

LA “USUCAPIO PRO HEREDE”

Al desarrollar en números precedentes de esta Revista mi información sobre el heredero apparente pensé haber tratado en toda su amplitud la curiosa institución que sirve de título a este trabajo; pero me detuve la consideración de que, al hacerlo, hubiera roto la proporcionada extensión de las partes de aquel estudio con la interpolación de una tarea semejante, cosa que voy a intentar hacer en los renglones que van a seguir.

Vamos a tratar, pues, de la *usucapio pro herede*, de aquella que, como decía Poilane (1), ninguna, entre las instituciones jurídicas de los romanos, presenta un carácter tan original como ella.

Sí, en efecto, la contemplamos, sobre todo en la época de su pleno desenvolvimiento en el derecho clásico—hecha abstracción de su origen y de su desenvolvimiento histórico—, parece, a primera vista, por sus elementos y sus condiciones especiales, con un campo de aplicación bien determinado, y tener una vida absolutamente propia, independiente de la *usucapio ordinaria*, o, cuando menos, ser una descendiente de ésta muy desfigurada: veremos, sin embargo, que el lazo que une claramente, desde el punto de vista histórico, la *usucapio pro herede* a la *usucapio ordinaria* es mucho más estrecho del que aparece a primera vista.

Después del descubrimiento del manuscrito de Gayo en 1820, los verdaderos caracteres de la *usucapio pro herede* nos son mucho más conocidos.

Antes de este descubrimiento, algunos textos espaciados en la compilación de Justiniano que mencionaban la existencia de una *usucapio pro herede* no habían llevado la luz al espíritu de nuestros antiguos comentadores, y la mayoría de ellos estaban completamente equivocados sobre el sentido de estos textos.

El heredero real, decían, puede usucapir por título *pro herede* las cosas que no forman parte de la herencia; por consecuencia,

(1) Alexis Poilane: «*Droit romain. De l'usucapio pro herede. Droit français. De l'effet des actes passés par l'héritier apparent.*» *Thèse.* Año 1893. Rousseau, París.

decían también, el heredero aparente, que tiene el título putativo-*pro herede*, puede igualmente usucapir, pero no puede usucapir más que las cosas no hereditarias, pues si fuera heredero real no tendría necesidad de usucapir las cosas hereditarias.

Voët, Cujas, Dabelow (1), habían comprendido la singularidad de esta teoría, y, en fuerza de ingeniosos argumentos, llegaron muy cerca de la verdad; pero no teniendo en sus manos sino muy pocos textos, y equivocados, no pudieron llegar a formarse una idea exacta de la *usucapio pro herede*, y hoy, a pesar de las investigaciones extremadamente interesantes que nos suministran las *Institutas*, de Gayo, y especialmente después de las dos revisiones hechas del manuscrito por M. Studemund y publicadas en 1874 y 1884, todavía quedan puntos oscuros sobre esta cuestión, y especialmente sobre el origen de la *usucapio pro herede*, sobre sus motivos y sus condiciones.

En los párrafos 52 a 59 de su segundo *Comentario* es donde Gayo trata de la *usucapio pro herede*.

Resulta de este texto que la *usucapio pro herede* es una institución dirigida contra el heredero real, y que permite a cualquier tercero el poder, por la usucapión, apoderarse sea del título hereditario mismo, sea de las cosas hereditarias solamente, según las épocas, y esta *usucapio* presenta carácter tan extraordinario, que la buena fe no se exige al poseedor, derogando con ello los principios más elementales de la usucapión romana.

Se ha visto, en efecto, durante largo tiempo, y tal es todavía la opinión de algunos autores, no exigirse la buena fe en la *usucapio pro herede*, y en ciertos casos de usucapión, casos indicados por Gayo como simples excepciones a la regla de la necesidad de la buena fe, admitidas en todos los tiempos, y cuyas excepciones, poco conformes a los hábitos de los romanos, respetuosos con los principios establecidos, se justificarían por consideraciones muy especiales. Esta opinión podría apoyarse sobre el párrafo 42 del segundo *Comentario*, de Gayo, en cuyo texto el jurisconsulto nos presenta el caso de una *usucapio pro herede* de mala fe, a la que califica de lucrativa, de *improba*, como siendo una derogación a los principios de la *usucapio*.

(1) Voët ad Pandectas, liv. 41, t. V. & 2. Cujas, ad tit., Dig., pro herede, XLI, 5.—Dabelow: *Verjährung*, 1805, Halle, I, p. 341.

