

Aproximación a la *usucapio pro herede* (2). Una hipótesis

por Alfonso CASTRO SÁENZ

(Universidad Hispalense - Sevilla)

Sumario: 1. Propósito de una segunda parte. 2. *Usucapio pro herede* y “*hereditas iacet*”. 3. *Usucapio pro herede* y *suus heres*. 4. *Usucapio pro herede* y *possessio*. 5. *Usucapio pro herede* y *aditio*. 6. *Usucapio pro herede* y *derelictio*. 7. *Usucapio pro herede* y *res nullius in bonis*. 8. *Usucapio pro herede* y *traditio in incertam personam*. 9. *Usucapio pro herede* y *successio*. 10. Conclusiones: una hipótesis sobre la *usucapio pro herede* en derecho arcaico y su evolución posterior.

1. **Propósito.**- Este escrito (1), que es continuación ineludible de un extenso artículo anterior en esta misma revista publicado (2), con el que viene a formar un todo unitario, se enmarca dentro de una permanente reflexión acerca de esta institución tan genuinamente romana y que tanto nos dice acerca de la sociedad y el derecho arcaicos de Roma. Parte de un *continuum*, supone un episodio más de un acercamiento que quizás vaya estimando concluido — dentro de lo que esto puede darse en la reflexión y el conocimiento humanísticos — y que viene a sistematizarse en un trabajo de cierta amplitud en vías de conclusión (3): un *work in progress*, en definitiva, y salvando todas las distancias de materia y modos, a la joyceana manera (4). Es, de esta forma y sin lugar a dudas, la *usucapio pro herede* la cuestión que una mayor y recurrente reflexión, progresivamente madurada, ha suscitado a lo largo de los años a quien esto escribe, y quizás sea imprescindible — y espero que no subjetivamente —, siendo como es el presente el hasta ahora último eslabón de una cadena larga relativamente, detallar, siquiera sea rápidamente, los extremos de la misma con el objeto

1) Reproduce mi comunicación *Derelictio, occupatio y usucapio pro herede*, anunciada en la LIII Sesión de la SIHDA (Exeter, 20-23 de septiembre de 1999).

2) CASTRO, *Aproximación a la usucapio pro herede*, RIDA 45 (1998), pp.143-208.

3) ÍDEM, Principios informadores de la *usucapio pro herede*. Un análisis social y jurídico.

4) LITZ, *From Work in Progress*, Transatlantic review, I abril, pp.383-399; vid. ELLMANN, *James Joyce*, (Barcelona, 1991, trad. E. Castro y B. Blanco), p.898.

de situar más adecuadamente estas páginas que ahora inicio. No se vea en ello signo de autocomplacencia alguno (5), que en mi caso — como seguramente en el de cualquier otro — sería ridículo, sino afán de recapitulación y claridad expositivas; las referencias bibliográficas en verdad fundamentales han sido ya consignadas en la primera parte, ya publicada, y a sus frutos se volverá en esta segunda, cuando sea — y lo será — imprescindible hacerlo. Ésta, en cualquier caso, se detendrá especialmente en el análisis de las fuentes jurídicas, principalmente gyanas, con un pormenor con el que, hasta ahora, quizás no haya acometido la tarea.

En primer lugar, me aproximé a la institución como manifestación del fenómeno posesorio de la *usucapio* en el concreto ámbito sucesorio (6); luego, y muy ampliamente, en su relación con el supuesto de hecho de la yacencia hereditaria (7), dentro del problema del estatismo de la *hereditas* en tal período y como consecuencia de la consideración de la herencia como una *res nullius in bonis* (8); más tarde, y en una primera redacción (9),

5) Remito a *Aproximación a la usucapio pro herede*, n.1.

6) CASTRO, *Aproximación a la usucapio pro herede como fenómeno posesorio*, comunicación presentada en la L Sesión de la SIHDA (Bruxelles, 16-19 de septiembre de 1996), incluida luego en mi artículo *Aproximación a la usucapio pro herede*, *cit. supra* n.1, concretamente en pp.166ss.y en especial 179-188.

7) IDEM, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Sevilla 1998, pp.114-136.

8) IBIDEM, pp.97-139, especialmente 108-139.

9) *Aproximación a la usucapio pro herede*, publicada en su primera redacción en RIDA 45 (1998), tal y como reflejo *supra* en nn.1 y 4.

en un sentido global que pretendía aprehender las diversas vertientes y aspectos de institución tan exhaustivamente tratada por buena parte de la doctrina especializada en derecho sucesorio⁽¹⁰⁾ y derechos reales⁽¹¹⁾. Hasta aquí, los diversos acerca-

10) BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni. Parte generale*, Milano 1974 (rist.), 276ss.; FONCILLAS, *La Usucapio pro herede*, Revista Crítica del Derecho Inmobiliario 82 (1931), p.721ss.; ÍDEM, 83 (1931), p.801ss.; ÍDEM, 84 (1931), p.909ss.; ÍDEM, 85 (1932), p.45ss.; ÍDEM, 86 (1932), p.97ss.; KRÜGER, *Die "usucapio pro herede"*, ZSS 54 (1934), p.80ss.; COLLINET, *Les variations de l'usucapion "pro herede" avant Hadrien*, Studi Riccobono 4, Palermo 1936, p.131ss.; GANDOLFI, *Sull origine della "usucapio pro herede"*, BIDR 61 (1958), p.271ss.; FRANCIOSI, *"Usucapio pro herede". Contributo allo studio dell'antica "hereditas"*, Napoli 1968; THOMAS, *"Rei hereditariae furtum non fit"*, TR 36 (1968), p.489ss.; TOMULESCU, *Gaius 2, 55 e l'"usucapio pro herede"*, Studi Grosso 4, Torino 1971, p.471ss.; MACCORMACK, *"Usucapio pro herede", "res hereditariae" and "furtum"*, RIDA 25 (1978), p.293ss.; GNOLI, *Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio*, Studi Biscardi 3, Milano 1982, p.205ss.; GÓMEZ ROYO, *Bona fides und usucapio pro herede*, en AA.VV., *Questions de responsabilité*, Miskolc 1993, p.127ss., en el volumen conjunto con motivo de la celebración de la XLV Sesión de la SIHDA (Miskolc-Eger, 14-22 de septiembre de 1991); recientemente se tuvo la oportunidad de escuchar la aportación de POOL a la XLVIII Sesión de la SIHDA (Wien, septiembre de 1994), *L'usucapio pro herede entre Hadrien et Justinien: l'évolution d'une anomalie*, de la que existe un resumen en RIDA 42 (1995), pp.484-485. Cabe añadir que anomalía sólo lo es desde el punto de vista de la época que él precisamente estudia, no desde la óptica de los orígenes de la institución, pero sobre esto vid. *infra* §4-9-10.

