

LA "USUCAPIO PRO HEREDE" (1)

(Conclusión.)

Para sostener que la usucapión con buena fe y justo título está sometida a la condición de que el heredero no haya tomado posesión todavía de las cosas hereditarias, se toma base de un texto (2), de Pomponio (L. 29, D., De usucap.) así concebido: «*Cuum solus heres essem, existimarem autem te quoque parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi; propius est, ut ussueas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque etiam habes causam possidendi: ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum. Item dicimus si tu quoque existimes te heredem esse; nam hic quoque possessio veri heredis obstat tibi.*»

El caso previsto es el siguiente: Primus, heredero real, cree a Secundus su coheredero y le hace tradición de la mitad de las cosas hereditarias. Pomponio se pregunta si Secundus podrá usucapir.

Una objeción nace por de pronto: ¿cómo puede hablarse de usucapión en una hipótesis en que Secundus deviene propietario por la tradición misma, que es, como se sabe, uno de los modos romanos de transferir la propiedad? La objeción, que tendría algún valor si el texto emanara de un jurisconsulto del derecho nuevo, donde la tradición era siempre un efecto o modo legal de transferir la propiedad, no tiene cabida si se piensa que este texto emana de un jurisconsulto de la época clásica: en la época del derecho clásico la tradición de las *res mancipie*, aunque hecha a *domino*, no transfería la propiedad hereditaria, sino solamente el do-

(1) Véanse los cuatro números anteriores.

(2) Arndts: «Civ. Schrift. I, t. 127-128; Fitting: «Archs. für die Civ. prax., 52, p. 274; Wenig-Ingenheim: «Lehrbuch des gemeinen civilrechts», 4.^a edit., § 132, nota; Unterholzner: «Verjährungslehre», § 107, I, p. 372; Huschke: loc. cit., 193-192.

minio bonitario; la usucapición sólo hacía adquirir el *dominium ex jure ilitium*; este fin de transformar el dominio bonitario en dominio quiritarario había sido, en su origen, el único caso de aplicación de la usucapición (Gayo, II, § 41) (1). La cuestión planteada por Pomponio es saber si sobre el fundamento de esta tradición de las *res mancipi* hereditarias, Secundus podía, por medio de la usucapición, transformar su dominio bonitario en quiritarario, y la respuesta es negativa; en efecto, dice el jurisconsulto, Secundus no puede usucapir *pro herede*, ni de ninguna otra manera, puesto que le falta el título; sin embargo, aquí Pomponio abre una especie de paréntesis si la tradición intervenía en ejecución de una transacción, y había tenido lugar a la usucapición, pues una transacción es una base suficiente para ésta. Por último, si Secundus es de buena fe y cree ser heredero, la usucapición no tendrá lugar por el obstáculo de la anterioridad de la posesión del verdadero heredero, y es aquí, según Arndts, donde se ve la prueba de que el principio admitido, en materia de usucapición lucrativa, se extiende también a la usucapición de buena fe, y con justo título.

¿Únicamente puede interpretarse el texto como hace Arndts? No lo creemos. Sin duda, Pomponio dice bien en la última frase (*Item dicimus*, etc.) que Secundus, aun siendo de buena fe, no podría usucapir. Supone que Secundus tiene la buena fe, pero no supone que tenga justo título, y, por consecuencia, careciendo de éste no puede hacer cuestión de la usucapición ordinaria, sino solamente de la usucapición lucrativa. Lo que prueba ciertamente que Pomponio supone que aquí no hay justo título es la relación que establece entre la última frase y la primera; la frase intermedia, relativa a la transacción, no era, como hemos dicho, más que un paréntesis, y esta relación está impuesta por las palabras *Item dicimus*, cuyo sentido es bien significativo. En la primera frase el jurisconsulto supone, ciertamente, que no hay justo título, y es preciso admitir que la última no lo supone tampoco; pero seguirá: ¿Cómo admitir que Primus y Secundus hayan sido igualmente engañados, sin que tengan el justo título? Y la respuesta es fácil, pues podía haber un título aparente suficiente para inducir a error, pero no suficiente para constituir el fundamento de

(1) Accarias: «Précis de Droit Rom.», t. I, p. 554. Soheure: «Beitrage», II, p. 31 y sig.

una usucapión: el verdadero heredero ha podido creer, por ejemplo, a Secundus su coheredero sobre la base de un testamento nulo por defecto de forma, o bien todavía sobre el fundamento de un testamento que creía existir y no había existido nunca (1).