Pero al lado de esta explicación, que no es tal, puesto que se limita a constatar los hechos, sin investigar los motivos, se ve surgir una nueva teoría infinitamente más verosímil; lejos de considerar la *usucapio pro herede* y los otros casos de usucapión de que no se exige la buena fe como excepciones especiales arbitrariamente creadas en una época para salvaguardar intereses particulares, se admite, por contra, que la usucapión ordinaria en su origen no habría exigido más que la posesión prolongada durante un cierto tiempo sin ninguna otra condición de buena fe y de justo título y que, por consecuencia, los diversos casos de usucapión de mala fe encontrados en el Derecho clásico no serían más que los restos, los vestigios de la antigua teoría, restos que habían sido conservados por motivos especiales. Esta teoría, elaborada por M. Stinzing (1), y adoptada por muchos sabios alemanes, fué por primera vez presentada y admitida en Francia por el Decano de la Facultad de Derecho de París, M. Esmein, en la *Nouvelle Revue Historique*, en el año 1885.

Esta concepción de la usucapión, tal como la ha presentado Esmein, aunque parezca natural y lógica, cuidaremos mucho de creerla verdadera. Nos contentaremos con rechazar brevemente algunos de los argumentos empleados por el sabio profesor:

1.^o Esta concepción está en conformidad exacta con el espíritu del Derecho romano, el que completamente materialista y brutal en sus principios, fué en el curso de las edades dulcificándose poco a poco hasta llegar a hacerse espiritualista, por decirlo así. ¿Cómo admitir que un pueblo grosero y todavía en su infancia hubiera podido edificar esta teoría tan delicada, tan refinada y tan sutil del justo título y de la buena fe tal, sobre todo, como la habían comprendido los jurisconsultos romanos? Como dice muy bien Esmein, «el Derecho antiguo evita por instinto la investigación de las intenciones, ignora el pensamiento individual en los actos jurídicos hasta que aquél no se afirma en una forma precisa y conocida de antemano».

2.^o Los fragmentos que no son conocidos de la Ley de las XII tablas sobre la usucapión no mencionan nunca las condiciones de justo título y de buena fe. Es de notar que los autores

(1) Stinzing: «Das waren von Bona fides und titulus in der roemischen Usucapionslehre.»

clásicos en sus definiciones generales de la usucapión no dejan de suponer la necesidad de estas dos condiciones, lo que daría a pensar que estas definiciones no eran más que la copia o, cuando menos, el reflejo de antiguas definiciones que se daban a la usucapión, y se llega más aún a esa consecuencia por la quasi similitud de las dos definiciones que nos dieron Ulpiano y Modestino : *Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessio-nis annis vel bientni.* (Ulpiano, XIX, 3.) *Usucapio est adjectio do-minii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* (L. 3, Dig., XLI, 3.)

3.^º La Ley de las XII tablas prohíbe la usucapión de las cosas robadas (Gaius, II, & 5), y esta prohibición parece dirigida no solamente contra los terceros adquirentes, sino también contra el ladrón mismo. ¿Cómo explicar la prohibición a este último si en Derecho común la usucapión exigía la condición de buena fe de la que no podía prevalecerse ciertamente el ladrón ?

4.^º La regla según la cual se prohíbe a un detentador precario el que no puede prescribir a causa de esta precariedad ni aun *per mille annos*, de invertir su título, regla condensada en la célebre máxima *Nemo sibi causam possessionis mutare potest*, cuya regla no puede concebirse en un sistema de legislación que sólo admitiese la *usucapio* de buena fe, pues evidentemente, la detención precaria que intervierte la causa de su posesión es de mala fe y, por consecuencia, no podrá conducir jamás a la usucapión. ¿Cómo explicar que esta regla tuviera nacimiento en el Derecho romano ? ¿Es preciso admitir que ha sido creada especialmente para los casos extremadamente raros de usucapión de mala fe ? Esto no es admisible, como ha dicho muy bien Esmein : «tal como nos ha sido presentada la vieja fórmula, tiene un carácter evidente de generalidad : nada puede hacer suponer que hubiere sido inventado para el caso especial de la *usucapio pro herede*. Ella debía considerar no solamente los casos de *usurpationes* a las cuales se apli-ca con las restricciones conformes a estas situaciones excepcionales, sino también a la usucapión en general. Esto resalta de los textos cuyo sentido se discute sin restringirlo, a una hipótesis aislada en lo que no encontramos aplicación útil, creyendo deber des-cartar las falsas consecuencias que podríamos estar tentados de sacar.