11) GALGANO, *I limiti subbiettivi dell'antica usucapio*, Napoli 1913; BONFANTE, *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù*, Torino 1918, pp.469ss., 552ss., 683ss., 708ss., 748ss.; ÍDEM, *Corso di diritto romano, II.1. La proprietà*, Milano 1966-1968 (rist.), p.204ss.; KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, Weimar 1943, p.293ss., con 2ª ed. (Köln-Graz 1956); LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, BIDR 51-52 (1948), p.352ss.; MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der "usucapio"* 1, ZSS 77 (1960), p.16ss.; ÍDEM, *Studien...* 2, ZSS 78 (1961), p.221ss.; ÍDEM, *Studien...* 3, ZSS 79 (1962), p.86ss.; ÍDEM, *Elementarliteratur über die "usucapio"*, Studi Betti 3, Milano 1962, p.453ss.; ÍDEM, *Das Putativtitelproblem bei der "usucapio"*, Köln-Graz 1962; SEIDL, *Zur Vorgeschichte der Ersitzung*, SDHI 39 (1973), p.47ss.; FABBRINI, s.v. *Usucapione (diritto romano)*, NNDI 20 (1975), p.280ss.; VACCA,

mientos, mas o menos directos o extensos, se habían desenvuelto dentro de las coordenadas de una usucapión extraordinaria vinculada a la herencia yacente ⁽¹²⁾, sin escarbar hacia terrenos en principio vedados por la generalidad de la doctrina más allá de la yacencia ⁽¹³⁾; la siguiente aproximación, en cambio, si bien tangencial fue significativa — en lo que respecta a mí, naturalmente —, al enfocar por primera vez la institución de la *usucapio pro herede* como parte del engranaje conjunto de las sucesiones romanas y de su naturaleza en los primeros tiempos ⁽¹⁴⁾ y comprobar que en ellas ya se apreciaban elementos que

Osservazioni in tema di "iusta causa" e "bona fides" in relazione all'"usucapio pro derelicto", Studi Sanfilippo 4, Milano 1983, p.773ss.; KASER, *Altrömisches Eigentum und "usucapio"*, ZSS 105 (1988), p.122ss.; VACCA, s.v. *Usucapione (diritto romano)*, ED 45 (1992), p.989ss.

12) Cabe añadir, en este sentido, a este esbozo de mis acercamientos al tema de la *usucapio pro herede* dos trabajos más, que lo trataban tangencialmente: CASTRO, *Responsabilidad en la "hereditas iacet" y su solución en el Código de Luisiana*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Murcia, 1-3 de febrero de 1996* (Murcia-Oviedo 1998), pp.481-493, e ÍDEM, *Los elementos personales y materiales en la herencia yacente según los textos de Paulo*, en AA.VV., *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, Reggio Calabria 1999, volumen conjunto al cuidado de Isabella Piro con motivo de la LI Sesión de la SIHDA (Crotona-Messina, 16-20 de septiembre de 1997) pp. 273-288.

13) Así vid., por ejemplo, CASTRO, *Ficción jurídica y usucapio pro herede en la yacencia hereditaria*, en *Actas de las I Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Jaén, 20-21 de noviembre de 1997* (Jaén 1999), pp.163-174, donde todavía no se ha dado el paso hacia un análisis de una posible *usucapio lucrativa* en caso de suceder heredero automático, pero ya se intuye la vía.

14) ÍDEM, *Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Orense, 16-18 de abril de 1998* (Vigo 1998), pp.209-224, en concreto 223.

permitían un planteamiento de la figura dentro de unas coordenadas diferentes ⁽¹⁵⁾: el mencionado estudio concluía, sin profundizar en exceso — no era el lugar oportuno —, con la constatación de la prueba indirecta que su misma existencia suministraba de la debilidad del *suus heres* en la época primitiva ante el poder paterno, y al tiempo se intuía la posible relación entre *usucapio lucrativa* y sucesión automática. Inmediatamente tales impresiones fueron incorporadas — pero muy levemente — a una ulterior versión, sólo relativamente ampliada ⁽¹⁶⁾, de mi estudio global sobre el tema, que ya no pudo lógicamente incluirse en el texto entonces en prensa ⁽¹⁷⁾ y que puede encontrarse en otra sede ⁽¹⁸⁾ bajo el mismo título ⁽¹⁹⁾. Tal visión, ya plenamente cuajada en todos sus elementos — incluidos los evidentemente polémicos — ha sido ya tratada con suficiente

15) El acercamiento que se pretendía renovador hacia la *usucapio pro herede* y que data de mitad del año 98 se dibujó en tres estudios y dos líneas diferentes: una que situaba la atención fundamentalmente en la ubicación de la institución dentro del esquema de las sucesiones romanas y otra que incidía especialmente en el flanco hondamente posesorio de esta modalidad de usucapición. Esta última vertiente se halla estudiada en *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, Apollinaris 71 (1998), pp.257-287, concretamente 283-285, y *Aproximación posesoria al concepto y estructura de la hereditas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 91 (1998-1999), pp.111-137, en concreto 114-120 y 136; ambas se tratan en *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.160-188.

16) En sus epígrafes 2.1 y 3.

17) El correspondiente a *Aproximación a la usucapio pro herede, cit.*, pp.160ss., pero sobre todo 183ss. Por lo demás, no hubo pruebas de imprenta de este estudio.

18) *Estudios de derecho sucesorio romano*, §8, en prensa.

19) Y que se desarrollan temáticamente en estas mismas páginas complementarias a partir de §2.

atención en relación con las sucesiones en general ⁽²⁰⁾ y lo está siendo actualmente en cuanto modalidad de la *usucapio* dentro del sistema causal de adquisiciones romano ⁽²¹⁾.

Cabe realizar ahora una síntesis, y en algunos puntos concretos un auténtico desarrollo, de tales reflexiones de años ⁽²²⁾ antes de enunciar la hipótesis objeto de estas páginas complementarias ⁽²³⁾; la naturaleza efectivamente de complemento que respecto de *Aproximación a la <usucapio pro herede>* mantienen éstas que siguen obligará a la remisión constante a puntos concretos de aquel artículo, primera parte de un todo del que éste es la segunda.

2. “**Hereditas iacet**” ⁽²⁴⁾.- Suele decirse — y yo lo he dicho también ⁽²⁵⁾ — que la *usucapio pro herede* es un fenómeno

20) CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, BIDR 98-99 (1995-1996, public. 1999), §5.b.; ÍDEM, *Contribución al estudio de la sucesión testada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, §2.3, en vías de publicación en SDHI 66 (2000); pero sobre todo ídem, *Contribución al estudio de la sucesión intestada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, §5, en vías de publicación en INDEX 28 (2000).

21) ÍDEM, *El sistema causal romano de adquisición de la propiedad*, en vías de publicación.

22) 1996-1999.

23) Vid. sobre ella *infra* §10.

24) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.159.

