

## LA “USUCAPIO PRO HEREDE”<sup>(1)</sup>

La misma discusión debió, ciertamente, producirse en los términos absolutamente idénticos para el heredero suyo y necesario cuya situación jurídica es la misma que la de los herederos simplemente necesarios: en lo que concierne más especialmente a nosotros, hemos visto que, bajo la primera y la segunda fase de nuestra institución, no había lugar a la usucapión ni en presencia de los herederos suyos y necesarios ni en presencia de los herederos necesarios, y después del Senado consulto no se podía admitir una solución diferente para estas dos clases de herederos. Creemos que la expresión *necessario herede* de que se sirve Gayo se refiere a todo heredero necesario en general, ya se trate de un heredero suyo y necesario o de un heredero simplemente necesario: *lato sensu*, las palabras *necessarios heres*, sólo puestas a *heres extraneus* (2).

Aun suponiendo que Gayo no hiciera alusión al heredero suyo y necesario, lo que haría pensar que, en lo que concierne a éste, la controversia no se habría producido en su tiempo, es un hecho cierto que esta controversia nació más tarde, y, en efecto, un texto de Diocleciano suponiendo ciertamente una controversia la resuelve en favor del heredero suyo y necesario (L. 2, G. VIII, 29): *nihil pro herede usucapi posse suis heredibus existentibus, magis obtinuit.*

Dejando de lado la hipótesis en que la sucesión se abre en provecho del heredero suyo y necesario o de un heredero necesario, supongamos, al contrario, que se abre en provecho de un *heres extraneus* o de un *bonorum possesso*. La *usucapio pro herede*, estando cumplida en provecho de un usurpador de una cosa

(1) Véanse los tres números anteriores.

(2) Accarias: «Précis de Droit romain», t. I, p. 613, nota 3.

hereditaria, el heredero intenta la petición de herencia, y la usucapión se revoca. ¿A qué estará obligado el *usucapiens* eviccionado? Creemos que sobre este punto se deberán aplicar las disposiciones del Senado consulto Juventio; respecto al heredero, el usurpador no es otra cosa que un simple poseedor, y, por consecuencia, como nosotros lo suponemos, de mala fe, deberá restituir todo lo que posee y todo lo que por dolo ha cesado de poseer (L. 20, § 21; L. 25, 8. *De hered. pet.*). El Senado consulto Adriano había quitado a la *usucapió pro herede* su carácter más odioso; pero esto no bastaba, y había que dar el último paso. Un rescripto de Marco Aurelio organiza el *crimen expilatas hereditates*: aquel que se apoderaba de mala fe de los bienes de una herencia se exponía no solamente a la condena resultante de la petición de herencia, sino también a la persecución criminal (*Orat. Divi Marii*, L. I., *expil. hered.*, XLVII, 19). La acción criminal se daba todas las veces que no se podía intentar la *actio furti* contra el autor de un robo. (D. L. 1 y 2 eod. tit.). Los términos en que estos textos son concebibles dejan bien entender que el crimen había sido instituido para remediar este hecho cuando la *actio furti* no era posible a propósito de una *res hereditaria*. De otra parte, la acción nacida del crimen es bien diferente de la acción *furti*, aunque haya entre las dos algunas analogías: mencionaremos claramente las dos diferencias siguientes, que se refieren a la diversidad de naturaleza de las dos acciones: 1.<sup>a</sup> La acción nacida del crimen no se podía acumular con otra acción, por ejemplo, la reivindicación (D. L. 3., XLVII, 19); por el contrario, la acumulación de la acción *furtum* con otra acción era perfectamente posible; es que, en efecto, la acción *furti* era simplemente penal (*Inst.*, L. 4, t. I, § 19).

2.<sup>a</sup> El crimen *expilateae hereditatis* se intenta por vía de *cognitio extraordinaria*; y el autor de la sustracción es perseguido ante el prefecto de la ciudad o el presidente de la provincia (D. L. 1 y 2, XLVII, 19). Por la acción *furti*, al contrario, se sigue el procedimiento ordinario, y añadiremos, por último, que el culpable de crimen caía en infamia (L. 12, C. Ex. Quib. Caus. Inf. irrog.).

