del requisito de la *Justa Causa* en la Usucapión primitiva parece demostrada por institutos, cuya sobrevivencia en el Derecho Romano Clásico, no pueden explicarse si no como expresión de un originario régimen jurídico, que concebía la Usucapión independiente del requisito de una causa que justificase objetivamente el inicio de posesión. Este régimen originario, está probado por la estructura primitiva de la usucapio, *pro herede*: ésta se justificaba a favor de quien quiera se hubiese posesionado de cosas hereditarias antes de la adquisición de esas por parte del heredero. Una *fusta causa* no parece presuponerse o rebuscarse en este tipo de posesión no obstante considerado idóneo para conducir la adquisición por usucapión.

Se podría todavía, sostener, que la *fusta causa* se identificase con la *adprensio pro herede*, que da ocasión y base, al inicio de la posesión Gayo 11,52 y 54: 1.2,52: "Por el contrario puede suceder que el poseedor, sabiendo que la cosa es ajena pueda usucapir; por ejemplo si posee una cosa hereditaria de la que no ha tomado posesión el heredero, pues se le concede la Usucapión siempre que la cosa sea susceptible de ella. Esta especie de posesión y de usucapión se llama a título de heredero." y 1.2.54: "La razón de que en este caso, incluso para las cosas inmuebles, la usucapión sea de un año, es porque antiguamente se estimaba que por la posesión de las cosas hereditarias se usucapían las mismas herencias, y, por consiguiente, el plazo es un año. En efecto, la Ley de las XII Tablas estableció que las cosas inmuebles se usucapieran en dos años y las demás en uno; por lo tanto la herencia parecía comprendida entre las demás cosas, por no ser inmueble, que ni siquiera es corporal, y aunque después se ha creído que las mismas herencias no admiten usucapión, sin embargo se conservó la usucapión de un año para todas las cosas hereditarias, incluso para las que son inmuebles". Como aparece de las palabras de Gayo, las *usurreptiones*, consistían en hipótesis en los cuales una cosa transmitida por un sujeto a otro para determinados fines pudiese ser readquirida por Usucapión. La cosa, efectivamente es convertida en ajena, entonces el usucapiante es culpable de tal enajenabilidad; con todo eso en el campo de las relaciones privatísticas y en el ámbito de aplicación del instituto de la *fiducia*, tal Usucapión aparece configurada, tal como Gayo nos afirma.

Si con *mancipatio* o *in iure cessio*, se transmitía, a fines de garantía, una cosa al acreedor con el pacto de *fiducia* de poder recibir la cosa misma cuando la relación obligatoria se hubiese extinguido (*fiducia cum creditore*) fue considerado también posible para que la readquisición se verificase por Usucapión, sin en el empleo de un nuevo acto de retrocesión de la cosa, con tal que esta hubiese permanecido en mano del deudor por un año.

Igualmente en el caso de la *fiducia cum amico*, cual es cosa transferida a un amigo a fines de custodia o de defensa; si la posesión de la cosa no era desechada por el enajenante, este era autorizado a iniciar inmediatamente la Usucapión y podemos ver en 13.44.7.16, Juliano; donde es probable que se tratase originalmente de tal relación y se hablase, por esto, como dice Betti, de *fiducia usurrecepti*. Gayo en 11, 61 habla de una *usurreptio ex praediatura*, advirtiendo, no obstante, que aquí la terminología no técnica; el termino aquí es bienal y, en forma no clara, el jurista no dice que la readquisición consideraba los casos en los cuales la cosa hubiese sido transferida al ente publico par garantía de un crédito de carácter publico (*qui mercatur a populo, praediator appellatur*). En la época clásica, la *causa justa*, que justifica la posesión es requerida, entonces la podemos definir como "el hecho jurídico que crea una relación con un precedente poseedor de la cosa objeto de la posesión, o bien, el hecho jurídico creador de una relación directa con la cosa por iniciativa privada o por un acto de la autoridad publica, que sería idóneo para crear la adquisición inmediata de la propiedad, cuando no hubiese obstáculo dependiente de

la circunstancia que el precedente poseedor no es el propietario de la cosa, o bien, no tiene la facultad de enajenarla, o también por no haberse cumplido en las hipótesis en las cuales eran recurridas ad substantiam, las formas solemnes de transferencia de la propiedad. La Justa Causa por consiguiente demuestra la ausencia de lesión a otro en la toma de posesión. La Justa Causa reside de vez en cuando, en el hecho de una ocupación de una cosa abandonada, en el decreto del Pretor concedido a quien goce ex iure praetorio de una cosa y que, en virtud de aquel decreto la adquiere en propiedad civil; en la usucapio pro herede de la cual se ha hecho señalamiento, fusta causa es el hecho que ninguno haya tomado posesión de la herencia vacante, léase 13.41.3.29. (Paulo); Corso H.2.250.55.

Es necesario, observa Bonfante, que pasa a entender el concepto de la fusta causa es fundamental remontarse a aquella que es la idea madre de la Usucapión, y esto es, a la posesión: la Usucapión no es más que adquisición mediante la posesión, pero la adquisición de la posesión debe ser acompañada por límites que impidan que tal adquisición se transforme en una violación de derechos constituidos. La Justa Causa cumple la exigencia que sea una justificación positiva de la ausencia de lesión ajena en la toma de posesión.

El derecho antiguo, como hemos señalado, no exigiendo el requisito de fusta causa, se limita a exigir un requisito meramente negativo: la ausencia de lesión en la posesión ajena. La posesión del usucapiente no debía estar afectada de vicios de violencia clandestina o precariedad, Bonfante, demuestra con meridiana claridad este punto, el que se vincula al principio del antiguo derecho que el límite de la Usucapión era el furtum, argumentando el paralelismo existente en la usucapio pro herede y en los usurrepciones, entre la aceptación de la Usucapión y la ausencia de furtum, paralelismo que Gayo hace resaltar, poniendo las dos cosas en relación como una consecuencia de la otra. Así mismo Bonfante expresa que la ausencia de hurto debía significar ausencia de lesión en la posesión ajena. En el derecho más evolucionado se aspiró, en cambio, a una intrínseca ausencia de espíritu lesivo, en la toma de posesión y el principio de este cambio, es justamente representado por el afirmante de la fusta causa possidendis o usucapionis. Se quiso en sustancia, que la posesión, sobre la cual la Usucapión se funda, correspondiese a condiciones objetivas, cuya subsistencia era asegurarse contra injustas expoliaciones, condiciones más complejas que no aquellas representadas por la simple ausencia de violencia o clandestinidad en el inicio de posesión misma. En el último siglo de la República, el concepto de fusta causa y su valor en la usucapio se era, en tal manera, venido entonces determinando y afirmado después de un proceso gradual y lento de formación.

En las fuentes romanas, las singulares iustae causae son específicamente tratadas. Los jurisconsultos romanos no designaban como títulos aquellas particulares causas justificantes de la posesión ad usucapionem; ellos usan anteponer al nombre de cada acto la partícula pro y hablan de adquisición pro derelicto 13.41.7; pro donato 13.41.6; pro emptore 13.41.4; pro herede 13.41.5; pro legato 13.41.8; pro dote 13.41.9; pro suo 13.41.10.

Veamos a continuación dichos títulos:

Paulo 13.41.2.3.21: "Hay tantos géneros de posesión como causas de adquirir lo que no sea nuestro, por ejemplo, á título de comprador, de donación, de legado, de dote, de heredero, de dación por noxa, de cosa suya; así como las cosas que cogemos en la tierra y en el mar, ó de los enemigos, ó las que nosotros mismos hicimos que existiesen; y en suma, más bien hay un solo género de poseer é infinitas especies". La más simple fusta causa es el título pro derelicto, que, por otra parte, ha originado controversia doctrinal.