25) CASTRO, *La herencia yacente*, *cit.*, p.120; en concreto empleo el término “*naturalmente*”.

natural de la herencia yacente ⁽²⁶⁾. Suele entenderse por ello, de igual modo, que *usucapio pro herede* y yacencia hereditaria son conceptos que se necesitan, pudiera decirse que ontológicamente; sobre esto — y hasta donde juzgo prudente extenderme — yo ya no estoy tan seguro, pese a que se trata de afirmación acogida diríase que unánimemente y por lo mejor de la doctrina ⁽²⁷⁾. En sentido estricto, la *usucapio pro herede*, sin embargo, requiere no tanto de la pendencia de los bienes en espera de la aceptación hereditaria cuanto de la producida por la espera de aprehensión posesoria; en definitiva, no depende tanto de la *aditio* jurídica como de la *aditio* “posesoria” ⁽²⁸⁾. Cabe cumplir por medio del año de posesión ininterrumpida el despojo definitivo de los bienes hereditarios más allá de la aceptación, siempre que no hayan sido aprehendidos de forma efectiva los bienes por el heredero; es algo puesto de manifiesto por solvente doctrina ⁽²⁹⁾, aunque con frecuencia se olvida por los no especialistas, y — lo

26) Sólo en Italia, y por limitarme a acercamientos institucionales de gran prestigio en las últimas décadas, vid., entre otros, GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1992, 9ª ed., p. 488; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1993, 4ª ed., p.316. Entre la antigua manualística vid., por todos, BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1952, 2ª ed., pp.616-617; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1991, 14ª ed., p.556. Cfr., en todo caso, la visión de TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.692.

27) Vid., aparte de las anteriores, las referencias bibliográficas que recojo — y hay muchas más- en CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión intestada*, cit., nn.98-99.

28) Esta expresión hay que emplearla con suma prudencia; vid. *infra* §4-5.

29) BIONDI, *Corso di diritto romano*, Milano 1934, p.141; por mi parte remito a CASTRO, *La herencia yacente*, cit., pp.108-111, con discusión de textos, e ÍDEM, *Aproximación posesoria*, cit., pp.116, 137.

que es más importante — encuentra inequívoco apoyo en las fuentes (30). Del mismo modo, y por idéntico motivo, resulta imposible usucapir *pro herede* contra el llamado que, sin aceptar inequívocamente, ha entrado en la posesión de los bienes, pues eso supone una *usurpatio* que rompe la cadena posesoria del usucapiente. Asunto distinto es determinar si la efectiva toma posesoria del *heres* no puede en definitiva asimilarse a una *pro herede gestio* que, sin los ostentosos ropajes de la *cretio*, cumpla también suficientemente con el fin de la *aditio* (31): habría que estar al caso concreto para determinarlo en cada momento y, además, conviene no olvidar el origen probablemente posesorio de la *gestio* mencionada (32). En este reverso, en cualquier caso, del principio posesorio que rige yacencia y *usucapio* las fuentes resultan igualmente inequívocas (33).

Lo son también para la evolución de la figura en época histórica, cuando Adriano convierte (34) la *usucapio* hereditaria en una modalidad identificada a las usucapiones ordinarias: singular ya desde antes de su intervención (35) y ahora edificable necesaria

30) Cfr. D.25.2.6.6 y especialmente D.47.19.2.1.

31) Sobre este segundo modo de *aditio* cfr., entre otras muchas referencias, la específica aproximación de TONDO, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, AG 153 (1957), p.3 y ss, y los trabajos recientes y específicos de BEDUSCHI, *Hereditatis aditio* 1, Milano 1976; y COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio* 1. *La struttura originaria del gerere pro herede*, Milano 1987.

32) Vid. sobre esto *infra* nn.74 y 97.

33) Cfr. Gai.3.201; D.25.2.6.6; D.47.4.1.15.

34) A través de un senadoconsulto que nos refiere Gayo en Gai.2.57.

35) Sin duda en el siglo I, pero es posible que ya antes en el período de los Escévolas; en la primera dirección cfr. D'ORS, *Derecho romano privado*,

— y casi imposiblemente — sobre la buena fe, resulta hasta perseguible con la *hereditatis petitio*. Digo imposiblemente porque resulta materialmente difícilísimo que un individuo aprehenda posesoriamente, en el transcurso de la sucesión, un bien de la *hereditas* desconociendo, en verdad por completo, la naturaleza hereditaria del bien en cuestión. Como sobre el papel esto es factible y como cabe imaginar algún supuesto, por infrecuente que se nos antoje — tampoco es fácil el conocimiento de las pendencias posesorias en el ámbito de las sucesiones romanas —, en que tal suceda, el principio se enunció por Adriano de forma efectiva. No es difícil, por otro lado, imaginar que con tal ímproba exigencia al usucapiente *pro herede* buscaba Adriano (y su más que probable inspirador, Juliano), directa e inapelablemente como evidente objetivo, el *acorralamiento* jurídico del despojo *libre* connatural al primitivo fenómeno posesorio de la vieja modalidad extraordinaria de usucapición hereditaria.

En la hora adrianea, pues, yacencia y *usucapio* se necesitan “y esta modalidad se inicia sin excepción en el transcurso de la yacencia” (36). Pero ello es fruto de un caldo de cultivo muy concreto: el de una jurisdicción pretoria que ha comenzado desde hace tiempo a potenciar con el vehículo posesorio/procesal de la

Pamplona 1989, 7ª ed., p.229, y FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid 1997, 3ª ed., p.523; en la segunda vid. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit., p.133.

36) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.159.

bonorum possessio a quien *legítimamente* merece disfrutar jurídica y posesoriamente los bienes de la herencia; el de una jurisprudencia que, de la mano juliana, ha ido tejiendo todo un sutil entramado de referencias jurídicas para *llenar de algo la yacencia* y tender un puente entre causante y heredero, el puente justo contra el que embiste por naturaleza el expolio hereditario; el de una legislación imperial que, en sintonía con este humus nutriente del renovado *ius*, tiende a reforzar cada vez más la posición del heredero. Y atiéndase al hecho no destacado de que, si lo que Adriano acomete en pos de este ideal lo culmina Marco Aurelio ⁽³⁷⁾, lo que Adriano establece en su disposición quien se lo sugiere es sin duda Juliano, precisamente el creador de una teoría, la de la *hereditas persona*, que tiende a unir inextricablemente y de forma inmediata la personalidad del causante con la persona del heredero, a través de la materialidad misma de la *hereditas*. Quien dota a la “*hereditas iacet*”, en el plano jurisprudencial, de la *personalidad* de la que adolece en el plano humano es también quien inspira la iniciativa legislativa que paraliza la mayor de las amenazas a la integridad de tal *persona*. Y que la personificación juliana se elabore sin afanes generalizadores y por los solos motivos prácticos de la supervivencia hereditaria prueba, si cabe más a las claras, la motivación y la autoría real de una iniciativa que, como la adrianea, lo que permitió es una efectiva *desvulneración* de la

37) Con la creación, en atribución polémica, del *crimen expilatae hereditatis*. Cfr. sobre él D.47.19.1 y C.9.32.6 (a. 249). Con acopio bibliográfico y de fuentes vid. CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.128-134.

hereditas en el más vulnerable de los flancos de su yacencia: el posesorio.