Pero si, en suma, la regla tiene una utilidad general, resultará que hasta en la usucapión se cumple en todos los casos sin justo título y sin buena fe.

Tales son, en sustancia, algunas de las pruebas suministradas por Esmein, y esta concepción rudimentaria de la usucapión no podía subsistir. La ciencia jurídica deviene poco a poco más afinada, más sutil, y llegará insensiblemente en una buena hora a construir la teoría práctica de la usucapión del derecho común, y Esmein mismo indica cómo ha debido hacerse esta evolución, cuál fué la marcha ascendente de los jurisconsultos sobre este punto, y cómo, por fin, se deja subsistir la teoría primitiva para ciertos casos más particularmente interesantes y especialmente para la *usucapio pro herede*.

Si se admite la tesis de Esmein, se ve que la *usucapio pro herede* pierde su carácter enigmático y bizarro que parece tener en medio de los principios romanos sobre la usucapión.

Digamos todavía que hay que guardarse mucho de confundir la *usucapio pro herede* de que vamos a ocuparnos, es decir, la *usucapio* del heredero aparente con otra especie de *usucapio pro herede* a la cual parecen referirse ciertos textos.

Nosotros queremos hablar de la *usucapio* con título *pro herede*, de la cual puede prevalecer el heredero real respecto a las cosas no hereditarias que ha creído equivocadamente formaban parte de la herencia. Esta usucapión entra en la teoría general de la usucapión del Derecho común y está sometida, por consecuencia, a las condiciones de justo título y de buena fe: el justo título es aquí la cualidad de heredero, y de ahí la denominación de *usucapio pro herede*. Ciertos comentaristas han pretendido que esta denominación es inexacta y que en la especie hay simplemente una *usucapio* a título *pro suo*: esto no es más que una discusión de palabras, y todo el mundo está de acuerdo sobre las condiciones y las consecuencias de esta especie de usucapión.

Trataremos la cuestión en dos partes: la primera, la *usucapio pro herede* de mala fe, tal como nos la hizo conocer Gayo, que la designa con el nombre de *usucapio lucrativa pro herede*; en la segunda hablaremos de la *usucapio pro herede* de buena fe.

La primera parte será la fundamental, pues, efectivamente, en

el supuesto de la *usucapío pro herede* de mala fe es donde se presenta el carácter original y excepcional de que hemos hablado.

En la segunda nos preguntaremos si la *usucapío* de buena fe está sometida a las reglas especiales de la de mala fe o si es preciso aplicarle los principios generales de la *usucapío* de derecho común, lo que constituye un punto poco conocido y estudiado.

LA «USUCAPÍO PRO HEREDE» DE MALA FE.

Hemos explicado cómo la idea de *usucapío pro herede* de mala fe puede conciliarse históricamente con la condición de justo título y de buena fe exigida en la usucapíón ordinaria de la época clásica, pero aun admitiendo, como lo hemos hecho, con Esmein, que en su origen esta usucapíón ordinaria no exigía nunca la condición de justo título y buena fe, nos parece cierto que más adelante se había perdido la noción de lo que había sido la teoría general y que, por consecuencia, en la época de su pleno desarrollo la *usucapío pro herede* constituía a los ojos de los jurisconsultos una verdadera anomalía, inexplicable desde el punto de vista de los principios y que se justificaba solamente por consideraciones especiales, y así en este aspecto nos la presenta Gayo, indicándonos de manera muy clara las razones que se la hacían admitir, cuyos motivos eran suficientes a Gayo para dar nacimiento a una institución que estaba en contradicción manifiesta con los principios del Derecho común.

Como ya dijimos, Gayo trata de la *usucapío pro herede* en los párrafos 52 y 59 de su segundo comentario, en los que nos indica los motivos a que había obedecido al crear la *usucapío pro herede*.