Usucapere pro derelicto aquel que adquiere por Usucapión una cosa abandonada, por quien no era su propietario. Se comprende, que, si en cambio la cosa hubiese sido abandonada por su propietario, la adquisición de la propiedad se tendría inmediatamente por la ocupación, la derelictio no puede ser Justa Causa de la Usucapión. Debe tratarse de "cosa ajena"; la derelictio debe ser cumplida por una persona que no es dueño de la cosa abandonada, por lo cual se toma la posesión.

En D.41.7 como supra está indicado están recopilados los textos que principalmente consideran el tema. Esta puesto en consideración de manera determinante en uno de los textos, concretamente D.41.7.2, y Paulo que para verificase adquisición por Usucapión en fuerza de este título ocurre que se haya producido efectivamente la derelictio. La falsa estimación no puede tomar el lugar de una real derelictio, esto se puede también expresar diciendo que ocurre la conciencia del abandono, de otra manera se tiene un título putativo en vez de uno verdadero D.41.7.6 (Juliano). Naturalmente tal modo de expresar el concepto no debe tomar pasos a malos entendidos. Es cierto una equivocación de aquellos que en el pasado observaron que el título pro derelicto es un título putativo, porque el propietario puede verdaderamente abandonar.

Para los principios antes expuestos acerca de los requisitos para el título pro derelicto veamos:

D.41.7.2: "Si supiéramos que una cosa es considerada por su dueño abandonada, podemos adquirirla" (Paulo).

D.41.7.4: "Podemos usucapir lo que se tuvo, y creemos que se tiene, por abandonado, aunque ignoremos por quien haya sido abandonado" (Paulo).

D.41.7.7: "Si alguno hubiese hallado mercancías arrojadas de una nave, se pregunta, si, no por eso podría usucapirla, porque no se consideren abandonadas; pero es más verdadero, que él no puede usucapirlas como abandonadas" (Juliano).

D.41.1.9.7: "Además de esto, á veces la voluntad del dueño, aún refiriéndose a una persona incierta, transfiere la propiedad de la cosa, por ejemplo, el que echa cosas al pueblo; porque ignora que haya de recoger de ellas cada cual, y sin embargo, como quiere que sea de él lo que cada cual hubiere recogido, al punto hace dueño á éste" (Gayo).

D.41.1.9.8: "Otra es la condición de las cosas que en caso de borrasca se arrojan al mar para aligerar la nave; porque éstas permanecen siendo de sus dueños, pues no son arrojadas porque uno no quiere tenerlas, sino para huir mejor con la misma nave del peligro del mar; por cuya causa, si alguno habiendo sido arrojadas por la olas, ó si habiéndolas cogido en el mismo mar, las hubiere quitado con la intención de lucrarse con ellas, comete hurto" (Gayo).

Paulo en el fragmento 2 del D.41.7 pone en claro el requisito del conocimiento del abandono y de la real sustancia de él y así Paulo en fragmento 4 del mismo título; y todavía más significativo es el fragmento 6: "nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso extimaverit rem pro derelictio habitam esse: no puede usucapir por abandono nadie que falsamente haya estimado que la cosa se tuvo por abandonada". El fragmento 7 D.41.7 (Juliano) y el fragmento.9, 8 D.41.1 (Gayo) indican de manera clarísima la aplicación de los mismos principios al caso de las mercancías arrojadas de la nave. Ellas no pueden ser adquiridos en base al título pro derelicto; en la echazón operada para la salvación de la nave no puede advertirse derelictio.

El título pro soluto conduce a la Usucapión cuando alguno recibe en cumplimiento de una obligación una cosa no perteneciente a la persona que cumple. Es necesario, por esto distinguir entre la obligación por cuyo cumplimiento el pago se efectúe y el pago en sí mismo considerado, por cuanto es este último que concreta la Justa Causa. Si aquel que exige el pago consigue una cosa que no es propia, el accipiente adquiere por Usucapión,

justamente en base al título pro soluto (Véase D.41.3.46 Hermogeniano), cuando se da una cosa no propia en ejecución de una stipulatio donandi causa o bien, en el Derecho Justiniano, de un pacto donationis el accipiente adquiere la propiedad por Usucapión, siempre en base al título pro soluto, sí, en cambio se recibe la cosa de quien no es propietario mediante donación real, base del título de la Usucapión es la efectiva entrega de la cosa donada y entonces, por consiguiente el título de la Usucapión es pro donato (D.41.3.33.3 Justiniano) y (D.41.6.1 Paulo). Cuando el padre dona al hijo en potestate, la donación es inexistente, dado el principio de la unidad patrimonial que rige el organismo familiar romano en su estructura clásica (D.41.6.1) cuando se haya hecho una donación entre cónyuges, dado la prohibición establecida, la donación es nula y la Usucapión es nula (D.41.6.1.2). El texto citado prosigue examinando la hipótesis que el matrimonio siguiera el divorcio y cita la opinión de Casio, el cual afirmaba que la Usucapión no podía iniciarse porque "no podía ella cambiarse a si misma la causa de la posesión". Otra solución es presentada por el texto para la hipótesis que después del divorcio; "si el marido le hubiese concedido la cosa como si se entendiera que entonces se la donó", esta frase puede ser también entendida en el sentido que el marido haya hecho la donación después de la disolución del matrimonio, pero, considerado las palabras "como si se entendieran que se las donó" viene hecho más bien de pensar que el jurista quisiese decir que la mujer usucapere la cosa si el marido se la deja después del divorcio, con la intención de donársela. En conexión con este supuesto podemos examinar D.24.1.24 (Paulo).

Aquí se plantean dos casos; el primero es este: Es realizada una donación entre extraños y antes que se sea usucapida la cosa pro donato, se contrae entre las mismas personas, matrimonio. El segundo caso -que es opuesto al primero- es que la donación acontezca entre los cónyuges pero que, antes del decurso del tiempo necesario para usucapir, se disuelve el matrimonio por divorcio. La solución formulada por el jurista para el primer caso es que la usucapio puede continuar porque sine vitio tradita est possessio (porque la posesión fue entregada sin vicio) esto es, cuando la cosa fue transferida en donación nada obstaba a la validez del acto que cumplía, la solución presentada para el segundo caso, es que la Usucapión continúa en cuanto el vicio que antes invalidaba la donación, viene por efecto del divorcio a desaparecer y la idoneidad del título para usucapir tiene entonces, plena eficacia. Sin embargo, podemos observar, que esta segunda decisión pone el contenido del fragmento en antinomia con el fragmento antes visto: D.46.1.1.2, en el cual como hemos visto se decía que la Usucapión no es posible porque ninguno puede modificar el título de su posesión, la disidencia textual podríamos explicarla en el terreno histórico, atribuyendo a los Compiladores la introducción del principio que aparece el ad usucapionem desde el día en el cual el divorcio se consuma, la usucapio procedit de aquel momento en adelante. Así mismo que el concepto romano se fundase sobre el principio de la Usucapión pro donato puede acontecer siempre que, por cualquier motivo, se pudiese afirmar la validez de la donación es probado por el fragmento 3, D.41.6 y por el fragmento 25, D.24.1, dice Pomponio en el fragmento 3, D.41.6, arriba transcrito que la usucapio procedit; se nota el uso de proceder también aquí porque el donante no se ha empobrecido, presuponiéndose en el caso de que se trata, la donación de cosa ajena. Para entender la razón de decidir, ocurre tener presente la noción de prohibición de las donaciones entre cónyuges. Sabemos que la jurisprudencia, interprete del espíritu de la norma, afecto las donaciones en cuanto produjeran empobrecimiento de un cónyuge con el consiguiente enriquecimiento del cónyuge donatario, reconociendo, en cambio validez a aquellos actos que con todo siendo externamente de naturaleza liberal, no integraban estos extremos. En el caso en análisis, un cónyuge ha donado cosa ajena; es evidente

que el no ha sufrido, con el acto cumplido, alguna disminución patrimonial y por esto la donación, no obstante realizándose entre cónyuges puede considerarse válida. Así mismo se explica el contenido del D.24.1.25 (Terencio Clemente): "Pero también si durante el matrimonio hubiere sido donada por el marido á la mujer una cosa ajena, se ha de decir, que desde luego es admitida la mujer á la usucapión de la misma, porque si no se la hubiera donado por causa de muerte, tampoco se impediría la usucapión; porque el derecho establecido se refiere á las donaciones por la que la mujer se hace más rica, y el marido más pobre en sus propios bienes. Y así, de entender que se hace como entre personas extrañas, tratándose de cosas que, porque es ajena, puede ser usucapida"