3. *Suus heres* ⁽³⁸⁾.- Es casi seguro que, aún antes — y aún bastante antes, cabe decir — de la intervención adrianea cuya noticia Gayo nos transmite, se limitó, como el propio Gayo recoge ⁽³⁹⁾, el radio de acción de la *usucapio pro herede* al caso de la sucesión voluntaria. Tal limitación, en la forma en que Gayo nos la refiere, es de indefinida ubicación cronológica y se me antoja totalmente precipitado considerar de la literalidad del texto gayano el enunciado de una regla general, indiferenciada para todo tiempo, aplicable por tanto a lo largo de la entera evolución de la institución.

El texto es ciertamente parco.

Gai.2.58 : *Necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.*

De la sucesión de fragmentos que en el *commentarijv secvndvs* se dedican a la *usucapio pro herede* ⁽⁴⁰⁾ se deduce, antes bien, que tal fragmento tiene una muy concreta situación temporal ⁽⁴¹⁾, dentro de una sucesión de textos que reflejan una

38) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.163-166, 203.

39) Gai.2.58.

40) Gai.2.52-59.

41) Cfr. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano 1956, p.100.

distribución no lineal pero sí muy clara de la evolución de la figura. Paso a resumirla, tal y como la veo:

a): primer bloque de textos acerca del presente de la institución (siglo II):

-2.52: se presenta la *usucapio pro herede* como una excepción al principio general de que las usucapiones tienen que motivarse en la buena fe (42).

-2.53: se dice que el plazo de la usucapición es de un año incluso para los bienes inmuebles (43).

b): bloque de textos referidos al derecho del pasado:

- 2.54: se explica el origen de la institución y de la consideración decenviral de la herencia como una cosa no inmueble y ni siquiera corporal, por lo que cabe su usucapición en sólo un año (44).

-2.55: se habla de que los antiguos (45) deseaban con ello que la herencia fuese adida con la mayor prontitud posible.

42) Es texto que se refiere indiscutiblemente al presente de quien escribe: *quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur*.

43) Resulta inequívoco que se refiere al mismo tipo de usucapición del fragmento anterior: *haec usucapio*.

44) Obviamente Gayo se retrotrae en el tiempo para bucear en los orígenes — para él absolutamente nebulosos- de la institución; una diversidad de términos explicita muy a las claras esa búsqueda de lo pretérito (*olim; credebantur; scilicet*), y se llega a citar expresamente el código decenviral: *lex enim XII tabularum*.

45) Se alude expresamente a ellos (*veteres*) y genéricamente a “aquellos tiempos” (*illis temporibus*), pero Gayo se cuida mucho de aludir a las Tablas,

-2.56: se califica la usucapión dibujada en estos parámetros de *lucrativa* (46).

c): segundo bloque de textos referidos a la modalidad del presente histórico-jurídico de Gayo.

- 2.57: desde cierto senadoconsulto adrianeo (47) el heredero puede reclamar las cosas que hayan sido objeto de despojo y consiguiente usucapión y éstas no se tendrán por usucapidas.

-2.58: no cabe *en el presente de Gayo* (48) tal usucapión contra los herederos necesarios.

Un segundo texto de Gayo que se manifiesta en idéntico sentido que I.2.58 — me refiero a Gai.3.201 — lo hace también dentro de una exposición de la situación jurídica que se atiene a una distribución temporal de la misma, creo que muy clara:

quizás por su conocimiento — o, más discutiblemente, porque no esté seguro- de que lo que está explicando es una regla decenviral o simplemente algo introducido después, todavía en el marco del derecho antiguo, por la *interpretatio pontifical*.

46) Sigue refiriéndose Gayo a la modalidad del viejo derecho, como inequívocamente refiere al principio del fragmento: *haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucratiua uocatur*.

47) Desde el pasado que nos ha estado refiriendo Gayo pasa a afirmar el cambio producido en la institución por la norma adrianea: *nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum*.

48) Continúa Gayo refiriéndose a la modalidad reformada por Adriano, que es la vigente en su tiempo; son claros la forma verbal empleada (*potest*) y el empleo del “*tamen*”, que alude a lo que se ha dicho en el texto anterior.

- 3.189-191: se habla del *furtum* en las XII Tablas ⁽⁴⁹⁾.
- 3.192: se habla de una modificación del pretor ⁽⁵⁰⁾, para volver de inmediato al estudio de las Tablas ⁽⁵¹⁾.
- 3.193-194: Gayo prosigue su análisis decenviral al hilo de su última alusión a la *Lex* ⁽⁵²⁾.
- 3.195: se introduce un texto que conlleva una pausa en esta vuelta a los orígenes y que, aunque de redacción neutra y por tanto extensible a cualquier fase en la evolución del hurto, sirve para introducir un análisis, ahora ya ininterrumpido, a la modernidad jurídica del *delictum*: me inclino a pensar, en cualquier caso, que el fragmento reproduce una visión jurídica más moderna del *furtum*, porque Gayo introduce una ampliación del viejo concepto de la *amotio rei* hacia el más omnicomprendivo y sutil de la *contrectatio* ⁽⁵³⁾.

49) Gayo es muy explícito: *ex lege XII tabularum* (3.189); *per legem XII tabularum* (3.190); *ex lege XII tabularum* (3.191).

50) *Ex edicto praetoris introducta*.

51) *Lex autem eo nomine nullam poenam constituit*.

52) “*Quid sit autem licium, quaesitum est*” (3.193) se usa para iniciar la explicación de un término del código decenviral al que se ha aludido en el texto anterior; “*quae res ridicula est*” (3.193a) se refiere implícitamente a la Ley; “*propter hoc tamen quod lex*” (3.194) resulta inquévoco.

53) *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*. En cualquier caso, no es éste el momento ni el lugar para debatir sobre el hurto y el itinerario histórico de flexibilización ampliadora del acto furtivo, que, seguramente, en época arcaica, incluía también la no devolución de los objetos voluntariamente entregados por el previo poseedor y no sólo los directamente desplazados por el ladrón.

-3.196-209: se habla inequívocamente del *furtum* en el derecho romano moderno, pues se alude a instituciones desconocidas en el viejo derecho decenviral, como el comodato ⁽⁵⁴⁾, la prenda ⁽⁵⁵⁾, el arrendamiento ⁽⁵⁶⁾ o el depósito ⁽⁵⁷⁾, a la figura del pretor, bien directamente ⁽⁵⁸⁾, bien a través de instrumentos que le son propios e intransferibles ⁽⁵⁹⁾, o a conceptos desarrollados plena y jurídicamente más allá del seno del *ius civile*, como el de posesión de buena fe ⁽⁶⁰⁾.

En tal contexto se sitúa el siguiente texto que nos interesa aquí:

Gai.3.201: *Rursus ex diuerso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam*

54) Gai.3.196-197-206.

55) Gai.3.200 y 204. No es éste el lugar apropiado para tratar de la obscurísima *actio legis per pignoris capionem*; bastará con recordar para lo que aquí nos interesa que el *pignus* es protegido/creado por vez primera por el pretor con una *actio in factum* copiada del esquema crediticio de la *condictio*. Entre otras muchas referencias vid. D'ORS, *Creditum y contractus*, AHDE 23 (1953), p.186.

56) Gai.3.205.