Es claro que en este caso el justo título falta y que, por consecuencia, no se puede hablar de usucapión ordinaria, y no cabe cuestión más que sobre la *usucapio* lucrativa *pro herede*, que es la que pretendía, sin duda, invocar Secundus; pero Pomponio advierte que esta usucapión no es posible en la hipótesis, puesto que su posesión era posterior a la del verdadero heredero, y tal es, creemos nosotros, la verdadera interpretación de la ley 29 D. De usur. Este fragmento no tiene ningún sentido en el derecho nuevo de Justiniano, en que la distinción de *res mancipi* y *res nec mancipi* no existía, y la tradición era siempre traslativa de propiedad (2).

Muchos autores pretenden igualmente que las disposiciones del Senado consulto Adriano, indicado por Gayo, se aplicaban también a la *usucapio pro herede* con buena fe y justo título, y, por consecuencia, está privada de eficacia frente al heredero que intenta la petición de herencia (3).

Esta concepción está en contradicción manifiesta con la íntima esencia de la usucapión. Aquel que, en efecto, ha adquirido por usucapión el derecho de propiedad, derecho absoluto, puede hacerlo valer contra todos, incluso contra aquel que ha sido despojado, y ésta es la regla general. El Senado consulto Adriano abrió una brecha en este principio, decidiendo la revocabilidad en provecho del heredero de la usucapión lucrativa solamente. Aplicar este Senado consulto a la usucapión ordinaria de buena fe con justo título es olvidar completamente su origen histórico y su carácter especial. En el edicto Adriano quiso evitar los inconvenientes prácticos derivados de la *improba usucapio pro herede*, y no

(1) Sobre la teoría del título putativo del derecho romano, ver a Accarias: «Précis», t. I, p. 559.

(2) Gans: «Scholien», p. 262; Ascoli: «Studii sull'usucapio pro herede» en «Archivio Giuridico», 1887, t. 38, p. 326.

(3) Arndts: «Civ. Schrift.», I, p. 131 y 11, p. 358; Wangerow: «Pand.» § 320, nota 1; Thibault: «Pand.», § 1.013; Unterholzner: «Zuz. lehr. von der usucapio pro herede Rhein. mus. für Juris», vol. 5, p. 26-32; Mainz: «Droit romain», III, § 409 y 411, p. 512.

habría podido, por consecuencia, sin ponerse en contradicción con el fin mismo que perseguía, sancionar así la revocabilidad de la usucapión con buena fe y justo título, puesto que habría introducido una injusticia para evitar otra.

¿Qué objeciones se han hecho a estas razones sacadas del origen histórico y de la teoría general de la usucapión romana?

Primera objeción. Se pretende que el texto de Gayo está concebido de una manera muy general y que no excluye expresamente la revocabilidad de la *usucapio ordinaria pro herede*. Pero del hecho de que Gayo no diga nada a este respecto no se puede concluir que la admite. Sin duda, si el poseedor de buena fe se limita a invocar como medio de defensa la *usucapio lucrativa*, podría serle opuesto el Senado consulto para aplicarlo a toda *usucapio lucrativa*, fuera de buena o de mala fe; pero, al contrario, si el heredero aparente suministra la prueba de su buena fe o de su justo título, en una palabra, se defiende por la vía de la usucapión ordinaria, nosotros no vemos cómo podría oponérsele una medida legislativa dictada para una situación jurídica completamente diferente.