Es interesante tener presente, puesto que interesa al tema lo que dispone el fragmento D.24.1.44 (Neracio) ya que es admitido en este texto que la Usucapión se verifique cuando es un tercero que dona a la mujer una cosa perteneciente al marido, hasta que el marido no sepa de la donación. Desde este momento y realizando esto, la donación se entenderá cumplida por el marido y afectada por la prohibición legal, no podría constituir más un título idóneo a la Usucapión.

La disidencia textual se podría aplicar en el terreno histórico, atribuyendo como dice Solazzi a los Compiladores la introducción del principio que aparece en D.24.12.4. Así se ha sostenido realizando especialmente que no es muy claro el concepto de subsanar el vicio inicial que en el texto se afirma y que no son claras las consecuencias, esto es si la subsanación tenga efecto retroactivo o si la Usucapión tenga inicio del momento en el cual es removido el vicio y esto es de la fecha de la disolución del matrimonio, nosotros no estamos convencidos de esta interpretación, siguiendo a Solazzi porque los indicios para afirmar la intervención de los Compiladores en el texto estudiado son débiles. Para considerarlo verosímil, debese suponer un desorden del texto original que el actual su forma no permite de afirmar. En efecto si es supuesto que el texto clásico contemplase la hipótesis de la transferencia de una res mancipi hecha en modo inhábil para la adquisición del dominio y reconstruido el texto en modo conjetural. Por esto se admite que entre la opinión de Casio D.41.6.2 y aquella de Paulo en D.24.1.24 se deba admitir una diversidad de opiniones jurisprudenciales, Paulo pudo haber afirmado que venido a menos el motivo que hacía nula la donación, esto es, la existencia del matrimonio entre donante y donatario, el vicio esta subsanado y la donación es válida y por esto existe el título idóneo para la prosecución de la Usucapión. Nosotros pensamos si que sea admitido el procedimiento de la Usucapión en cuanto tal parece el sentido más fácilmente atribuible a la frase "nihilominus procedere temporis sufragum: sin embargo, procede el beneficio del tiempo", pero esta interpretación no es del todo necesaria. La frase puede también ser alusiva al inicio de la posesión ad usucapionem del día en el cual el divorcio se ha cumplido; la Usucapión procede desde aquel momento en adelante.

Otro título de Usucapión es aquel pro dote se usucape pro dote, cuando en caso de constitución real de dote se consigne al marido cosa ajena. La causa dotis debe ser efectiva; pues no hay dote si no hay matrimonio, lo que se expresa que la dote es necesariamente ligada al matrimonio y por esto, no se podrá usucapir pro dote cuando la sociedad conyugal no haya efectivamente tenido inicio o no perdure.

Otro título es pro emptore, por el cual usucape el comprador a quien le haya sido vendida una cosa ajena. La doctrina unánimemente advierte el carácter singular de este título ; en efecto, aún en la hipótesis de venta obligatoria, la Usucapión no se verifica sobre la base del pago e independientemente de la validez y de la subsistencia del contrato, más se debe usucapir en base al contrato. Las fuentes claramente exigen para que el título sea idóneo para conducir a la

Usucapión, que se haya concluido un negocio válido de compraventa. Un texto que explica la noción romana es de Paulo en D.41.3.48: "Si creyendo yo que te debía te entregara una cosa, se seguirá la usucapión solamente si también tu creyeras que se te debía. Otra cosa será, si creyera yo que estaba obligado por causa de venta, y por esto hiciera la entrega; porque en este caso, sino precediera la venta, no tiene lugar la usucapión a título de comprador. La causa de diversidad consiste en que tratándose de las demás causas se atiende al tiempo del pago; y no importa, que, cuando estipulo yo sepa, ó no, que la cosa es ajena; porque basta que yo crea que es suya cuando me pagas; más en la compra se atiende así al tiempo del contrato, como á aquel en que se paga; y el que no compra no puede usucapir como comprador, ni á título de pago, como en los demás contratos".

Parecería que en el caso de la venta obligatoria causa justificante de la adquisición por Usucapión, fuese el pago; en cambio, como el texto supra citado expresa claramente, cuando el pago adviene ex causa emptionis, se requiere la existencia de la causa precedente de la compraventa y la Usucapión adviene no pro soluto sino pro emptore.

Todas las explicaciones que han sido adoptadas en torno a esta singularidad de régimen, no pueden ser aquí adecuadamente recordada y validada, si no por otra parte, ellas interesan especialmente al tema presente. Es necesario poner en evidencia que la compra-venta romana tiene una particular naturaleza jurídica: ella no importa la obligación en el vendedor de transferir la propiedad sino solamente aquella de transmitir la posesión de la cosa y de garantizar su absoluto goce. Su construcción verosímelmente en dependencia del carácter iuris gentium del negocio, es tal que ella no aparece esencialmente dirigida a la adquisición de la propiedad, no es una obligación ad dandum. Teniendo presente esto, puede comprenderse como el pago puro y simple, en base a compra-venta no tenga por si mismo carácter de Justa Causa en la Usucapión.

El pago es ineficaz como título idóneo en la Usucapión. En el Derecho Justiniano se puede usucapir también en base al título pro legato. En el Corpus Iuris Civilis, existe un solo tipo de legado, aquel que directamente atribuye la propiedad de la cosa legada, siempre que el objeto sea idóneo, el legatario puede entonces siempre Usucapión pro legato, cuando le haya sido atribuida cosa no perteneciente al testador.

En el Derecho Clásico, esta Justa Causa de Usucapión requiere y da lugar a un muy atento examen. Ella no puede referirse a un legado de obligación que no atribuía el dominio. En el legado de obligación la causa reside en el pago hecho por el heredero y entonces el título podría ser pro soluto.

Se dice que en el Derecho Clásico, el título pro legato puede considerar el legado de propiedad donde la adquisición del dominio es inmediato y no ocurre jamás la Usucapión. Enfrentado a esta consideración Domenico Ciapessoni en "Studi in Onore a Pietro Bonfante" T. 11. Pag. 692 expreso que : "El título pro legato consideró principalmente la hipótesis de legados civiles inválidos pero sanados en virtud de las disposiciones del Senado Consulto Neroniano", el cual como afirma el Prof. Eduardo Volterra es recordado en Gayo 2, 197, 198, 212, 218, 220, 222; Fragmenta Vaticana 85, Reglas de Ulpiano 24.11 y que fue dictado en el año 60 D.C.