57) Gai.3.207.

58) Gai.3.209.

59) Gai.3.202, donde se alude a la acción útil (*videbimus an utilis dari debeat*).

60) Gai.3.200.

necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.

Ello obliga a considerarlo, de nuevo, como una referencia de Gayo a su presente jurídico y no a una pretendida realidad inmutable para una institución — la *usucapio pro herede* — sometida como pocas a los vaivenes de la evolución social, económica y jurídica romanas. Que el texto gayano mencionado se refiere, además, específicamente a la segunda modalidad (*usucapio* todavía *lucrativa* pero ya singular) y no a la más antigua (*usucapio lucrativa* global) ⁽⁶¹⁾, ni tampoco a la *usucapio pro herede* sin distingos de épocas, lo he destacado por primera vez en otro trabajo ⁽⁶²⁾ y no es necesario — creo que por evidente — detenerse más en ello; bastará con resaltar, una vez más, que en el fragmento Gayo *expresamente* habla de “*res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem*”, es decir: se individualizan las cosas de la herencia que son o no poseídas por el heredero y las que no lo son pueden ser aprehendidas y usucapidas *pro herede* por un tercero, con lo que se descarta la posibilidad de una usucapación completa de la totalidad de la herencia. Este detalle nos sitúa en el siglo I o, a lo sumo, a fines de la República ⁽⁶³⁾.

61) Cabe una diferenciación interna de esta primera modalidad de *usucapio pro herede*, pero conviene ir por partes; para ello vid. *infra* §4, con el análisis conjunto — más ahondado que en §3, porque parte de él- de Gai.2.54 y Gai.2.55-56, y también §10.

62) CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión intestada*, *cit.*, §5, en vías de publicación a la hora de redactar estas páginas, completado ahora aquí *infra* §4.

63) Vid. *supra* n.35.

Estas reflexiones creo que descartan que se puedan utilizar los fragmentos gayanos contenidos en I.2.58 y 3.201 como argumentaciones inequívocas de una genérica imposibilidad de usucapir *pro herede* en contra de *sui heredes*, pues ambos se refieren a momentos históricos muy concretos: el primero se centra en la usucapición reformada por un Adriano que la uniformiza despojándola de su condición de *lucrativa*; el segundo se ocupa de la segunda modalidad de *usucapio pro herede*, todavía *lucrativa*, pero ya no global. Esto significa que no hay testimonio gayano referido a la usucapición hereditaria en relación con la sucesión automática con respecto a los más antiguos tiempos jurídicos, lo que obliga, al menos, a un replanteamiento crítico de la cuestión.

4. **Possessio** (64).- Conviene ir por partes. Aún hay un — creo que aparente — escollo para sostener la interpretación de los textos de la *instituta* referidos a la *usucapio pro herede* como acaba de hacerse en estas páginas. El propio Gayo en I.2.55 había hablado de *aditio* para explicar el fundamento o al menos el objetivo de tal modalidad de *usucapio*; según su testimonio, los antiguos habían concebido una institución tan drástica como ésta para que las herencias fueran prontamente adidas:

quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri.

Ello parecería invalidar toda posibilidad de concebir una *usucapio pro herede* contra *heres* necesario en la más antigua

64) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.173-174.

época, pues Gayo, en el transcurso de su explicación de la antigua modalidad de la misma — que, como he explicado, se extiende entre los fragmentos 2.54 y 2.56, ambos inclusive — viene a referirse al objetivo de la *aditio* como fundamento último de la institución, lo que nos volvería a circunscribir — en principio — al supuesto de la yacencia y por tanto de la sucesión voluntaria, vedándonos la posibilidad misma de concebir, para los tiempos primigenios, una usucapión extraordinaria contra *suus heres*.

Esto, sin embargo, no es más que una impresión superficial. En el necesario ahondamiento que tema tan delicado conlleva creo oportuno indicar dos cosas:

- Gayo cuida mucho de no referirse en este caso a las XII Tablas y habla de los *ueteres*, lo que supone una profunda indeterminación temporal.

- el término *aditio* resulta equívoco y de más nebulosa concreción para la antigua época.

El primer dato es, a mi modo de ver, claramente indicativo de que lo que Gayo está relatando pertenece al derecho antiguo, pero no a las XII Tablas, porque en ese caso hubiese hecho la expresa mención a las mismas que hace en el fragmento inmediatamente anterior ⁽⁶⁵⁾: ello retrasa la ubicación cronológica *interna* del relato a una época posterior al código decenviral. Es, naturalmente, inverosímil pensar que a una anterior: Gayo tiene un conocimiento desequilibrado del derecho antiguo en líneas

65) Gai.2.54.

generales (aunque frecuentemente se refiere a él ⁽⁶⁶⁾), pero no sabe absolutamente nada del derecho predecenviral. El término “*ueteres*” es seguramente indicativo de que Gayo está pensando en la Jurisprudencia pontifical ⁽⁶⁷⁾ que estiró la inflexible textura decenviral hasta donde fue posible o, a lo sumo, en la Jurisprudencia laica veterana que siguió en estrecho contacto con el colegio pontifical y cuya aparición y desarrollo histórico responde a la laicización del derecho, producida por el cúmulo de factores que han venido a sintetizarse *modélicamente* en la tradicional actuación de Gneo Flavio ⁽⁶⁸⁾. Me inclino a pensar, en cualquier caso, desde un intento de rescatar el verdadero espíritu del *texto* de Gayo en el *contexto* de fragmentos que lo rodean, que el maestro antonino se refiere a una época en verdad antigua, pero posterior a las Tablas — esto por las razones que acaban de exponerse —, y ello debe situar el objeto del relato en tiempos de la interpretación pontifical, cuando aún no se han producido las grandes transformaciones sociales, económicas y jurídicas que propiciarán un cambio notabilísimo en el panorama jurídico de la

66) Sobre esto vid. MACQUERON, *Storia del diritto ed arcaismo in Gaio*, en *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, pp.76-81, especialmente 77, 79-80; vid. HORVAT, *Gaio e le fonti del diritto*, *ibíd.*, p.37, sobre el concepto gayano de *ius civile*.

67) Coincido en esta datación del texto con la propuesta por BISCARDI, *Postille gaiane*, *ibíd.*, p.20.

68) Sobre esta concreta coyuntura vid., entre otros, CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid 1996 (trad. GUTIÉRREZ MASSON), p.31; BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1991, 5ª ed., pp.153-154, 464-465; PARICIO, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, Granada 1999, pp.33-39. En este último caso cito por la 1ª ed., ya agotada el año de su publicación, por lo que al dar a la imprenta estas páginas está a punto de publicarse una segunda.

Roma de mediados y fines de la República. Otra cosa conllevaría, probablemente, la ruptura lógica que parece presidir la sucesión de los textos correspondientes a un derecho antiguo que se describe — muy someramente, sin duda — en I.2.54 (*lex enim XII tabularum*) y 2.55 (*quod uoluerunt ueteres*), pues la actividad de la Jurisprudencia veterana laica no constituye, sin más, parte de la historia del derecho antiguo de Roma, sino el principio de la apertura hacia un orbe nuevo de derechos para la urbe ⁽⁶⁹⁾, por mucho que sean sobre todo Labeón — espiritualmente, *el último de los republicanos* — y, en mi opinión, Trebacio antes que él, en muchos aspectos ⁽⁷⁰⁾, los que protagonicen tal ensanchamiento de horizontes ⁽⁷¹⁾.