El rescripto de Marco Aurelio dió el último golpe a la *usucapió pro herede*, y nadie en adelante debía exponerse a penalidades tan rigurosas, y, de hecho, en los jurisconsultos clásicos posteriores a Marco Aurelio no encontramos nada concerniente a

nuestra institución. Los autores que nos hablan (Pomponio, Javoleno, Juliano) son anteriores a Marco Aurelio (1). Sin embargo, después de Marco Aurelio nos encontramos un texto que menciona la existencia de la *usucapio pro herede*: queremos hablar de este rescripto del emperador Diocleciano, al que ya hemos hecho alusión (L. 2, C. VII, 29).

Muchos autores piensan que este texto fué dictado en vista de la *usucapio pro herede* de buena fe, de la que pronto vamos a hablar; pero nosotros pensamos, y más tarde se verá por qué motivos, que el texto en cuestión se refiere a la *usucapio pro herede* de mala fe. ¿Cómo admitir que después del rescripto de Marco Aurelio se produjeran casos de aplicación de nuestra institución? Sin duda, las penalidades establecidas por el rescripto imperial habían caído poco a poco en desuso, en tanto que la *usucapio antigua* no había sido jamás explícitamente derogada.

Comoquiera que sea, bajo la influencia de las nuevas ideas, estos casos eran extremadamente raros, y bajo Justiniano, la ley única (§ 3, C. VII, 31) exigía expresamente la buena fe para toda clase de usucapión, y se admitía implícitamente que esta *usucapio* no podía tener lugar, lo que está confirmado por el silencio de las instituciones imperiales a este respecto. En cuanto a los textos del Digesto que hablan todavía de la *usucapio pro herede* no tienen gran valor práctico en el derecho nuevo, y si estos textos han sido insertados por Justiniano en sus compilaciones es que en su pensamiento podía aplicarse a la *usucapio pro herede* de buena fe, de que acabamos de hablar, *usucapio* que subsistía ciertamente en el derecho nuevo.

#### *La «usucapio pro herede» de buena fe.*

Hasta aquí hemos hablado de la *usucapio pro herede* de mala fe, de aquella que Gayo llamaba *usucapio lucrativa improba*: Hemos supuesto siempre que el *usucapiens* era un usurpador, un *praedo*, consciente de que la sucesión o los objetos de la misma

(1) Juliano fué contemporáneo de Adriano y pretor en su época; Javoleno fué maestro de Juliano, y Pomponio era contemporáneo de los dos precedentes, aunque algo más joven. Ver Rudorff: «Roemische Rechtsgeschichte», I § 67, p. 170-172. Girard, en su curso de Sources du Droit Romain.

por él aprehendidos no podían pertenecerle por título alguno, y que el defecto de parentela o de institución a su favor no le dejaba ninguna ilusión a este respecto, en una palabra, la hemos supuesto siempre *sciens rem alienam facere* (Gayo : Com. II, § 52, § 55, § 59). Los motivos que hacen admitir una semejante usucapión, como queda demostrado.

Cuando el *usucapiens* era realmente de mala fe, es el caso en que nuestra institución era verdaderamente original; pero podría hacerse que alguien que se apodera de los bienes creyera hacerlo legítimamente bajo el fundamento de un título de heredero que pensaba existía en su provecho.

No es difícil imaginar hipótesis donde pueda haber esta apariencia de título; es, por ejemplo, un testamento en buena forma instituyendo como heredero a una persona determinada: después de la muerte del testador ninguna duda y ninguna reclamación se presenta, y sin ninguna dificultad el instituido se cree heredero real sobre la fe de este testamento y reuniendo, por otra parte, en su persona las condiciones exigidas a todo heredero, especialmente la *factio testamenti*, y el *jus capiendi* se pone en posesión de los bienes de la sucesión: a los ojos de todo el mundo y a sus propios ojos el instituido es un verdadero heredero. Al cabo de cierto tiempo se descubre un segundo testamento revocando el primer testamento e instituyendo otro heredero, y la situación cambia por completo: el primer poseedor no ha sido, hasta este momento, más que lo que los comentadores modernos llaman un heredero aparente de buena fe.