Los textos dicen, en fin, que se usucape pro suo para indicar generalmente la Usucapión sobre la base de uno de los títulos hasta ahora estudiado, o bien, que la Usucapión se verifica en base a un título para el cual falta designación específica. Todas las causas más diversas de las cuales puede derivar la adquisición de propiedad son justificativos de adquisición por Usucapión cuando el enajenante no sea propietario, o bien, cuando no se hayan observado las formas rituales de transmisión.

En D.41.10.1 (Ulpiano): "Hay la posesión como de cosa propia cuando juzgamos que se adquiere para nosotros el dominio, y poseemos por causa por la cual se adquiere, y además como cosa propia; por ejemplo, por causa de compra poseo como comprador, y como cosa propia; asimismo, las cosas donadas, ó legadas, las poseo a título ó de donación, ó de legado, y además como cosa propia".

En D.41.2.1,3,4 Paulo indica que se habla de posesión pro suo para indicar genéricamente que se posee un modo idóneo al conseguimiento de la prescripción adquisitiva: en D.41.3, 13 pr. y 2 (Paulo) demuestra análogamente *possidere pro suo* significa poseer en una forma que conduce a la Usucapión; En 13.41.3.5 Gayo niega la *possessio pro suo* a las posesiones según causa lucrativa; en 13.5.3,13,1 Ulpiano remarca que la *possessio pro suo* es un título genérico que puede acumularse en cualquier otro título que tenga una genérica denominación.

Para terminar un título que presenta interesantes ribetes y asuntos en el título de pro herede, es necesario distinguir, se puede hablar de esta Usucapión en dos modos: a) Para entender la Usucapión en favor del heredero de cosas por el consideradas como hereditarias cumplida a propio favor por un heredero aparente, sostenemos el exacto punto de vista considerando que basta tener presente el concepto de *Justa Causa* en la Usucapión para comprender como la herencia no pueda funcionar por título idóneo a la adquisición de la propiedad por Usucapión. La herencia en un modo general de sucesión en todas las relaciones jurídicas del difunto, por tanto, si el difunto poseía ad usucapionem sobre la base de una venta o una donación, obviamente la adquisición prescripcional a igual título, si el difunto detentaba una cosa a título de arrendamiento, de comodato, de depósito o similar, el heredero subentraba en tales relaciones, el difunto podrá ser propietario de tales cosas, y pagar así de buena fe, pero la *Justa Causa* de Usucapión faltaba igualmente.

La adquisición prescripcional pro herede, acontecía en el término de un año aún cuando se tratase de cosas inmuebles. No se podía usucapir en lo tocante a los herederos suyos y necesarios, puesto que la propiedad y la posesión de la totalidad de los bienes hereditarios pasaba a ellos automáticamente al momento de la muerte del de cuius. En cambio la Usucapión podía tener lugar aún con respecto a otros herederos, aún después de la aditio (adicción de la herencia), porque con este acto no se adquiría la posesión. Esta en discusión si por tal título, ocurriesen al inicio de la *Justa Causa* y la buena fe. Generalmente, la Doctrina responde negativamente, pero se ha hecho también notar que la *Justa Causa* parece identificarse con la *aprehensio pro herede* que concreta el momento inicial de la posesión. Por la exclusión de la exigencia de la buena fe se manifiesta Gayo en Inst.11, 55. Para la conciencia jurídica más progresista y de frente a la profunda evolución que progresivamente la *sucessio* vino atravesando la *usucapio pro herede* debía aparecer como improba, Gayo II, 56, la define justamente como improba y lucrativa, esto es, que ocasiona ventajas e injustificadamente ninguna carga. Hacía el fin de la República y en los principios del Imperio, la Usucapión de la herencia en bloque fue prohibida y permaneció posible la usucapilidad de particulares cosas hereditarias. El principio que "*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*" impide la adquisición en favor de aquellos que ya detentasen bienes hereditarios por otro título, puesto que habrían debido unilateralmente, cambiar el *animus possidendi*. En el ámbito de los institutos propios del derecho sucesorio, el pretor concedió el ejercicio del Interdicto *Quorum Bonorum* (Gayo 4,144) para impedir los efectos de la Usucapión aún contra quien ya hubiese realizado tal adquisición, en el Derecho Bizantino C.8,2, el carácter de este Interdicto era provisorio concedido contra quien haya entrado en posesión de bienes hereditarios por cualquier título.

La heredita petitio es el medio judicial fundamental a favor del heredero y mediante la cual este podía actuar contra cualquiera que tuviese la herencia o cosas hereditarias pro herede o pro possessionis, debiendo comprobar que había sido llamado a la herencia en virtud de un testamento o por la Ley; esta acción vino a modificarse en tiempos de Adriano en atención a un Senado Consulto Juventiano (129 DC) donde se distinguía en materia hereditaria entre poseedor de buena o de mala fe, porque en caso de mala fe podía intentarse contra el adquirente pudiéndose obtener la revocación de los efectos de la Usucapión. Así mismo, en tiempo de Marco Aurelio dio un definitivo golpe que hizo temblar el Instituto creando en una Constitución, como figura de delito (crimen expilatae hereditatis) el heredero de que alguien se hubiese apropiado de mala fe de bienes hereditarios (véase D 47.19,1 y 2 - Marciano y Ulpiano) y C.9.32.

D.47.19.1, Marciano: "Si alguien hubiere despojado una herencia ajena, suele ser castigado extraordinariamente mediante la acusación de herencia despojada, según también se dispone en una Oración del Divino Marco".

D.47.19.2, Ulpiano: "Si se intentara la acusación criminal de haber sido despojada una herencia, debe prestarse á conocer de ella el Presidente de la provincia; porque cuando no se puede ejercitar la acción de hurto, queda solo el auxilio del Presidente".

C.9.32,1: "Los Emperadores Severo y Antonio, Augustos, á Eufрата: No puede ciertamente formular la acusación de haber sido despojada la herencia, puesto que confiesas que inspeccionadas las cosas se le entregaron al coheredero las llaves de la caja común. Pero pidiéndose ante el juez que se exhibieran aquellas, no se debió alegar la razón de la compensación. Pero exhibidas las cosas que se desean, se ha de dejar para sus propios jueces la cuestión directa".

C.9.32,3: "El Emperador Antonio, Augusto á Elena: Si adiste la herencia de tu abuelo, no se te prohíbe que ejercites la acción criminal de herencia despojada contra la que fue tu madastra".

El Prof. Pietro Bonfante nos ha dejado en materia de Usucapio pro herede los siguientes principios:

1) La Usucapio pro herede no es posible contra los herederos suyos y necesarios.

Gayo I.II, 58: " Cuando, en cambio, hay un heredero suyo y necesario no se puede usucapir a título de heredero"

Gayo I.III, 201: "Por el contrario, se admite algunas veces la ocupación y la Uucapión de las cosas ajenas sin que se diga que se cometió hurto; por ejemplo, tratándose de cosas hereditarias en cuya posesión no ha entrado el heredero todavía, a no ser que haya un heredero necesario, se estima que no se puede usucapir nada a título de heredero. Así también, el deudor que transmitió por mancipación o por cesión ante el Pretor un objeto al acreedor, puede poseerlo y usucapirlo sin cometer hurto, como hemos expuesto en el comentario anterior".

Para el Derecho Justiniano C.7, 29, 2: "Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos y Césares, á Marina: Prevaleció, que nada se puede usucapir á título de heredero, existiendo herederos suyos".

2) La pro herede usucapio, no esta reconocida sino para las cosas hereditarias.

a) Para el Derecho Clásico

Gayo II, 52 y III, 201 supra citados.

b) Para el Derecho Justiniano

Pomponio D.41.5.1: "A título de heredero no se puede usucapir nada de los bienes del que vive, aunque el poseedor haya estimado que la cosa era de una que había muerto".