69) Perfectamente ejemplificado en el tránsito de Quinto Mucio Escévola a Servio Sulpicio Rufo, las dos grandes antorchas de la Jurisprudencia laica veterana: el primero todavía será *pontifex maximus*, concibe el jurisprudencial como un ejercicio aristocrático — lo que propició su célebre choque con Servio, siendo éste muy joven- y no concede atención al derecho honorario (vid. una convincente explicación del porqué en PARICIO, *op.ult. cit.*, p.46); el segundo, en cambio, mucho más joven y que le sobrevivió cuarenta años, pertenece a una generación en franco engarce con las realidades de su vertiginoso tiempo, lo que explica, entre otros motivos, su clara sintonía con Cicerón, y el nada desdeñable dato de que de él fuese el primer comentario — breve todavía, de sólo dos libros- *ad edictum*.

70) Por ejemplo, en la utilización modernísima del componente anímico en la posesión (cfr. D.41.1.5.1), en cierto sentido más avanzado que el de Labeón (cfr. D.18.6.1.2); vid. *infra* n.123 y la referencia bibliográfica allí contenida.

71) Sin duda el carácter innovador de Trebacio, en muchos aspectos autor *adelantado* a su tiempo, fue lo que, pese a su prestigio de gran jurista, provocó su consideración también de jurista minoritario, poco seguido habitualmente — incluso en ocasiones por su propio discípulo Labeón- en sus planteamientos progresistas; en más de un sentido fue una *isla* en un mar generalmente ajeno. Sobre esto sería interesante volver en otro trabajo; de

Sin duda fue posible, en el ámbito de esa *interpretación sin revoluciones* que fue tal actividad pontifical (72), restringir una hipotética *usucapio pro herede* factible en época muy temprana frente al *suus heres* que no entrase en la posesión de los bienes hereditarios (y no cumplierse, por tanto, con sus deberes de sucesor) y circunscribirla tan sólo al marco de las sucesiones voluntarias. Ello estaría en concordancia con la evolución de los tiempos y las transformaciones experimentadas por el derecho sucesorio en el ámbito todavía del *ius civile* tardío y de la legislación republicana más adelantada — como el establecimiento jurídico —privado de la sucesión legítima formal o la creación jurídico-pública de la *querella inofficiosi testamenti* (73) —, tendentes en su conjunto al fortalecimiento de la posición — estimo que muy endeble — del *suus heres* en época arcaica. Piénsese que si la *bonorum possessio* puede favorecer al heredero civil, siendo como es una creación pretoria, la Jurisprudencia veterana, asida todavía a los rudimentos jurídicos del *ius civile vetus* (y mucho más en el seno del colegio pontifical), lo haría mucho más y mucho más naturalmente.

momento, cfr., en cualquier caso, el expresivo testimonio de Pomponio en D.1.2.2.45.

72) Vid. al respecto IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona 1999, 12ª ed., p.65.

73) Remito a CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión legítima*, cit., n.47, con bibliografía, sobre el adelantamiento en la creación de este último instrumento al año 241 a.C. aproximadamente.

Con respecto al segundo dato al que antes aludía, es evidente para mí que Gayo se refiere a la adición necesariamente como forma de aceptación, y por tanto como fenómeno propio de la sucesión voluntaria, y no a un fenómeno posesorio: *aditio* en su época tiene un inequívoco significado ⁽⁷⁴⁾, lo tenía en el mismo sentido en época (que es el que él sigue, porque no dice lo contrario) republicana y no sabemos hasta qué punto alguna vez, en los oscuros orígenes, pudo significar otra cosa: aprehensión en sentido posesorio ⁽⁷⁵⁾. Cabe argumentar que en la primigenia edad se sucediese aprehendiendo los bienes del fallecido ⁽⁷⁶⁾ y es lógico considerar que en la estructura cuasicívica que venía a constituirse lentamente por coagulación de lo jurídico se reservase

74) Aunque la doctrina se ha dividido a la hora de analizar los diversos modos en que ésta se materializa. Así, junto a los dos clásicos e indiscutibles de la *cretio* y la *pro herede gestio*, recientemente CALZADA, *La aceptación de la herencia en el derecho romano. Aditio nuda voluntate*, Zaragoza 1995, pp.13, 33, 60ss., 146ss., defiende la existencia, precisamente desde el testimonio gayano, de una tercera forma independiente de adición: la *aditio nuda voluntate*. Muestra de que en tal vertiente de la cuestión la *opinio* no es en modo alguno pacífica es PARICIO, *¿Tres modos de aceptación de la herencia?*, LABEO 45 (1999), pp.244-253, que se opone directamente a la tesis de Calzada. Hay bibliografía clásica de importancia al respecto; vid. sobre ello CALZADA, *op.cit.*, con las obras recogidas en pp.60ss., y PARICIO, *op.ult. cit.*, nn.1-2-6.

75) Sobre la perfecta distinción en época temprana entre adición y aprehensión posesoria vid. BONFANTE, *Scritti 2, cit.*, pp.484, 687; IDEM, *Corso II.2, cit.*, p.210; IDEM, *Corso VI, cit.*, pp.84ss., 230, 234; cfr. sobre esto más modernamente FRANCIOSI, “*Usucapio pro herede*”, *cit.*, p.14.

76) BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano 1954, p.236, sostiene, probablemente con razón, que originariamente el término *aditio* — que, literalmente, significa “*ir hacia*” — aludía a la efectiva toma de posesión de los bienes de la herencia. En un caldo prejurídico esto era inevitable; en los primeros desenvolvimientos de lo jurídico, muy probable. Vid. *infra* n.97.

tal facultad para los miembros de la familia del muerto. No obstante, esa levísima juridización que suponía ya la preferencia comunitaria dada a los familiares no podía sino implicar dos cosas:

- en el flanco posesorio de la sucesión — es decir, en su realidad humana más inmanente — la preferencia socialmente aceptada decae en tanto en cuanto los potenciales ocupantes preferentes — que son los familiares más cercanos — manifiestan su desinterés o impericia en la aprehensión de los mismos.

- en el flanco jurídico que ya se advierte, titubeante pero evidente, en la propia preferencia social, se introduce, en germen pero inequívocamente, una tendencia a *juridizar* plenamente lo que es, en cuanto que manifestación de lo social, fenómeno *vitalmente* jurídico: la sucesión misma.

El primero de los elementos — el posesorio — es, a mi modo de ver indiscutiblemente, el caldo biológico del que se nutre la *usucapio pro herede*, en estos tiempos magmáticos una usucapición más, que sólo será extraordinaria cuando sean perfectamente delimitados en época histórica los diversos fundamentos de la usucapición, y en concreto el de la justa causa y la buena fe (77), y quede evidente constancia de su especificidad. Sólo entonces recibirá la calificación de *lucrativa*:

77) Sobre este definitivo perfilamiento de los elementos constitutivos de la *usucapio* vid., por todos, la síntesis de TALAMANCA, *Istituzioni, cit.*, pp.424-425.