¿Cuál es la situación de este heredero aparente frente al heredero verdadero que intenta contra él la petición de herencia? ¿Cuáles eran sus medios de defensa, que deberá restituir?

Por de pronto se puede suponer que el heredero aparente no invoca ningún medio de defensa sacado de la usucapión; pretende solamente haber sido poseedor de buena fe.

En este caso, sin duda alguna, se beneficiará de los principios aplicables al poseedor de tal condición, y, por consecuencia, a partir del Senado consulto Juventio, deberá solamente restituir el valor de su enriquecimiento (L. 20, § 6, De hered. pet.).

Pero en lugar de defenderse solamente en el terreno de la posesión de buena fe, el heredero aparente puede pretender guardar

los objetos de la sucesión invocando la sucesión cumplida en su provecho, y así tenemos dos clases de usucapión que pueden concebirse: la *usucapío lucrativa pro herede* y la usucapión ordinaria a título *pro herede* (1).

¿El heredero aparente podrá, por de pronto, invocar la usucapión lucrativa *pro herede*, de la que puede exceptuarse al poseedor de mala fe? Suponemos, por otra parte, que se han cumplido todas las condiciones especiales exigidas para esta usucapión, y en este terreno la cuestión parece ridícula y se impone a primera vista la solución afirmativa. ¿Cómo el que es de buena fe no podrá aprovechar en su beneficio lo que está concedido inclusive al de mala fe, o es que la buena fe podrá volverse contra el mismo? El que puede lo más puede lo menos, y cuando se reflexiona, sin embargo, se verá que las dos situaciones son bien diferentes. Como ya hemos dicho, según hemos tomado del texto de Gayo, la *usucapío lucrativa pro herede* tenía por principal objetivo obligar a los herederos extraños a hacer adición cuanto antes, en interés del culto de los *sacra* y de los acreedores: *quod voluerunt veteres matutius hereditates adiri, ut essent qui sacra*, etc. (Gayo: Com. II, § 55).

La *usucapío pro herede* incitaba al heredero a hacer la adición lo más pronto posible, amenazado como estaba de verse despojado por un usurpador, que hubiera poseído los bienes hereditarios durante un cierto tiempo, se suponía, naturalmente, que el heredero estaba presente, o cuando menos que conocía su cualidad de sucesor. ¿Cómo, por tanto, habría podido quejarse, una vez cumplida la usucapión, de ser despojado de los bienes de una sucesión que él no había tenido más que aceptar en tiempo útil?

Distinta es la sucesión cuando hay un heredero de buena fe, pues entonces todo el mundo ha sido engañado, no solamente el público, no solamente el heredero aparente, sino el heredero realismo, que no podía dudar de su cualidad hereditaria. ¿Cómo reprochar a este último el no haber ejercido un derecho que no podía conocer? ¿Cómo el heredero aparente podrá prevalecer de una usucapión cuyo fin especial era apresurar la adición de una herencia, sin que falte aquí concretamente? La cuestión es bastante delicada, como se ve.

(1) Machelard: «Théorie des interdits».

Por de pronto, descartemos una hipótesis bastante inverosímil, y en la que no caben dudas: el heredero real conocía muy bien su calidad de heredero, que él, por ejemplo, se apoyaba en un testamento conocido por él solo: el heredero legítimo, ignorante de la existencia de este testamento, y fundado sobre su calidad de heredero abintestato, había entrado en posesión de los bienes hereditarios.

Es indudable que podrá invocar la *usucapio* lucrativa, pues el motivo de la institución se encuentra aquí completamente: el heredero real testamentario no tenía más que apresurarse a hacer la adición de herencia contra el expoliador, importando poco que éste fuera de buena o mala fe.