He aquí cómo se expresa : § 52. *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cujos possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, su modo ea res quae recipit usucaptionem; quae species possessionis et usucaptionis pro herede vocatur.* § 53. *Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res quae solo continentur, anno usucapiantur.* § 54. *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditiarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII Ta-*

bularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. Ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucatio remansit. § 55. *Quare autem omnino tam improba possessio et usucatio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri ut essent qui sacra ficerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.* § 56. *Haec autem species possessionis et usucaptionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucri facit.* § 57. *Sed hoc tempore, etc.*

Las razones que da Gayo para justificar la existencia de la *usucatio pro herede* de mala fe son dos: 1.^a, el interés del culto de los sacra; 2.^a, el interés de dar a los acreedores del difunto algo a que perseguir. Este segundo motivo, que nos parece más serio y mucho más plausible que el primero, no puede ser, sin embargo, aquel que a los ojos de los romanos justificara mejor la *usucatio pro herede*.

En cuanto al motivo sacado del culto de los sacra, para comprender bien el interés que los romanos tenían por este culto, es preciso remontarse al origen mismo de la sociedad romana (1).

En los orígenes de Roma, lo mismo que en Grecia y en todos los pueblos de la raza arya, mucho antes de la aparición del culto rendido a la divinidad, se ve practicar el culto de los muertos, o culto de los sacra. «Las más antiguas generaciones, mucho antes que los filósofos, creyeron en una segunda existencia después de la presente. Ellos consideraron la muerte, no como una disolución del ser, sino como un simple cambio de vida.» ¿Dónde iba el alma después de la muerte? En Italia, como en Grecia, se pensaba que ella continuaba viviendo sobre la tierra: *Sub terra censeban reliquiam vitam agi mortuorum* (2). Esto es lo que nos explica las costumbres tan originales de los funerales; encerrando el cuerpo en un sepulcro se creía que al mismo tiempo se encerraba el alma, que al final de la ceremonia fúnebre se llamaba tres veces el alma del muerto por el nombre que en vida había tenido

(1) Fustel de Coulanges: ob. cit., p. 7.

(2) Cicerón: *Tusc.*, I, 16.

y se le deseaba que viviere felizmente sobre la tierra, y por tres veces se le decía : «Páselo bien», y se añadía : «Que la tierra te sea ligera», y de esta creencia primitiva de que el alma habitaba con el cuerpo cuando éste era enterrado, deriva la necesidad de la sepultura. El alma que no tenía su tumba vivía errante y podía importunar a los vivos ; de desgraciada ella devendría en malhechora. Así, considerada como la más espantable desgracia la falta de sepultura, para castigar a los grandes culpables se les infligía la pena de la privación de sepultura. El ser que vivía así sobre la tierra, cuando el cuerpo era inhumado no había roto todos sus lazos con la humanidad de que había formado parte ; tenía todavía, bajo ciertos aspectos, relaciones con los vivos, y, como ellos, tenía ciertas necesidades que había de satisfacer, y especialmente la necesidad de alimentarse. De aquí la costumbre de llevar en ciertos días del año una comida a cada tumba ; se colocaba encima de los túmulos frutos, sal y pasteles y se extendía sobre la tierra leche y vino ; dadas estas creencias, se deducían, naturalmente, todo un conjunto de reglas y de costumbres. Puesto que el muerto tenía necesidad de alimentarse y de beber, se concedía que era un deber para los vivientes el satisfacer esa necesidad, deber que incumbía sobre todo a la familia del difunto, a sus hijos y a todos sus descendientes. Cuando estos deberes eran cumplidos de una manera regular a los ancestrales muertos, éstos eran considerados como genios bienhechores, como seres bienaventurados y sagrados. Se tenía para ellos la misma veneración que para la divinidad ; cada muerto era un dios ; toda la serie de ascendientes y parientes muertos constituían los Dioses Manes, los Dioses Lares ; los *Di inferi* eran los dioses protectores de la familia. En cada casa, cuando menos en su origen, había una parte reservada para sepultura de los miembros de la familia para mejor cumplir los deberes respecto a los mismos, y a la vez estos muertos podían ejercer una influencia más eficaz y más directa sobre la salud, la dicha y la prosperidad de la familia.

Poco a poco el culto de los *sacra* se complica, y había ritos, fórmulas de ruego y de invocación e himnos que variaban según las familias ; era un verdadero culto doméstico y privado, que presidía de una manera casi soberana el *pater familias*.

Los dioses de cada familia, siendo los Dioses Lares o los Dio-

ses Manes, y el Estado, no siendo más que la agregación de todas las familias, resultaba que los verdaderos dioses protectores del Estado eran el conjunto de todos los Dioses Manes y, por consecuencia, se consideraba el buen funcionamiento y la permanencia de todos los cultos domésticos como indispensables a la felicidad del Estado y la cesación o desaparición del culto familiar era una verdadera calamidad pública (1).