Gai.2.56: *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur, nam sciens quisque rem alienam lucri facit.*

Este fragmento gayano pertenece al conjunto de ellos que se ocupan de la primera modalidad *histórica* de *usucapio pro herede*. Cabe ahora perfilar, en este progresivo ahondamiento, en la sistematización que hice anteriormente ⁽⁷⁸⁾ del bloque de textos que en las *Institutiones* se consagran a la *usucapio pro herede*: es casi seguro que en todos ellos, y de modo evidente en éste, Gayo no se refiere a la antiquísima usucapación hereditaria de los primitivos tiempos, sino a un segundo escalón, todavía muy antiguo, en el que ya se concebía como una modalidad extraordinaria y es casi seguro que ya no cabía el despojo ante los *sui heredes* inoperantes ⁽⁷⁹⁾. Ello arrojaría, desde un análisis lógico y filológico de los textos, el siguiente cuadro del acercamiento gayano a la institución:

1ª.- Gai.2.52-53: modalidad adrianea de usucapación hereditaria, que es ya singular ⁽⁸⁰⁾, que ha dejado de ser lucrativa ⁽⁸¹⁾ y que por supuesto — y debe de ser desde

78) Vid. *supra* §3.

79) Esto es así porque el fragmento constituye una sucesión lógica (“*haec autem species possessionis et usucapionis*” es el inicio) del anterior (Gai.2.55), en el que se habla de *aditio*. Vid. *supra* n.46 e *infra* en el texto.

80) Recuerdo que ya desde algún momento del período comprendido entre el pontificado de Publio Mucio Escévola en el 130 a.C. y el siglo I d.C., en la fase inicial del Principado; vid. *supra* n.35.

81) Por intervención del propio Adriano (Gai.2.57): *sed hoc tempore iam non est lucrativa (...) ex auctoritate Hadriani senatusconsultum*. Vid. *supra* n.47.

hace mucho tiempo, porque Gayo no sabe desde cuando — no cabe contra heredero necesario (82).

2ª.- Gai.2.54: modalidad decenviral de usucapión hereditaria, que es global, no es todavía lucrativa (porque, al no exigirse la buena fe para la usucapión en general, todas son — si se quiere *ad absurdum* — lucrativas por esencia), ni extraordinaria (83) y es muy posible que se permitiese contra los *sui heredes* que no entrasen en la posesión de la herencia, aunque sobre esto Gayo no se pronuncia; en cualquier caso, antes de las Tablas, en una más que probable usucapión predecenviral que no distinguiría entre diversas modalidades, todo hace indicar que tal posibilidad de *usucapio* en caso de sucesión automática sería perfectamente posible.

En este sentido, creo que se pueden deducir dos extremos de este mismo texto de Gayo:

- se exige un año para usucapir la herencia, no porque se considere extraordinaria tal usucapión, sino porque la *hereditas in ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*.

82) Gai.2.58: *necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest*. Vid. *supra* n.48.

83) *Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*. El plazo de usucapión de la herencia, como se ve, no es en absoluto extraordinario, sino que deriva de la consideración de la misma como una cosa (no inmueble), sino integrable *in ceteris rebus* y usucapible, por tanto, al año.

- la usucapión antiquísima, que nada sabe de modalidades, se fundamenta en causas estrictamente posesorias ⁽⁸⁴⁾, pues falta el elenco jurídico acabado de justas causas que introducirá la Jurisprudencia pontifical ⁽⁸⁵⁾: el *consensus* inherente a toda entrega, la *derelictio*, que faculta la ocupación; en el caso concreto de usucapión de ámbito hereditario ha de ser necesariamente la segunda ⁽⁸⁶⁾.

3ª.- Gai.2.55-56: modalidad pontifical de usucapión hereditaria, que sigue siendo global — por lo menos hasta el ya muy moderno pontificado del primer Escévola ⁽⁸⁷⁾ —, es ya claramente lucrativa — pues la *interpretatio* pontifical ha perfilado desde antiguo los requisitos de la *usucapio* e introducido muy especialmente la exigencia de buena fe para las modalidades desde ahora ya ordinarias — y, como consecuencia del fortalecimiento de la posición del heredero desde otros instrumentos jurídicos

84) Por ello en las Tablas resultan excluidas a este respecto las *res furtivae*, siendo el *furtum* como es un ataque a la posesión (posteriormente la *lex Atinia* incidirá en la materia). Con respecto a lo que nos interesa aquí los bienes hereditarios no son susceptibles de hurto, porque, abandonados, carecen de poseedor y quien los aprehende no incurre en una *amotio* (ni en una *contrectatio*), sino en una *occupatio* (Gai. 3, 201). Vid. *infra* §6 y *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.179-180.

85) No existe la *emptio venditio* en derecho decenviral; a falta de esto, a falta en una palabra de una mayor delineación de los tipos jurídicos negociales, se atiende al elemento intencional que hay en toda *traditio*, aunque sea de bien mancipable, y en todo abandono, aunque sea de bien mancipable. Y eso es atender, sin más, a la causa posesoria. Vid. *supra* n.77.

86) Vid. *infra* §5. Naturalmente también, si se desea, vid. *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.179-183.

87) Vid. *supra* n.80.

(⁸⁸), es, sin discusión posible, reconducida al ámbito intrasapable de la yacencia hereditaria, como el propio Gayo anota (⁸⁹), para salvaguardar, al menos, de los despojos a los más próximos parientes del causante.

4ª.- Gai.2.57-58: modalidad adrianea de usucapión hereditaria, específicamente calificada por Gayo de no *lucratiua* (⁹⁰) y restringida a la herencia yacente (⁹¹).

Pero junto al flanco posesorio de la primigenia realidad de la sucesión y de la usucapión primitivas — cuasijurídicas, protocívicas — tenemos que vérnoslas también con el jurídico: la misma pulsión íntima que movió al cuerpo social en sus primeros desenvolvimientos jurídicos — y por ello sociales — a considerar la sucesión temprana — que dejaba de ser sólo posesoria, que comenzaba a ser ante todo jurídica — como referida al grupo familiar fue la que, probablemente muy pronto, si no de forma prácticamente inmediata, terminó por cuajar una sucesión automática para los herederos muy próximos y, siglos después, una *usucapio pro herede* imposible frente a ellos (⁹²). Cabe

88) Me refiero, naturalmente, al desarrollo de la sucesión legítima formal y a la aparición de la *querella inofficiosi testamenti*; sobre la quizás preferible datación de esta vid. *supra* n.73.

89) Gai.2.55: *quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri*.

90) Gai.2.57.

91) Gai.2.58.