Volvamos ahora a nuestro problema: el heredero apparente de buena fe, que ha sido mirado como heredero real por todo el mundo, incluso por el verdadero heredero, ¿puede oponer a éste la *usucapio speciale pro herede*? A pesar de las objeciones que nosotros hemos opuesto, creemos que el heredero apparente podrá invocar este medio de defensa. La objeción y más aún el reproche al heredero real de no haber ejercido un derecho cuya existencia no conocía, no tiene gran valor, pues es precisamente lo propio de todo usucapión el permitir despojar a una persona de un derecho, cuya existencia ignoraba, en su provecho. La objeción, sacada del fin mismo de la *usucapio pro herede* (*quo volueron veteres maturius hereditates adiri*), es más seria: sin duda, es especialmente contra los herederos que conocían su calidad hereditaria, y se apresuran a hacer la adición contra los que se dirige la institución, y es, evidentemente, el caso práctico el sólo que debía mencionar Gayo en una obra elemental, como lo eran sus *Institutas*. Pero ¿es preciso admitir que en la época anterior a que se remonta la institución no se ocupaban de distinguir si o no el heredero real había sabido que tal sucesión era abierta y que era heredero designado por la ley o por testamento? Esto parecía inverosímil. En esta época sólo se ve una cosa: impedir que el culto de los *sacra* no fuera interrumpido, y la sucesión se daba al primer usurpador, fuera de buena o mala fe, que se presentaba para continuar la religión doméstica del difunto, y la continuaba, en efecto, durante un año; el heredero real se presentaba en seguida, alegando que no era culpable y que no había conocido la

apertura de la sucesión, y se encontraba con un hecho cumplido, hecho positivo, material, la posesión durante un año, posesión que era preciso apreciar en sí misma objetivamente, independientemente de toda circunstancia exterior, y que, por consecuencia, había conducido a la usucapión.

En una palabra, nuestra conclusión es la siguiente: en los párrafos 52 y siguientes de su Comentario II, en donde habla de la *usucapío* especial *pro herede*, Gayo quiere hacer resaltar el contraste que existe entre esta institución y la usucapión ordinaria de que hablan los párrafos precedentes, contraste (1) consistente en que esta especie de usucapión no se ocupa de la buena fe, y la cuestión de saber si en ella se encuentra o no, no la trata para nada. Esta especie de usucapión no es, pues, precisamente la que es de mala fe, pero, sobre todo, aquella en la cual la buena fe no se exige; por consecuencia, cuando la buena fe existe, la clase de usucapión, la *spécies usucaptionis* permanece la misma. Así, la expresión *improba*, empleada por Gayo, tiende a indicar no la malignidad subjetiva de esta institución, en la cual el poseedor es de mala fe, sino la improbadidad objetiva de esta institución, en la cual no se ocupa nunca de la buena fe, y en la cual el poseedor puede ser de mala fe (2).

La *usucapío lucrativa pro herede*, ¿será la sola vía abierta del heredero aparente de buena fe para escapar a la petición de herencia intentada contra él por el heredero real? Como hemos visto, esta usucapión está sometida a dos condiciones particularísimas y muy rigurosas, y ella no es posible, en presencia de herederos suyos o necesarios, ni después de la toma de posesión hecha por el heredero; el *usucapiens* debe tener la *factio testamenti* con el *de cuius* y, probablemente, también el *jus capiendi*. Todas estas condiciones pueden ser muy incómodas y al mismo tiempo poner un impedimento absoluto a la posibilidad de la *usucapío pro herede*; por consecuencia, el heredero aparente de buena fe podrá tener interés en invocar la *usucapío ordinaria* a justo título *pro herede*.

(1) Este contraste es puesto en evidencia por las primeras palabras del parágrafo 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sit at alienam rem se possidere usucapiat.*

(2) Arndts: «Civil Schrift», t. II, p. 300 y sig.