Los que tenían un heredero suyo y necesario o un heredero necesario naturalmente y sin dificultad, el culto de los *sacra* lo tenían asegurado y el heredero no podía sustraerse a las cargas de la sucesión.

Para los casos en que se carecía de tales continuadores, se había organizado toda una clasificación de personas obligadas a la continuación del culto de los *sacra*.

Según Cicerón (2), había tres clases de personas obligadas a este culto : *Tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si maior pars pecuniae legata est si inde quipiam ceperit.*

Scaevola, que había sido a la vez pontífice y jurisconsulto, había hecho cinco clases : estaban obligados a los *sacras*, en primer lugar, los herederos ; después, aquellos que *tantumdem capiat quantum omnes heredes* ; en tercer lugar, si no hay herederos, aquel que usucapía la mayor parte de los bienes del difunto ; en cuarto lugar, el acreedor que obtenía más que los otros, y en quinto lugar, si no hubiera acreedores, el deudor que, debiendo alguna cosa al difunto, por consecuencia de su muerte no la hubiere pagado.

Se ve la importancia del culto de los *sacra* y se comprende por qué se quería por un medio enérgico obligar al heredero que no era ni un heredero suyo ni un heredero necesario, y que, por consecuencia, no llegaba a ser verdaderamente heredero, hasta que se efectuaba la adición de la herencia, a hacer lo más fácil posible esta adición, pues hasta que ésta se efectuaba, el culto de los *sacra* permanecía en sufrimiento ; la posibilidad de verse arrebatado de esta cualidad de heredero cuando tardaba tanto a confirmarse por su adición en el caso de un poseedor de mala fe apoderado de la herencia y que se conducía como el verdadero heredero durante

(1) Cicerón : *De legib.*, II, 9.

(2) Cicerón : *De legib.*, II, 20.

un cierto tiempo, esto era un estimulante enérgico destinado a apresurar su resolución, y se explica así igualmente que la *usucapio pro herede* hubiera sido conservada y organizada fuera de los principios que formaban el derecho común de la usucapión.

Al lado de este interés sacado del culto de los *sacra*, y que es la verdadera razón determinante de la admisión de la *usucapio pro herede* de mala fe, hubo otro motivo igualmente indicado por Gayo y paralelo del primero.

En los mismos casos en que hemos visto el culto de los *sacra* en peligro de desaparecer o de ser interrumpido durante un cierto tiempo, los acreedores del difunto estaban también expuestos a ver su derecho de persecución desaparecer si ninguno efectuaba la adición, o, cuando menos, suspendido hasta la época, quizá muy lejana, de esta adición. Se sabe, en efecto, que primitivamente los acreedores del difunto no tenían ningún derecho sobre los bienes de éste y no podían cobrar persiguiendo la realización de estos bienes; ellos no podían más que apoderarse de la persona del sucesor del difunto que hacía la adición.

Tales son los dos motivos indicados por Gayo como las causas generatrices de esta institución, y se comprende fácilmente dada la importancia que los romanos concedían a estos dos intereses, que se hubiese derogado aquí la condición de buena fe exigida a todo *usucapiens*. Si se va al mismo fondo de las cosas, se llega al convencimiento que si la buena fe no existía en el sentido técnico de la palabra para los romanos de la antigua república, la idea de una verdadera mala fe no puede ser concebible en una hipótesis donde, como ha dicho muy bien Huschke, cuando alguien toma la posesión de un patrimonio hereditario con la intención de salvar el renombre y el honor del difunto ante los dioses y ante los hombres, tomaba el cuidado de los *sacra* y pagaba a los acreedores (1).

La buena fe y el título encontraban para los antiguos romanos una sustitución en la honestidad de intenciones del *usucapiens*, que aun sabiendo cometer una usurpación, la cometía con el fin noble y sano de no dejar la memoria del difunto expuesta al grave daño moral que resultaba del hecho de no tener al punto un here-

(1) Huschke: «Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex proedia-tura», en la *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. XIV, página 205. Ver igual Scheurl: «Beitraege zur Bearbeitung der Roëm.

dero. Sobre el fundamento de estas ideas, los romanos admitieron una regla, sobre la que tendremos ocasión de volver: que las cosas hereditarias, en tanto que no son poseídas por el heredero, no pueden ser el objeto de un robo, y este principio venía a reforzar la *usucapio pro herede*, pues los mismos poseedores de mala fe, seguros de no poder ser castigados con las penas del *furlum*, estaban alentados para usucapir las herencias.