Javoleno D.41.8.5: "La cosa que fue entregada a título de legado, aunque viva su dueño, será, no obstante, usucapida como legado".

Pomponio D.41.8.6: "Si aquel, á quien le fué entrega, hubiere creído que era de persona fallecida".

3) Servus pro herede possidere non potest:

Paulo D.41.3.4,4: "El esclavo no puede poseer como heredero".

4) El usucapiente pro herede no tiene la acción de hurto, que tiene en cambio el normal poseedor ad usucapionem.

Javoleno D.47.2.72 (71), 1: "Por la cosa que se posee como heredero no le corresponde la acción de hurto al poseedor, aunque alguno pueda usucapida, porque puede ejercitar la acción de hurto aquél a quien le interesa que la cosa no sea hurtada; pero se considera que le interesa al que ha de sufrir perjuicio, no al que hubiese de realizar lucro".

5) El usucapiente pro herede no tiene la actio publiciana.

5) BONA FIDES:

Nos presenta un índice más intrínseco de la ausencia de lesión ajena en la toma de la posesión, ella, es definida en la opinión más vulgar, mirando a su normal presupuesto en la bona fides possessio, que es una opinión o creencia falsa, un error y teniendo siempre en el espíritu la falsa concepción de la justa causa y de la Usucapición, por lo cual una es un modo de adquirir el dominio, la otra, la sanatorio del vicio en el acto de adquisición. Esto puesto, se ha tratado de declarar que la buena fe consiste en la creencia que alguno ha de convertirse en propietario, en la opimo dominii. Para mostrar la falsedad desde el punto de vista romano, basta declarar que una de las funciones esenciales de la Usucapición, era la de convertir en dominio la posesión de una cosa mancipi adquirida mediante la tradición ex fusta causa, entonces, en un modo no apto para transferir el dominio. Hay además una serie de casos, todavía más graves, en el mismo Derecho Justiniano, en el cual entonces el mismo poseedor sabe clarísimo de no ser convertido en propietario y mucho menos de usucapir: Africano D.9.4.28,1; Terencio Clemente D.24.1.25 ; Papiniano D.41.3,44,4; Paulo D.41.4,2, ; Pomponio D.41.6,3; Pomponio D.41.7.5; y es para el considerar a semejantes testimonios que ha nacido la teoría más difusa entre los romanistas, la cual es en la forma una inversión de la precedente. La buena fe consiste en la creencia de adquirir del propietario o de un representante del propietario, creencia después del todo en el derecho de disponer del propio autor. Es una definición carente casi de peso en las Fuentes y de regla responde a lo real, Modestino D.50,16,109; Gayo D.11.43; Gayo D.2.6.1; Trifonino D.2.1.31.1; Paulo D.18.1.27, pero aparte también que ella omite la esencia de la buena fe, exactísima no es. Existen casos se sabe buenísimo que el propio autor no es el propietario o su representante legal o persona en general que tenga derecho de enajenar o facultad de renunciar a la cosa, y, todavía tal sabiduría no excluye la buena fe: Africano D.9.4.28; D.41.7.5 y viceversa se puede adquirir del propietario o de su representante legal y estar de mala fe, por ejemplo prevaricando con el Procurador.

Un caso delicadísimo esta resuelto por Juliano en D.41.4.8. Característico es Pomponio donde el cónyuge donatario enajena la cosa a un tercero que sabe de la donación, conoce entonces de recibir del no propietario, ahora el tercero usucapere, porque adquiere la posesión como queriéndolo y concediéndolo dueño, hay quien define justamente inspirándose en ese fragmento de Pomponio, la buena fe como: la creencia de adquirir como queriéndolo y concediéndolo su

dueño (Burckard, George. (1947). "The Roman Law". London, England: Press Edition. Vol. 11, Pág. 208).

La buena fe ha sido objeto a lo largo del tiempo de estudio, inclusive se ha extendido el examen de la buena fe a las más variadas relaciones jurídicas, se ve que presupuesto de la buena fe no es siempre el error pero tal vez la conducta, el actuar del sujeto que en cualquier hipótesis, ella designa un estado ético y es la razón moral que determina sus consecuencias, esta posición comienza con Bruns, quien llegó a plantearse si la buena fe debe ser concebida desde el punto de vista psicológico o desde el punto de vista ético y razona así: En el primer caso, la buena fe psicológica, es una convicción, una creencia en cualquier cosa, en suma un hecho del espíritu; en el segundo caso la buena fe ética, indica la honestidad, el comportarse escrupulosamente de las personas de bien, no se trata de creer o no creer, sino de rectitud, de moralidad de conciencia pura. El Legislador puede adoptar uno u otro concepto, el romano acogió el segundo por eso la llamo Bona Fides, ella excluye el error inexcusable.

Nuestra palabra fe, fede (italiano) foi (francés), en verdad, no ha conservado el significado impregnado de la romana fides, prestar fe no es lo mismo que fidem praestare. El sentido ha sido alterado al decir del Padre Olis Robledo S.J., en su obra "Bona Fides" (Edit U.P.G. Roma 1962) sobre todo por la influencia cristiana y canónica que ha insinuado en la palabra fe el concepto de creencia. Más sin embargo, aquel uso antiguo no se ha perdido todo y específicamente en las palabras afines, perfidia, fiel, fiducia, claramente, se puede decir, inalterado. Nuestra expresión buena fe, por tanto, en la tradición de los juristas en cuanto en el lenguaje popular, conserva casi la misma fuerza de la Bona Fides de los jurisconsultos romanos. Esta fuerza fundamental de la buena fe es siempre una idea ética. La buena fe para el romano cual es para nosotros el honor y la virtud, significaba la sencilla observancia del propio deber en las relaciones con los propios semejantes, en las disquisiciones morales de Cicerón, campea acoplada de ordinario a otras virtudes, constancia, justicia, pudor, etc.

Como resulta evidente, la noción de la buena fe debe ser considerada diferente de aquella de la justa causa. Los dos requisitos se fundan sobre premisas totalmente distintas y, por esto, la subsistencia de la justa causa no hace presumir la buena fe y esta, cuanto sea probada la subsistencia no permite de afirmar también la subsistencia de una causa justa.

La Bona Fides, siendo un estado de conciencia, se basa sobre un plano lógico jurídico completamente diverso de aquel que funda la subsistencia de una justa causa para la Usucapición.

La buena fe, en substancia, sirve para demostrar que el usucapiente se haya comportado honestamente en la toma de la posesión y entonces justamente Bonfante observa que por esto, el momento psicológico y el momento ético, para cualquier escritor distintamente considerado como esencia de la buena fe, son dos condiciones que se deben concebir en relación de casualidad y no ya en antítesis entre ellas.