Segunda objeción. Se saca un argumento de las disposiciones del Senado consulto Juventio, el cual había resuelto que en ningún caso el poseedor de la herencia no debía enriquecerse en detrimento del verdadero heredero, y que, por consecuencia, debía restituir a éste, accionando por la petición de herencia o, a lo menos, todo lo que se hubiera enriquecido (L. 28, D. V, 3). Sería, por tanto, una inconsecuencia admitir que por el medio de la usucapión pueda tener lugar un enriquecimiento semejante.

Este razonamiento, por ingenioso que parezca, no es más que una petición de principio. El Senado consulto Juventio fijaba las restituciones a hacer por el poseedor de buena o mala fe; pero supone, necesariamente, que la petición de herencia puede ser válidamente intentada. La cuestión que nosotros investigamos, para resolverla, es la de saber si el heredero real puede ejercer la petición de herencia contra aquel que invoca la usucapión ordinaria a título *pro herede*; antes, pues, que no se haya demostrado este punto no se puede pensar en aplicar los principios del Senado consulto Juventio.

Arndts insiste, sin embargo, y pretende que si se descarta la

petición del Senado consulto se llega a verdaderas inconsecuencias e incluso a injusticias chocantes, pues en tanto que aquel que ha usucapido la cosa hereditaria no está obligado a nada, aquel que, encontrándose en las mismas condiciones de buena fe sin justo título la vende antes del cumplimiento de la usucapición, está obligado, a lo menos, en los límites de su enriquecimiento.

Que hay desigualdad entre los dos casos es indudable; pero, como observa muy bien Fritz (1), esta desigualdad obedece a la desigualdad misma de dos situaciones jurídicas. En el primer caso, cuando la cosa hereditaria no ha sido enajenada, es la cosa misma la que es restituible, en tanto que la usucapición no se ha consumado, obligación que cesa el día del cumplimiento de la usucapición; en el segundo caso, por el contrario, cuando la cosa ha sido enajenada antes del cumplimiento de la usucapición, desde el día mismo de esta enajenación el poseedor está obligado personalmente a la restitución del precio de venta, obligación personal que no puede extinguirse por ningún lapso de tiempo en el derecho clásico, y solamente por la prescripción trentenaria, después de Teodosio el Joven. Las pretendidas inconsecuencias y las pretendidas injusticias a las cuales conduciría, según Arndts, nuestra opinión no es más que el resultado de ideas romanas en materia de usucapición adquisitiva y de prescripción extintiva de acción: en tanto que se favorecía siempre la primera de una manera excesiva, se rechaza, al contrario, durante algún tiempo, la segunda como contraria a la idea de perpetuidad de la obligación.

Tercera objeción. Llegamos ahora a uno de los más sólidos argumentos de la doctrina contraria, que se apoya sobre dos rescriptos de los emperadores Diocleciano y Maximiano, concebidos así:

L. 7, Code III, 31: «*Hereditatis petitione, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentem exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum, quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explorasit.*»

(1) Fritz: «Erläuterungen und Zussätze zu Wennig.» «Ingenheim's Lehrbuch», vol. I, p. 335.

L. 4. Code VII, 34: «*Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his quinec pro herede nec pro possessore, sed pro empto vel donato seu alio titulo res quae hereditariae sunt vel fuerunt possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio noceat.*»

Estos dos textos parecen negar todo valor a la *praescriptio longi temporis* opuesta a la petición de herencia, y puesto que no hay diferencia sustancial práctica en derecho nuevo entre aquella y la usucapición, parecen contrarias a nuestra opinión y prueban que en el derecho clásico no se podía poner la usucapición ordinaria al heredero intentando la petición de herencia.