Tal es, según Gayo, el origen de la *usucapio pro herede*, pero ciertos comentadores modernos han querido asignarle otro origen.

Según Van Vetter (1), la *usucapio pro herede* fué un medio dado a los cognados para llegar a la sucesión en defecto de los agnados.

Esta opinión parece poco verosímil, pues olvida que el Derecho romano en los orígenes no favorecía nada a los cognados, a los que consideraba poco menos que como extranjeros, y, además, aunque esta opinión fuera cierta, no hay más que un caso de aplicación de nuestra institución, en que el dominio debía ciertamente ser mucho más largo.

M. Mainz (2) separa los motivos dados por Gayo representando la *usucapio pro herede* como una creación artificial inventada con el fin de constreñir a los herederos a adquirir sin dilación la sucesión que les ha sido deferida; ellos no podrían ser tomados en serio; no es por un simple motivo de utilidad que un pueblo crea una institución *improba* y legítima el robo. Según Mainz, el único modo de delación de la herencia en los orígenes era el testamento, y la sucesión *ab intestato* no era todavía conocida; si no había testamento no había heredero y, por consecuencia, los bienes permanecían sin dueño: eran *res nullius*, y el primer ocupante podía apoderarse de ellos y usucapirlos, y, en efecto, este primer ocupante era casi siempre un miembro de la familia del difunto; la *usucapio pro herede* había sido, por así decirlo, una especie de camino, de medio hacia la sucesión abintestada. Aun admitiendo, lo que es muy dudoso, que en el antiguo Derecho el testamento hubiese existido, esta teoría, por ingeniosa que sea,

Rechts.» También demuestra la compatibilidad de la existencia de nuestra usucapio con el justo título y la buena fe.

(1) Van Vetter: *Cours de Dr. rom.*, Gant et Paris, 1875, t. I, p. 265.

(2) Mainz: *Cours de Dr. rom.*, t. III, p. 493.

no se concuerda con el texto de Gayo, y no tiene más valor que una pura conjetura.

De otra parte, si es verdad que las cosas hereditarias no poseídas por el heredero son *res nullius*, no es de una usucapión de lo que es preciso hablar, sino de un modo inmediato de adquirir la propiedad, de la ocupación.

Por último, más recientemente, la *usucapio pro herede* ha sido presentada bajo un aspecto completamente nuevo por M. Cuq (1).

Se sabe que las formas originarias del testamento eran poco cómodas en la práctica; no se podía testar en tiempo de paz más que en pleno foro en el momento de la reunión de los comicios; era el testamento *calatis comitiis*. Más tarde apareció el testamento *per mancipacionem*, que podía hacerse en cualquier época con el concurso de siete ciudadanos. El testador mancipaaba su patrimonio o *familia* a un amigo, *familiae emptor*, el cual no era más que una especie de persona interpuesta o fiduciario, que no debía guardar los bienes para él. Después de muerto el testador, si aquél era honrado, los transmitía al verdadero beneficiario, y si, por el contrario, era de mala fe, se guardaba los bienes, pero el beneficiario tenía un recurso extremo para apoderarse de los objetos hereditarios y los usucapía con título *pro herede*. Esta especie de *usucapio pro herede* ofrecería así una gran analogía con los tres casos de *usureptiones* indicados por Gayo.

Por seductora que parezca la tesis de Cuq, es sólo, como la precedente, una simple conjetura, y se concilia difícilmente con el texto de Gayo.

Nuestra conclusión es, pues, adherirse a lo que nos dice Gayo: viviente en una época en que la *usucapio pro herede* existía todavía bajo una forma desnaturalizada, pero que guardaba aún el empuje del pasado y estaba mejor que nosotros la imaginamos, de acuerdo con los motivos que se daban a nuestra institución.

PRIMERA FORMA DE LA «USUCAPIÓ PRO HEREDE» DE MALA FE.—SU EXTENSIÓN.—CONDICIONES A LAS CUALES ESTÁ SOMETIDA.