De ordinario el error constituye la base de la buena fe y esto es, la buena fe se funda ordinariamente sobre la creencia errónea que el poseedor precedente de la cosa adquirida sea el propietario mientras en realidad el no es tal, esto importa que otro tanto normalmente el adquirente crea ser el propietario de la cosa, para este modo de concebir la buena fe, véase Gayo, I. II, 43,: "Por lo demás, también podemos usucapir las cosas que nos fueron entregadas por el que no era su dueño, sean mancipables o inmancipables, siempre que las hayamos recibidos de buena fe, creyendo que el que hacía la entrega era su dueño"; y Justiniano Inst. .11,1,35: "Si no del dueño, sino de que creía que era dueño, hubiere comprado alguno de buena fe, ó recibido por donación ú otro justo título, también de buena fe, un fundo, se decidió por razón natural, que los frutos que percibió fuesen suyos por el cultivo y cuidado. Y así, si después

e hubiere presentado el dueño y vindicara el fundo, no puede reclamar de él los frutos consumidos. Más no se ha concedido lo mismo al que á sabiendas hubiere poseído un fundo ajeno: y así, se obliga á restituir con el fundo los frutos, aunque hayan sido consumidos" y en II, 6 pr., señala: "Aquel á quien le pertenece el usufructo de un fundo, no se hace dueño de los frutos de otro modo que sí el mismo los hubiere percibido: y por tanto, si hubiere fallecido, aunque estando maduro los frutos sin haberlos percibidos todavía, los frutos no pertenecen á su heredero, sino que son frutos adquiridos para el dueño de la propiedad. Y casi lo mismo se dice respecto al colono." Erra quien sostiene que necesariamente, el error debe basarse sobre la buena fe. Los dos conceptos no son lógicamente conexos, en cuanto, ad exemplum, es considerado de buena fe también quien adquiere no del propietario: esta adquisición no puede en verdad condenar a una inmediata adquisición de propiedad pero la buena fe no está excluida, en cuanto se puede, también en tal caso, no negar que el usucapiente ha actuado con la conciencia de no dañar al propietario.

La buena fe es un momento ofrecido por la ética social y no alterado por el derecho que la asume. Ella es entonces una buena fe medida a la práctica cotidiana de la vida, al sentido moral de la sociedad y remitida de vez en cuando, como avviene de cada estado ético, a la apreciación del Juez partícipe e interprete de este pensamiento. Ahora, en la sociedad romana como en la nuestra, la buena fe no significa sino la nueva ausencia de dolo o de mala fe; entonces la culpa no excluye la buena fe, cuando dolo no hay. El lenguaje común utiliza el término persona honesta y similares también para significar una persona que muy fácilmente se engaña y se deja engañar, el usucapiente es llamado muchas veces en las fuentes imprudens D.3.5.1.3 Paulo; Juliano D.19.1.24.1, pero aquel que esta más (notorio) en una serie de fragmentos es expresamente puesto en consideración que la buena fe es ausencia de dolo pero no de culpa y la contraposición positiva de la culpa es la diligencia la cual es mejor que la buena fe Prócuro D.18.1.68 pr. "existimo te in exigendo non solum bonum fidem, sea entian diligentiam praestare debet dest non solum ut a te dolus malus absit sed etiam ut culpa: Opino que en la cobranza debes responder no solo de la buena fe, sino también de la diligencia, esto es, no solamente que estés exento de dolo malo sino también de culpa". Pomponio D.2754: "El que administra los negocios como protutor presta la misma fidelidad y diligencia que prestaría el tutor". Ulpiano D.17.1.10: "Y lo mismo respecto de un fundo, si el procurador compró un fundo; porque el que ejerce de procurador no debe responder de nada más que la buena fe".

Es evidente a cuales consecuencias conduzca esta Doctrina respecto a las dudas que el poseedor pueda alimentar acerca del propio derecho. La duda debe ser tal para excluir en la conciencia común la buena fe. En suma, estamos como siempre allí, medida es la consecuencia social, interprete el Juez. Ciertamente puede ser delicado y difícil tal vez establecer las circunstancias de hecho que excluyen la buena fe, el Juez podía errar sobre los hechos, ¿pero que quiere decir esto? ¿quien jamás ha pretendido un Juez infalible?, sino que se puede estar seguro que en el decidir según los sentimientos que el, sin embargo, hombre de su tiempo participa, o sobre las circunstancias de la vida, a la cual no es extraño, será inducido al error menos fácilmente de aquel que le pueda acaecer en orden a cada otro hecho jurídico de los puntos tratados nos dan el modo de establecer también la relación de la buena fe con el error inexcusable y el error de derecho. El error inexcusable es una culpa, el tipo si se quiere, de la culpa grave, el non intelligere quod omnes intellegunt, pero no es dolo, véase Ulpiano D.11.1.11, 10: "El que inducido por justo error hubiere negado que él era heredero, es digno de indulgencia", y D.11.1.11,11: "Pero también si alguno hubiere respondido sin dolo malo, pero con culpa, se habrá de decir, que debe ser absuelto, á no ser que la culpa sea próxima al dolo". La ignorancia

del derecho podrá ser también algunas veces, una grave culpa, entonces los textos muestran que la buena fe excluye el dolo, pero no excluye la culpa, por tanto no es necesario recurrir ni siquiera a una deducción indirecta y a las relaciones obligatorias. Se dice para los romanos en buena fe, quien enajena la cosa creyéndola suya aunque esto ocurra por error de derecho y la cosa no deviene furtiva, véase Gayo Inst. II, 50, D.2.64.5; D.41.3.36.1; D.41.3.37, así de frente a la hereditas petitorio, es considerado como poseedor de buena fe (y entonces no le incumbe la restitución de los frutos al actor), así también el que cae en error de derecho. Vid Ulpiano D.5.3.25.6.

La disputa nace solo porque existen una serie de textos, los cuales no reconocen la Usucapión, cuando se cae en error de derecho o cuando no exista una justa causa erroris o tolerabilis error. La situación esta afirmada para el error de derecho en los siguientes textos. Pomponio D.22.6.4: "Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesset constat: Niégase que la ignorancia de los derechos aproveche en la usucapión, pero consta que aprovecha la ignorancia de hecho"; Paulo D.41.3.31 pr: "nunquam in usucapionibus iuris erroris possessori prodest, et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillus auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quie iuris erroris est: Nunca en las usucapiones le aprovecha al poseedor el error de derecho; y por esto dice Próculo, que si por error el tutor hubiera autorizado al pupilo al principio de la venta, ó después de transcurrido largo tiempo de la venta, no se puede usucapir, porque hay error de derecho"; Pomponio D.41.3.32,1: "Si alguno cree que le es lícito por las leyes usucapir lo que posee, se ha de decir, que, aunque yerre, no es sin embargo procedente su usucapión, ya porque no se considera que posee de buena fe, ya porque no es procedente la usucapión para el que yerra en cuanto al derecho"; Paulo D.41.4.2,15: "Si sin la autoridad del tutor le hubiere yo comprado una cosa á un pupilo, que yo creía que era púbero, diremos que tiene lugar la usucapión, de suerte que en este caso importe más la realidad que la opinión; más si supieras que rea pupilo, pero creyeses que á los pupilos le era lícito administrar sus propias cosas sin la autoridad del tutor, no la usucapirás, porque a nadie le aprovecha el error de derecho". Se habla en general de la insta causa erroris en Papiniano D.41.3.44.4; Africano D.41.4.11 y Neracio D.41.10.5. no podemos obviar todavía ni siquiera de frente a estos textos se deba desesperar de entender el pensamiento de los jurisconsultos romanos acerca de la relación del error con la bona fides. La solución del nudo gordiano es simple. La excusabilidad del error tiene influencia precisamente sobre la Usucapión no sobre la buena fe. Ella constituye en otros términos, un requisito independiente de la Usucapión. La posesión de buena fe apta a la Usucapión, requiere además de esta también una justa causa, la cual en cambio no se exige para el derecho romano (como no se exigen siquiera la res habilis) ni en orden a la adquisición de los frutos ni en cualquier otro efecto de la posesión de buena fe. Pero la justa causa efectiva podía ser subrogada en la opinión de una Escuela de Juristas, y es la Doctrina que a nuestro entender triunfa por lógica necesidad en el Derecho Justiniano por el llamado título putativo, vale decir, por errónea suposición que una justa causa exista. Ahora, todos los textos relativos a la justa causa erroris o al error iuris en la Usucapión tienden precisamente a excluir que el título putativo pueda ser constituido por una relación que jurídicamente no es tal, por cuanto el poseedor por inexcusable error lo crea apto y es por esto, que donde el título no se exige, esto es, fuera de la Usucapión, también el mismo error iuris puede jugar, véase Ulpiano D.5.3.25,6: " Se entenderá acaso que (sabe que no le pertenece) tan sólo el que conoce el hecho, ó también el que erró respecto al derecho? Porque juzgó que el testamento había sido hecho debidamente, siendo nulo, ó que la herencia se defería á él

preferentemente, precediéndole otro agnado. Y no opino que no sea poseedor de mala fe éste, que está exento de dolo, aunque yerre en cuanto al derecho".