Notemos por de pronto que los dos textos se colocan en el caso de una petición de herencia que tiene por objeto la reivindicación de una herencia entera. Las palabras *hereditatem petentibus* de la ley 4, no pueden dejar ninguna duda a este respecto a pesar de lo que dice Arndts (1); en cuanto a la primera ley, la cosa es no menos cierta como lo demostraremos muy pronto.

La petición de herencia total era, pues, intentada contra un poseedor *pro herede* que había poseído toda la herencia y pretendía detener la acción oponiendo la *praescriptio longi temporis* cumplida en su provecho sobre los bienes corporales de la sucesión. ¿Era admisible esta pretensión? No; pues la *praescriptio longi temporis* cumplida sobre ciertos bienes temporales puede ser opuesta a una *actio in rem specialis*, teniendo precisamente por objeto la restitución de estos bienes, como, por ejemplo, la acción en reivindicación; pero ella no puede serlo a una acción que, como la petición de herencia, tiene por objeto no solamente la reivindicación de bienes corporales, sino también el cumplimiento de prestaciones personales no sometidas a la *praescriptio*. Esto es precisamente lo que nos dice la ley 7, de una sola palabra: La *praescriptio* no puede ser opuesta a la petición de herencia porque ésta es una acción mixta personal (*quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat*) (2).

Se sabe lo que es preciso entender por esta expresión de *mixtae personalis* aplicada a la petición de herencia.

Sin duda ésta es, ante todo, una acción real: por definición,

(1) Arndts: «Civil Schrift.», I, p. 135.

(2) Machelard: «Théorie générale des interdicts», p. 93.

ella es la acción en defensa de un derecho oponible a todos y que no descende nunca de una relación personal de obligación; de otra parte, los epítetos de *vindicatio successionis* y de *actio in rem* con que los textos la califican, no deja lugar a ninguna duda. Sin embargo, difiere de las *actionis in rem specialis* en un punto muy importante, pues en tanto que éstas tienden solamente a obtener la restitución de cosas particulares, aquélla, al contrario, tiene por objeto los derechos reales y las prestaciones personales a la vez. Por consecuencia, el juez que tiene que resolver una cuestión de herencia está en una posición bien diferente de aquel que debe resolver un litigio de propiedad o de otro derecho real. Este sí que no tiene más que una cuestión en que fijarse. ¿El demandante es el propietario del derecho real? Y según que se responda afirmativa o negativamente, condena o absuelve.

El juez de la cuestión hereditaria, por el contrario, tiene una cuestión más difícil. Hay dos puntos igualmente graves a examinar: primeramente ¿el demandante es el heredero? Segundo. Suponiendo que se haya resuelto este punto afirmativamente, ¿cuál será el montante de la condena que deberá restituir el demandado? *Quid restituendo sit?*, dicen los textos. Y sobre este segundo punto el juez tiene que resolver una multitud de cuestiones de hecho y de derecho. ¿El demandado ha sido de buena o de mala fe? ¿Ha enajenado algún objeto hereditario? ¿Ha sacado algún provecho?

He aquí en qué sentido la petición de herencia está calificada de mixta personal por la ley 7 y este desenvolvimiento viene en apoyo de lo que hemos dicho hace poco. En el pensamiento de los autores de los rescriptos no se podía admitir que el curso de una acción mixta general, teniendo por objeto derechos reales y derechos personales, fuera decretada de una manera perentoria por la *praescriptio longi temporis*, insertada bajo forma de *exceptio* en la fórmula, es decir, por un medio de defensa restringido, limitado no, mirando más que los derechos reales: toda respuesta debe ser en relación en concordancia con la demanda.

Si a la petición de herencia no se había podido oponer la *praescriptio longi temporis* ello habría tenido por efecto la exclusión total de la acción, puesto que el carácter de las excepciones es el de ser verdaderas condiciones negativas de la condena de tal

suerte que basta que el juez sea convencido que el hecho invocado en la excepción existe para que deba necesariamente absolver (1).