Dada la importancia que tenía a los ojos de los romanos los dos motivos de que hemos hablado, interés de los *sacra* e interés

(1) M. Cuq: *Nouv. Rev. de Dr. Fr. et Etr.*, Nov-Déc. 1886.

de los acreedores, se comprende sin dificultad que se hubiese dado a nuestra institución una extensión proporcionada a su importancia misma, y así vemos cómo nos dice Gayo que la *usucapío* lucrativa *pro herede*, bajo su primera forma, se aplicaba a todo el conjunto del patrimonio hereditario; puesto que se consideraba al *usucapiens* como haber rendido un verdadero servicio público, era preciso recompensarlo largamente haciendo de él un verdadero heredero, declarándolo propietario de todo el patrimonio hereditario.

De otra parte, si nos colocamos en el origen del Derecho romano, la palabra *patrimonio hereditario* no tenía el sentido que hoy le atribuimos de comprender no solamente los bienes corporales, sino también los créditos y las deudas.

En esta época primitiva, los créditos constituyan un elemento poco importante de la riqueza pública.

En un pueblo de agricultores, como eran los romanos, los contratos eran raros, y si se hacían era por una duración muy corta; el que pedía prestado se obligaba generalmente a restituir al fin del año el *poids* que había recibido con un interés de una dozava probablemente.

El deudor estaba obligado de manera extremadamente rigurosa. Su obligación a devolver el valor prestado se extendía al cuerpo y bienes en el caso de inejecución de la promesa, y se cargaba al deudor de cadenas...

Pero si el derecho del acreedor tenía tan fuerte garantía en vida de su deudor, en revancha, a la muerte de éste, como también, de otra parte, a la muerte del acreedor mismo, el ligamen del derecho quedaba completamente roto, la obligación se desvanecía y no se transmitía ni activa ni pasivamente a los herederos; no se había llegado todavía a esta concepción de los grandes jurisconsultos clásicos: que la personalidad jurídica se transmite al heredero, o, más exactamente, se continúa en el heredero. La herencia fué, pues, en su principio, una simple colección de cosas corporales, comprendía los créditos, pero a título accesorio, de los bienes corporales, lo que nos muestra que tal fué la primera concepción de la herencia: es que hubiese costado mucho admitir que una herencia se pudiera comprender únicamente de créditos. En el siglo III, Papiniano creía deber todavía hacer notar que *hereditas*,

etiam nullo corpore, intellectum juris habet (Dig. I, 50 pr., V. 3.) Igualmente Ulpiano, apoyado con la autoridad de Labeón, sostiene que se puede pedir la *bonorum possessio* aunque no haya ninguna cosa corporal en la herencia. (D. 3, § 1, XXXVIII, 1.) Se llega poco a poco a cargar a los herederos con las deudas del difunto; se les impone primeramente a los herederos suyos, no precisamente porque sean sucesores universales del difunto, sino porque, decían, su ascendiente, al contratar, había ligado no solamente su persona, sino igualmente la de sus descendientes; por último, se llega insensiblemente a la noción moderna de que las deudas son una carga del patrimonio, y se las hace soportar por todos los sucesores universales del difunto.

Si esta teoría de la composición de la herencia en los tiempos primitivos es verdadera, nada más fácil para comprenderla como la de comprender cómo la *usucapio pro herede* se aplicaba a todo el *jus hereditarium*, es decir, a todo el conjunto de bienes corporales, con exclusión de los créditos y de las deudas, y también con exclusión de las deudas que debían evidentemente sobrepasar en mucho los créditos: seguros de no tener que pagar cargas muy elevadas, los amigos del difunto estaban animados mucho más a servirse de la *usucapio pro herede* para salvar los *sacra* expuestos a desaparecer. Cuando más tarde se llegan a poner las deudas del *de cuius* a cargo de los sucesores universales, se aplica el mismo principio al *usuapiens pro herede*, al que se consideraba como un heredero, de tal suerte, que al antiguo y verdadero motivo que había creado nuestra institución, al interés del culto de los *sacra*, se le viene a añadir otro motivo, el interés de los acreedores del difunto.

Es preciso examinar las condiciones a que estaba sometida la *usucapio pro herede*, las que dividiremos en dos clases: en la primera colocaremos las condiciones con las cuales, dados los principios que hemos admitido, se puede concebir la *usucapio pro herede*, y son las condiciones de existencia o de posibilidad de nuestra institución; en la segunda clase examinaremos las condiciones especiales de la *usucapio pro herede*.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)