Hemos dado un ejemplo de lo que es preciso entender aquí por justo título. De una manera general, el *justus titulus*, la justa causa, consiste aquí en la cualidad de heredero instituido por un testamento, o en la cualidad de próximo pariente del difunto, testamento y parentesco que bastaría para hacer llegar a la herencia si en el caso concreto no hubiese un testamento posterior u otro pariente más próximo cuya existencia se ignora. Es evidente, por consecuencia, que una persona que está privada de la *factio testamenti* no podría jamás usucapir a título *pro herede*, puesto que le falta la justa causa, *existimandi se heredem domino extitisse* (Juliano, L. 33, § 1; D. XLI, 3); evidentemente, no puede creerse heredero quien sabe y debe saber que no tiene la capacidad de suceder, y, por lo mismo, la justa causa no podrá consistir en un testamento nulo por defecto de forma, como si faltaran, por ejemplo, las firmas de los testigos; que en una sucesión abintestato el heredero aparente de buena fe no podrá jamás invocar como fundamento de esta buena fe el falso conocimiento de la ley, como si creyera, por ejemplo, tener a la sucesión un derecho preferente a aquel de los más próximos parientes. En todos estos casos falta el título, puesto que la falsa opinión de ser heredero estaba sana sobre un error de derecho: *Nunquam in usucaptionibus juris error prodest* (Paulo, L. 31, pr., D. XLI, 3).

Suponiendo que el justo título existe en los términos que acabamos de indicar, y que las otras condiciones habituales concurren, no es dudoso que el heredero aparente podrá invocar la usucapición de derecho común. El texto de Juliano, que hemos citado (L. 33, § 1, D. XLI, 3), lo deja bien entender: este texto prevé el caso en que una persona, creyéndose *heres o bonorum possessio*, toma posesión de un fundo hereditario; esta persona, dice el jurisconsulto, poseerá *pro herede*: «*Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino actituisse, fundum pro herede possidebit.*» El texto hace, evidentemente, alusión a la usucapición ordinaria a título *pro herede*, y no a la usucapío lucrativa *pro herede*: esto resalta del enlace que hace el jurisconsulto entre esta hipótesis y el caso de que habla inmediatamente, de un comprador de buena fe a *non domino*: este comprador posee *pro emptore*, y, por consecuencia, podrá usucapir a título *emptore*. ¿No es cierto que en este texto Juliano quie-

re hablar de la usucapíón ordinaria, que se cumple, sea a título *pro emptore*, sea a título *pro herede*?

Pensamos, pues, que el heredero aparente de buena fe tiene dos vías abiertas ante él: la vía de la usucapíón lucrativa *pro herede* y la vía de la usucapíón ordinaria a título *pro herede*. He aquí dos instituciones bien distintas, cada una con su historia y sus reglas propias, y, según que se invoque la una o la otra, es preciso someterse a las condiciones de la una o de la otra.

Estas ideas están lejos de ser admitidas por todo el mundo. Muchos de los comentadores modernos estiman, por el contrario, que el poseedor con buena fe y justo título no está mejor tratado que el poseedor de mala fe, y que el primero, como el segundo, no tienen más que la vía de la usucapíón lucrativa *pro herede*. La usucapíón ordinaria a título *pro herede* había sido, por decirlo así, absorbida por la usucapíón lucrativa *pro herede*, o, lo que es lo mismo, había sido sometida a las condiciones especiales exigidas para esta última. Se pretende especialmente que dos reglas especiales de la usucapíón lucrativa son, según los textos, aplicables también a la usucapíón de buena fe. Estas dos reglas son: la primera, que la usucapíón no puede tener lugar después que el heredero ha tomado posesión, y la segunda, que el heredero, después del Senado consultó Adriano, puede revocar la usucapíón cumplida en su perjuicio.

Vamos a estudiar estas dos reglas y a examinar si verdaderamente ellas son aplicables a la usucapíón ordinaria de buena fe a título *pro herede*.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)