Es decir, que aquel en provecho del cual se ha cumplido la *praescriptio longi temporis* por todo, o en parte, de los bienes corporales hereditarios y que no puede oponer esta *praescriptio* por vía de excepción a la demanda en petición de herencia, ¿se verá despojado necesariamente de estos objetos hereditarios? ¿La *praescriptio* no tendrá para él ninguna ventaja práctica? Este resultado parece muy extraordinario para que se le pueda aceptar. Pero entonces, ¿cómo al demandado se le podrá dispensar de la obligación de restituir lo que ha adquirido por *longum tempus*? La cuestión es muy difícil de resolver mirando la rareza de los textos que nos son conocidos sobre el procedimiento romano, la concepción de las fórmulas y el papel del *judex*. No se puede hacer más que lanzar conjeturas.

Rosshirt (2) admite que cuando el demandado condenado en la sentencia de petición de herencia no restituye las cosas hereditarias, el heredero debe para cada cosa emplear la reivindicación y que entonces, en este segundo *judicium*, el demandado puede oponer la *praescriptio longi temporis*. No creemos que esta explicación sea satisfactoria. La condena en la sentencia de petición de herencia es de restituir las cosas o su precio, y si el demandado no ejecuta la sentencia, es por una *actio judicati* no por una acción en reivindicación que se ejercite contra él.

En otro sistema (3) más verosímil se razona del modo siguiente: la *praescriptio longi temporis* no puede oponerse al heredero que intenta la *hereditatis petitio*, puesto que su efecto sería la total exclusión de la acción; pero si esto no puede hacerlo bajo la forma de una verdadera excepción, esto puede y debe tener su influencia en el examen de *quid restituendum*, examen al cual se entrega el juez después de haber reconocido en principio la cualidad de heredero del demandado: en este momento él examina

(1) Ver sobre el carácter de las excepciones en derecho romano: Savigny: «System», V. ap. XIII; Arndts-Serafini: «Pandt.», § 100; Carle: «De Exceptionibus in jure Romano», ch. II.

(2) Rosshirt: «Zuz lehren», etc. («Archs. für die Civ. Praxis», IX, p. 32.)

(3) Ascoli: Ob. cit., 342.

cuáles son las restituciones que debe hacer el demandado y, por consecuencia, en este momento es cuando aquél deberá hacer valer los derechos resultantes para él de la *praescriptio longi temporis* y el juez no le condenará más que a la restitución de los bienes no adquiridos *per longum tempus*.

Sin duda, de la misma manera ocurren las cosas si habiendo lugar a invocar la *praescriptio longi temporis* el demandado invoca la usucapición; es éste un modo civil de adquirir la propiedad y no podía ser cuestión de oponerla bajo forma de excepción a la petición de herencia y ésta sigue su curso sin obstáculos. Es solamente en el examen del *quid restituendus* hecho por el juez cuando el demandado hace valer la usucapición adquirida en su provecho sobre tales o tales objetos corporales de la herencia y el juez no condena más que a la restitución de los objetos no usucapidos.

Cuarta objeción. El último y el más sólido argumento sostenido por la tesis adversa se deduce de la L. I, pr. D. *quorum bonorum*, XLIII, 2:

«Ulpianus, lib. 47 ad. edictum. Ait pretor: *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possidesi, possiderestve, si nihil usucapitum esset, quodque dolo malo fecisti uti dessinerestve possidere: id illi restituas.*»

Parece que este texto concede el interdicto *quorum bonorum* contra el que ya ha usucapido las cosas hereditarias, de lo que se deduce que la petición de herencia debe tener plena fuerza contra el *usucapto pro herede*; deducción extremadamente lógica como se ve.

Notemos, por de pronto, que si se interpreta así el texto, la teoría de la revocabilidad establecida por el Senado consulto Adriano sería excedida como lo reconocen nuestros adversarios mismos y no sería solamente en provecho del *heres* de derecho civil que la usucapición sería revocada, sino en provecho de todo heredero pretorio de todo *bonorum possesso* cualquiera que fuese. En presencia de estas consecuencias, que están en contradicción con todos los principios admitidos en materias de usucapición, se hacen toda clase de tentativas para explicar de otra manera el fragmento de Ulpiano.