Discutida es la relación de la iusta Causa con la Bona Fides. Es la vieja Doctrina Savigniana, el título tenía solamente la misión de justificar y probar la buena fe que constituía entonces el substrato esencial de la Usucapión. Esto llevaba lógicamente a la admisión del título putativo, cual Teoría no era, por lo menos, aquella de la mayoría de los Jurisconsultos clásicos. En realidad nada existe en las fuentes que demuestre esta relación de subordinación de la justa causa a la buena fe y la historia esta en contra de eso. Del resto, hoy en día existe bastante concordia, sobre el punto que la justa causa y la buena fe son requisitos indiferentes; ellos pueden ser acumulativos, el uno sobre el otro en la evolución histórica y no lo son en alguna relación diplomática.

Por último la buena fe se exige en el momento de la toma de posesión y se comprende que deba ser así, dado que la buena fe debe demostrar la ausencia de lesión ajena precisamente en la ocasión y en el momento de la toma de la posesión. En los contratos dirigidos a asegurarle la transferencia de la cosa, la mala fe del propietario al momento de contrato no lo perjudica; es suficiente que él este en buena fe al momento de transferencia de la cosa, objeto del negocio. Las Fuentes dicen, sin embargo que, en la venta obligatoria, la buena fe viene requerida así al momento de la conclusión del contrato como al momento de la tradición de la cosa.

6) CONSIDERACIONES FINALES:

Antes de concluir el estudio de la Usucapión o praescriptio longis temporis, siguiendo al Prof. Volterra, debemos hacer algunas consideraciones finales:

Primero: En la Época Clásica iusta causa o titulus usucapionis era lo mismo, concibiéndose como una circunstancia que demuestra la ausencia de lesión a otro en la toma de posesión de la cosa y por tanto, justifica esa toma de posesión; consiste o en una relación negocial que tuvo lugar entre el adquirente y el poseedor anterior de la cosa, o bien de una disposición judicial o administrativa; en el primer caso, el título viene indicado con la partícula pro. En cuanto a la buena fe "es la convicción del adquirente, en el momento en que toma la posesión de la cosa, de no lesionar el derecho del propietario de la misma. Esta convicción debe ser inicial, poco importa que después conozca que la posesión es lesiva al derecho del propietario mala Fides superveniens non nocet". La buena fe, como requisito de la Usucapión en el Derecho Clásico, es un estado subjetivo del adquirente y no tiene importancia, por tanto, cual sea el motivo que la haya originado. Es necesario que con esta buena fe, elemento subjetivo debe concurrir siempre el elemento objetivo de la iusta causa; por tanto, cuando el adquirente tiene el convencimiento de no lesionar, pero falta un justo título al comienzo de la posesión no se verifica la adquisición de la propiedad. (Volterra, Eduardo. "Instituciones de Derecho Romano". Pág. 362)

Segundo: En el Derecho Justiniano, siendo equivalente iusta causa y titulus, Justiniano utiliza este último, inclusive se discute la eficacia del título putativo y al decir del Maestro Volterra "parecía poder deducirse, a pesar de la gran confusión que existe sobre este punto en las Fuentes, que Justiniano admitió que se realizara la usucapio incluso cuando faltan el título pero el poseedor estuviera convencido de la existencia del mismo, por una iusta causa erroris, es decir, por un error excusable" (Volterra, Eduardo op cit. pág 367). En cuanto a la buena fé, en el Derecho Justiniano la convicción tiene que estar basada en un error excusable y afirma el Prof. Volterra que: "En el Derecho Justiniano se atribuye un mayor valor a la buena fe en relación

con la justa causa elevándose a principio lo que en el Derecho clásico era opinión controvertida entre los juristas, a saber, que la bona fides podía, dentro de los límites expuestos, hacer efectiva la adquisición de la propiedad incluso si no existía una iusta causa". (Volterra, op. cit. pág 368). Tercero: Existen Justas Causas que dependen de disposiciones judiciales o administrativas, entre las cuales:

a) El decreto del Pretor que otorga la bonorum possessio de los bienes del difunto a aquel que no es heredero según el Ius Civile; El decreto no hace adquirir la propiedad de los bienes a aquel a quien se le otorga pero constituye iusta causa usucapionis, a través de los cuales adquiere con el paso del tiempo, la propiedad de los bienes.

b) La missio in possessionem ex secundo decreto en la cautio damni infecti: También este decreto pretoriano es justa causa para la Usucapión del bien o de los bienes en cuya posesión haya entrado el denunciante.

c) La bonorum emptio: La addictio de todo el patrimonio del condenado no hace que el adquirente consiga la propiedad de cada una de las cosas, sino que constituye iusta causa para que pueda obtenerla a través de la Usucapión.

Cuarto: Casos anómalos de Usucapión por cuanto no requieren iusta causa o bona fides, ellas son usucapio pro herede y las usurrepciones

PRAESCRIPTIO LONGISSIMI TEMPORIS

Fundándose en la facultad concedida por Constantino de oponer al reivindicarte la exceptio possessionis durante cuarenta años (praescriptio quadraginta annorum) y la praescriptio de treinta años de las acciones reales y personales establecidas por Teodosio II, en el año 424 D.C., Justiniano introduce la praescriptio longissimi temporis o prescripción extraordinaria, considerándola, de acuerdo con el espíritu de su reforma, un modo de adquisición de la propiedad. Tiene lugar cuando la posesión se prolonga durante treinta años y para los bienes inmuebles de las Iglesias o destinados a las Fundaciones Piae Causae, así como para los bienes que son objetos de pleitos, durante cuarenta años. Todas las cosas, excluidas únicamente las extracomercium, pueden ser objeto de ella, incluso las res furtivae, aunque no las res vi possessae. No se requiere ningún título, sino únicamente la bona fides del adquirente.

BIBLIOGRAFÍA

A. TEXTOS:

ALVAREZ S., Ursicino. (1977). "Instituciones de Derecho Romano". Madrid, España: Editoriales de Derechos Humanos, S.A.

ARANGIO R., Vincenzo. (1941). "Fontis iuris Romano ante iustiniani". Milano, Italia: G. Barbera Editore.

ARANGIO R., V cenzo. (1960). "Istituzioni di Diritto Romano". Napoli, Italia: Editorial Iuveneri.

ARIAS R., José. (1963). "Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

ARTILES, Sebastián. (1983). "Derecho Romano". Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.

BELLO, Andrés. (1959). "Derecho Romano". Caracas, Venezuela: Ediciones Biblioteca Nacional.

BETTI, Emilio. (1962). "Istituzioni di Diritto Romano". Padova, Italia: Cedam Editori.

BIONDI, Biondo. (1952). "Diritto Hereditario". Milano, Italia: Editorial Giuffrè.

BLANCO, María L. (1991). "Testamentum Parentum Inter Liberos". Valladolid, España: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid.

BONFANTE, Pedro. (1959). "Instituciones de Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Reus.

BONFANTE, Pedro. (1954). "Corso di Diritto Romano". Padova, Italia: Cedam.

BONFANTE, Pedro y FERRINI, Contardo. (1960). "Digesta Iustiniani". Milano, Italia: Società Editrice Libreria.