La glosa (1) comparando si *nihil usucaptum esset* con *quodque dolo malo fecisti*, interpreta el texto en el sentido que un tercero y no el demandado hubiera usucapido. El demandado había enajenado la cosa con dolo para sustraerse a la acción del heredero: la usucapición cumplida en provecho del adquirente no le liberaría. Tal interpretación no puede satisfacer, pues el demandado está obligado siempre porque ha enajenado con dolo, haya o no usucapido el tercer adquirente.

Según Rogge (2) he aquí cómo es preciso comprender el texto: él hace nacer una duda a propósito de este interdicto *quorum bonorum* sobre el punto de saber si aquel que había usucapido *pro herede* algunas cosas hereditarias, solamente podía por las no usucapidas ser atacado por el interdicto, puesto que las poseía, no a título de *universitas bonorum*, sino a título de cosas individuales. El pretor admite que, contra el *usucaptor*, el interdicto será aplicable, pero bien entendido, solamente para las cosas no usucapidas y esto es lo que afirma en las palabras *possideretve si nihil usucaptum esset*. La base de esta interpretación es completamente falsa. La duda de que habla Rogge no puede nacer, puesto que está admitido sin controversia que la petición de herencia y, por consecuencia, el *interdictum quorum bonorum* puede ser ejercido incluso sobre cosas individuales, poseídas *pro herede* o *pro possessore*, y parece también que el interdicto no podía darse más que contra los *possessores rei* (L. II, D. quor. bon.). El texto, por otra parte, es absolutamente contrario a esta interpretación y en él no hay ni indicios siquiera de la pretendida duda.

Savigny (3) propone relacionar a las palabras *possideretve* las palabras *pro possessore* e interpreta el fragmento como si dijera: *quod pro herede aut pro possessore possideretve pro possessore possidere, si nihil usucaptum esset*. El interdicto estaría concebido así contra el poseedor *pro herede* o *pro possessore* y solamente

(1) Ad hanc legem, Vo usucaptum. Voët, ad Pand., liv. 43, t. II, § 1: Ver una segunda conjetura de la glosa emitida por Bartolo, Ad hanc leg. in I, D., novi partem, f. 145.

(2) Rogge: «Dissertatio inauguralis proponens interpretationem», L. I, D. quor. bon.

(3) Savigny: *Interdictum quorum bonorum* en la «Werm-Schrift.»; volumen 2, p. 263. En el mismo sentido Gans y Fritz citados por Savigny. En contra, Arndts: «Civil. Schrift.», I, p. 132; II, p. 368.

contra el *proedo* que ha usucapido y no se hará así más que aplicar al interdicto *quorum bonorum* las disposiciones del Senado consulto Adriano sobre la *usucapio lucrativa pro herede*. Dos objeciones principales han sido hechas a este sistema de Savigny. La primera es que no se puede relacionar con las palabras *possideretve* la expresión *pro possessore* con exclusión de las palabras *pro herede* que se relacionan también como resulta con evidencia del conjunto de la frase. La segunda es que en el derecho de Justiniano el fragmento estaría privado de sentido en parte, cuando menos, puesto que la *usucapio lucrativa* había caído en desuso y no se sabe a qué podría aplicarse la frase incidental *possideretve si nihil usucaptum esset*.

Otra interpretación que nos parece mucho más conforme con las ideas generalmente aceptadas sobre la naturaleza y el origen del interdicto *quorum bonorum* ha sido propuesta por Zimmern y Ruggiero. El principio especial establecido por el edicto no sería nunca la consecuencia de la idea de revocabilidad de la *usucapio lucrativa pro herede* sancionada por el Senado consulto Adriano, sino que derivaba de la esencia misma del interdicto *quorum bonorum*, y jamás antes del Senado consulto Adriano la usucapición no pudo ser invocada contra el interdicto, que en su origen, cuando menos, fué una acción posesoria y en frente del cual no se podía, por consecuencia, plantear la cuestión petitoria. El medio de defensa sacado del cumplimiento de la usucapición no podía encontrar su lugar en un *judicium* posesorio, y era solamente en el *judicium* petitorio cuando el juez quería resolver el punto de si la usucapición se había o no adquirido. Ruggiero invoca a favor de su tesis la ley 3 (C. *quorum bonor.*, VIII, 2): parece bien resaltar de las últimas palabras de este texto (*secundâ actiones proprietatis non exclusâ*) que la petición de herencia podía ser intentada después del interdicto *quorum bonorum*, es decir, la vía petitoria después de la vía posesoria (L. únic. C. Teod., *Quorum bon.*, IV, 21) (1).

Tales eran los principales sistemas de interpretación que habían

(1) Ruggiero: «Il possesso in diritto romano.» Firenze, 1880, vol. 2, páginas 100 y 229. Zimmern: «Progr. quo sensu summarium vocari possit interdictorum Romanorum judicium.»

Ver sobre la naturaleza posesoria del *interdictum quorum bonorum* Accarias.

corrido hasta estos últimos años. Ultimamente, una nueva explicación, extremadamente ingeniosa, ha sido propuesta en Italia por Ascoli (1), el que propone simplemente en la frase incidental *si nihil usucaptum esset* la corrección de *esset* en *est*, y así, corregido el texto, viene a decir que el interdicto *quorum bonorum* está concedido contra el poseedor *pro herede* o *pro possessore*, pero solamente cuando no ha usucapido; las cosas no deben ser nunca restituidas; la frase *si nihil usucaptum est* se refiere a *restituas*.

Para proponer esta corrección de *esset* en *est* Ascoli se apoya en la autoridad de las Basílicas: He aquí la versión latina del fragmento, según Fabrotus y Heimbach *Ait proetor*: *Si ex his bonis quorum alicui possessionem dedi quid pro herede aut pro possessore possides, Nec Usucepisti, aut si dolo desieris possidere id illi restituas*.

«Es evidente—dice Ascoli—que el autor de las Basílicas tuvo delante un texto con *est* y no *esset*. Lo cierto es que esta compilación legislativa en lengua griega es, especialmente en la parte que trata del Digesto, la obra de jurisconsultos poco alejados de la época de Justiniano, que debieron tener ante sus ojos el manuscrito original de las Pandectas; se comprende, por consecuencia, toda la autoridad que ellos podían tener en materia de interpretación.» Habría sido imposible de traducir por *usucepisti* si hubiese sido *esset* en lugar de *est*, y saltar el *possideresse* si había tenido la significación que hoy se ha querido darle. El párrafo de las Basílicas es, pues, una prueba cierta de que en los tiempos contemporáneos de Justiniano había una lectura, al menos, con *est*, pues es imposible admitir un error de lectura de la parte del que lee y más del que traduce. Pero ¿cómo explicar que todas las ediciones del Digesto y todos los manuscritos que nos son conocidos lleven *esset*? De tres lecturas completas del Digesto que nos son conocidas, la Alejandrina no deriva de ningún manuscrito especial; la Vulgata proviene de un manuscrito de Bolonia, y la Flo-

«Précis», t. 2, p. 1.360; Ruggiero: Ob. cit. Ver también Arndts: Ob. cit. En contra, Savigny: Ob. cit.

Vér también sobre la teoría general de los Interdictos en Derecho romano Machelard: *Théorie générale des Int.*, que admite igualmente el carácter posesorio del interdicto *quorum bonorum*.