BURDESE, Alberto. (1972). "Manual de Derecho Público Romano". Barcelona, España: Editorial Bosch.

BURCKARD, George. (1947). "The Roman Law". London, England: Press Edition.

CAMUS, E.F. (1951). "Cursos de Derecho Romano". La Habana, Cuba: Universidad de la Habana.

CARRERA, Delio (1982). "Derecho Romano". Habana, Cuba: Editorial Pueblo y Educación.

D'ORS, Alvaro. (1959). "Elementos del Derecho Privado Romano". Navarra, España: Publicaciones de la Universidad de Navarra.

D'ORS, Álvaro. (1948). "Introducción al Estudio de los Documentos del Egipto Romano". Madrid, España: Editorial Instituto Antonio de Embruja.

D'ORS, Álvaro. (1960). "Digesto Justiniano". (Versión castellana). Pamplona, España: Editorial Aranzadi.

D'ORS, Xavier. (2001). "Antología de Textos Jurídicos Romanos". Madrid, España: Ediciones Akal S.A..

DE BACARDI, Alejandro. (1874). "Corpus Iuris Civilis". Barcelona, España: Establecimiento Tipográfico Ramírez y Compañía.

DE COUDER, Rubén (1984). "Compendio de Derecho Romano". Madrid, España: Revista de Legislación.

DE FRANCISICI, Pietro. (1954). "Síntesis Histórica del Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

DIAZ, Eusebio (1950). "Instituciones de Derecho Romano". Barcelona, España: Editorial Horta.

DOMINGO, Rafael. (2001). "Auctoritas". Barcelona, España: Editorial Ariel.

FERRINI, Contardo (Beato). (1956). "Manuale delle Pandette". Milano, Italia: Società Editrice Libreria.

GARCÍA G., Manuel. (1978). "Casuismo y Jurisprudencia Romana". Madrid, España: Editorial Artigrafía.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. (1889). "Corpus Iuris Civilis".. Barcelona, España: Editorial Molina.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. (1989). "Cuerpo del Derecho Civil Romano". Reimpresión. Valladolid, España: Editorial Lex Nova, S.A.

GARCÍA M., Eduardo. (1958) "Introducción al Estudio del Derecho". México D.F., México: Editorial Porrúa.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y A., Faustino. (1995). "Diccionario de Derecho Romano". 4º edición. Madrid, España: Editorial, Reus, S.A.

HERNÁNDEZ T., Francisco. (1961). "Las Instituciones de Justiniano". Madrid, España: Universidad de Madrid.

HERNÁNDEZ T., Francisco. (1978). "Lecciones de Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Darros.

IGLESIAS, Juan. (1999). "Instituciones de Derecho Privado". 12º edición. Barcelona, España: Ediciones Ariel.

IGLESIAS, Juan (1985). "Estudios. Historia de Roma - Derecho Romano - Derecho Moderno". 2º edición. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.

LONGO, Gianetto (1962). "Corso di Diritto Romano. Diritti Reali". Padova, Italia: Cedam.

MEIRA, Silvio. (1975). "Corso de Direito Romano". Sau Paulo, Brasil: Edit. Saravia.

MEIRA, Silvio. (1972). "A Lei das XII Tábuas". Rio de Janeiro, Brasil: Editorial Forense.

Joaquín Rafael Alvarado Chacón Anuario N° 26 (2003)

MORINEAU, Marta e IGLESIAS, Román. (1994). "Derecho Romano". México D.F., México: Harla, S.A.

ORESTANO, Ricardo. (1961) "Introduzioni allo Studio Storico del Diritto Romano". Torino, Italia: A. Giappichelli Editore.

ORTEGA C., Antonio. (2002). "Los Derechos Reales en el Derecho Romano". Granada, España: Impredisur.

ORTIZ, Julio. (1968). "Comentarios a las Institutas de Gayo". Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Libre de Colombia.

PETIT, Eugene. (1990) "Tratado Elemental de Derecho Romano". Caracas, Venezuela: Móbil Libros (Edición Venezolana).

RODRÍGUEZ, Bartolomé. (1874). "Corpus Iuris Civilis". Barcelona, España, España: Editorial Molina.

SAXOFERRATO, Bartolo. (1956). "Glossa ad Digestum Iustineaneum". England: Oxford University Press.

SAVIGNY, Carlos F. (1847) "Sistema del Derecho Romano Actual". Madrid, España: Editorial Góngora.

SCHULTZ, Fritz. (1960). "Derecho Romano Clásico". Barcelona, España: Editorial Bosch.

SOLAZZI, Siro. (1962). "Scritti di Diritto Romano". Napole, Italia: Editoriale Jovene.

SOLAZZI, Siro. (1948). "Studi in Onore di Siro Solazzi". Napole, Italia: Editoriale Jovene.

VOCI, Pasquale. (1954). "Instituzioni di Diritto Romano". Milano, Italia: Editoriale Giuffre.

VOIGT, Paul. (1930). "Ley XII Tavole". Roma, Italia: Edizioni Sampoelesi.

URIA, José. (1984). "Derecho Romano". San Cristóbal, Venezuela: Editorial Universidad Católica del Táchira.

VOLTERRA, Edoardo. (1963). "Diritto Privato Romano". Roma, Italia: Editorial Richerche.

VOLTERRA, Eduardo. (1991). "Instituciones de Derecho Privado Romano". Reimpresión. Madrid, España: Editorial Civitas.

WINDSCHEID, Bernard. (1946), "Manuale delle Pandette". Milano, Italia: Editrice Giuffre.

B. FUENTES JURÍDICAS:

B-I: ROMANAS:

1. Código Gregoriano. (1926). Edición a cargo de KRUEGER, Paulus. Berlín.
2. Código Hermogeniano. (1926). Edición a cargo de KRUEGER, Paulus. Berlín.
3. Código Teodosiano. (1926). Edición a cargo de KRUEGER, Paulus. Berlín.

4. Corpus Iuris Civilis Iustinianei. Supra citens
5. Institutas de Gayo. Supra citens.
6. Ley de las XII Tabla. Supra citens
7. Reglas de Ulpiano. (1946). Ediciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid.
8. Sentencias de Paulo. "Fontes Iuris Romani ante Iustinianei". Supra citens.

B-2: MODERNAS: CÓDIGOS Y LEYES:

1. Código Civil Brasileño
2. Código Civil Chileno
3. Código Civil Español
4. Código Civil Puertorriqueño
5. Código Civil Mexicano
6. Código Civil Uruguayo
7. Código Civil Venezolano

C: FUENTES LITERARIAS Y FILOSÓFICAS ROMANAS:

1. Aulo Gelio. "Noches Aticas". (1923). Madrid, España: Editorial Perlado.
2. Ciceron, Marco Tulio. "Operae Omniae". (1890). Madrid, España: Editorial Góngora.
3. Dionisio de Halicarnaso. "Historia antigua de Roma" (1984). Madrid, España: Editorial Gredos.
4. Festo. "De Verborum Significationis". (1848). "Les Gramatiques Latins". París, Francia: Edit. Firmin Didot Frére.
5. Plinio El Viejo. "Historia Natural". (1964). Roma, Italia:Edit. Rizzoli.
6. Varron, Marco Terencio. "De Lingua Latina". (1990). Barcelona, España: Anthropos Editorial del hombre.

ABREVIATURAS

I. = Instituciones de Justiniano.
D. = Digesto de Justiniano.
C. = Código de Justiniano.
Nov o N. = Novelas de Justiniano.
S. = Sentencias de Paulo.
Inst. de Gayo = Instituciones de Gayo
Pr. = Parágrafo