(1) Ascoli: Ob. cit., p. 350.

rentina, de un manuscrito de Florencia. Parece probado, después de los recientes trabajos de Momsen, Arndts, Serafini, Brinz y Dernburg, que el manuscrito de Bolonia, del que derivaron alrededor de 500 ejemplares de la Vulgata, no fué más que una copia, en algunos puntos corregida, del manuscrito Florentino. La concordancia de todas las lecturas sobre este punto no es, pues, sorprendente, si se piensa que el error de un solo manuscrito fué la causa.

¿Cómo puede producirse este error material? Ascoli lo explica haciendo notar que muy a menudo *esset* se encuentra abreviado en *eet*. Entre *eet* y *est* la diferencia es tan pequeña que un copista ha podido equivocarse y cambiar una *s* en *e*, tanto más desde el punto de vista simplemente gramatical y eufónico, *esset* parece mejor ir con el conjunto del texto que *est*.

Ascoli ha previsto y querido refutar de antemano algunas objeciones que podrían hacerse a su tesis.

La principal objeción es que las palabras *possideresse*, que parecían tan naturales con la lectura antigua, quedan privadas de sentido con la nueva lectura *si nihil usucaptum est*. Ascoli responde a esta objeción de la manera siguiente: «La petición de herencia, en muchos casos, está dirigida contra aquel que no posee más que de hecho las cosas hereditarias: así ella está dada contra aquel que no poseyendo nunca, *liti se obtulit*» (L. 13, § 13; D. V, 3). Ella está dada contra aquel que ha enajenado las cosas hereditarias y da lugar a la restitución incluso de los frutos consumidos. Ninguno duda que en este caso y en otros semejantes podía darse el interdicto *quorum bonorum*. El pretor se ingenió para encontrar una forma breve que indicar a todos estos casos en los cuales el interdicto se daba contra aquellos que no poseían y la encuentra en las palabras *possideresse*. El pretor decía: «Yo concedo el interdicto para la restitución de esto que tú poseías o poseerías *pro herede* o *pro possessore*: esto que tú poseerías si no hubieses enajenado, si fueras el verdadero poseedor», etc. En cuanto a una segunda objeción, que la generalidad del texto así modificado, la haría aplicar incluso a la *usucapio lucrativa* de mala fe, lo que sería una contradicción con el Senado consulto Adriano, Ascoli la descarta, admitiendo que el edicto es anterior a este Senado consulto, y que él no ha sido, por consecuencia, corregido

ni por Ulpiano ni por Justiniano, puesto que en su tiempo la *usucapio lucrativa* no existía, y que, por consecuencia, las palabras *usucapio est* no podían referirse más que a un poseedor de buena fe.

A pesar del talento con que esta tesis ha sido defendida por su autor, nos parece reposa sobre argumentos poco serios. La autoridad de las Basílicas, en materia de interpretación, es más que mediocre, como acabamos de demostrar, y no puede servir de fundamento a una corrección tan radical; de otra parte, las palabras *possideretve*, que se enlazan también con *si nihil usucapio esset* son difíciles de explicar con la lectura nueva, y no pueden tener el sentido singular y sutil que se les ha querido atribuir.

Creemos, pues, como ya hemos dicho, que la mejor manera de interpretar el texto del edicto es admitir que el interdicto *quorum bonorum* no daba lugar más que a un *judicium possessori*, en el cual las cuestiones de usucapión no se debatían nunca: ellas no eran solamente en el *judicium petitori*, que podía tener lugar a continuación.

Tales son las respuestas que se pueden dar a las objeciones de los que pretenden, con Ardnts, que la usucapión ordinaria de buena fe a título *pro herede* sucumbió ante el Senado consulto Adriano y que era revocable respecto del heredero. Algunas de estas objeciones nos parecen bastante serias, y su reputación parece difícil; pero entre dos vías, consistente una en aplicar los principios generales, a menos que no hubiesen sido derogados explícitamente por textos precisos, y la otra en abandonar estos mismos principios en presencia de algunos textos dudosos, la primera nos parece más prudente y más segura, y es la que nosotros hemos seguido.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.