92) Diferencia temporal que se explica por lo dicho *supra* aquí en §4, poco antes de reproducir Gai.2.56 y analizarlo: la sucesión es un fenómeno potencialmente más jurídico que la usucapión, muy adherida, en sus primeros desenvolvimientos sobre todo, al tronco posesorio. Por ello una llega cuajada

concluir, creo, por todo ello, que no es dato revelador el testimonio gayano contra la posibilidad de *usucapio pro herede* en caso de sucesión automática si pretendemos referirlo al período primitivo: simplemente Gayo se refiere a una época posterior, cuando la *usucapio pro herede* es reglamentada por los pontífices según principios distintos a los que rigieron en época antiquísima el magma posesorio del más antiguo mundo jurídico quiritarario.

5. *Aditio* ⁽⁹³⁾.- No obstante, quizás sea útil incidir más en el asunto de la *aditio* a que Gayo se refiere en su texto y que acabo de esbozar levemente líneas arriba ⁽⁹⁴⁾. Aunque resulta arriesgado — y yo no lo hago sin prudencia — secundar puntualmente la visión de que adición es en época temprana un concepto simplemente posesorio ⁽⁹⁵⁾, no deja de ser evidente que la propia acogida, en la práctica preferente ⁽⁹⁶⁾, por el derecho de época histórica de la *pro herede gestio* como contrapartida de la formalísima *cretio* y, dando un paso más, la probable prelación cronológica de aquélla sobre ésta en la génesis protohistórica de

jurídicamente al código decenviral y la otra ha de esperar a la actividad *interpretativa* producida en la República más plena.

93) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.169.

94) Vid. *supra* §4, sobre todo *ab initio*, y n.76, e *infra* n.97.

95) Remito para esta cuestión concreta a CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión intestada*, *cit.*, n.101. Vid. *supra* n.76 y la porción de texto a que se adjunta.

96) CALZADA, *op.cit.*, p.31.

los derechos ⁽⁹⁷⁾ suponía la constatación de que, en la vida práctica, se producían aprehensiones puramente fácticas de los bienes por parte del heredero que manifestaban la voluntad de éste de utilizarlos en su calidad de tal, y esto se producía con independencia del tipo de delación — testamentaria o legal — y sucesión — voluntaria o automática — que hubiese tenido lugar. Naturalmente, en caso de sucesión forzosa, el *heres* lo era desde el momento de la muerte del *de cuius* y sus actos simplemente demostraban su diligencia en hacerse cargo de la herencia paterna — la importancia de lo cual no debe, en todo caso, minimizarse —; en el de sucesión por extraño tales actos, dada la incerteza jurídica connatural a la yacencia, contribuían inequívocamente a los ojos de la comunidad a establecer la certeza de que el llamado era el propietario/heredero del patrimonio, pues como tal se comportaba, lo que naturalmente era de una importancia cualificadamente mayor. Pero la incerteza, que es jurídica y posesoria en caso de sucesión voluntaria, es posesoria en el de la sucesión automática, y es en el concreto ámbito posesorio de la *successio* donde la *usucapio lucrativa* desarrolla su específica

97) Siguiendo una teoría que he puesto de manifiesto en CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 3 (1999), pp. 163-189, la *pro herede gestio* respondería al elemento genético posesorio y la *cretio* al ritual. No es de extrañar que ambos sean antiquísimos y seguramente predecenvirales; el primero es, sin duda, también prejurídico; el segundo suscita más cautelas en este sentido, aunque no puede descartarse del todo una primera manifestación, en los albores de la configuración de la *civitas*, tan antigua como ella. Todos los productos específicamente jurídicos — es decir, no jurídico-posesorios- de la Roma primigenia son de corte ritual: *testamentum*, *mancipatio*, *sponsio*, *actio per sacramentum*; a este núcleo pertenece seguramente la sin duda antiquísima *cretio*.

función. Ello quiere decir que, ontológicamente, no es en modo alguno imposible — sino más bien lo contrario — una usucapión hereditaria frente a *sui heredes* desde el punto de vista de su fundamento posesorio.

Por otra parte, ¿no es cierto que la gestión de los *sacra familiaria* subyace en la creación de la *usucapio lucrativa* (98)? ¿No es igualmente cierto — aunque no se destaque — que el *suus heres* puede descuidar igual que el *extraneus* dicha gestión trascendental para la *familia*? Desde esta perspectiva, la *usucapio pro herede* propende a encontrar, por vía posesoria — es decir, fáctica — alguien que se encargue de lo que nadie se encarga — fácticamente — con independencia de que *nadie haya* — yacencia hereditaria — o de que quien haya *no esté* — sucesión automática — y haga dejación flagrante de sus funciones. Esto que quizás puede parecer raro — y que no lo es — se entiende perfectamente si imaginamos herencias con pasivos superiores a sus activos y por tanto perjudiciales a los *sui*, que prefieren obviar la *hereditas*. Esto mantendría el problema de los *sacra* y obligaría, con mayor urgencia si cabe, a encontrar por la drástica vía de lo fáctico alguien que se encargase de los cultos familiares: naturalmente, en principio, alguien obviado en la sucesión dentro de la familia (99). Sólo *en principio*, porque la propia dinámica posesoria de la

98) Vid. por todos sobre esto el pormenorizado análisis de FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit., pp.74-130.

99) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.163-164. Allí explicaba el factor social — preponderancia del *paterfamilias*- que imbuía la sucesión automática, de un lado, y la usucapión hereditaria, de otro, sin querer extraer en esas páginas mayores consecuencias de tal circunstancia — que es lo que

ocupación permitía la posibilidad de un *auténtico* despojo, esto es, del expolio por parte de un individuo ajeno al grupo familiar.

Que se pueda pensar en la dificultad anímica o incluso espiritual para la inoperancia por parte del *suus heres* en época antiqusísima, *atado* como está por vínculos de trascendencia al recuerdo paterno, no invalida el argumento: primero, porque no lo excluye; segundo, porque en un paralelo perfecto, aquí en modo alguno gratuito, la indisoluble propensión del *pater* a disponer en favor de sus *fili* — propensión muy fuerte, pero moral, no jurídica — en nada le impide en la primera época la desheredación — o incluso la implícita manifestación de ella que supone la simple preterición — *por razones moralmente — ad intra — que no jurídicamente — ad extra- fundamentadas* (100); tercero, porque muchas son las razones que podrían impedir al *suus* ocuparse de y ocupar la *hereditas* y los *sacra* y no todas, naturalmente, debidas a su deseo, sino a su imposibilidad. Ello obliga a buscar a alguien y el puro desenvolverse del fenómeno posesorio, del acto ocupatorio y de la usucapión no conoce limitaciones en época primigenia que no sean estrictamente posesorias.

hago aquí- y centrándome a continuación en el caso paradigmático de *usucapio pro herede* en la herencia yacente.

100) He defendido con vehemencia — y espero que con cierto acierto- la prelación — probable- de la sucesión testamentaria sobre la legal también en la época temprana; vid., entre otros, CASTRO, *Sobre la naturaleza, cit.*, y el tríptico de estudios mucho más amplios recogido *supra* en n.20.

Una concepción así, por otra parte, reconocida para la época arcaica, se correspondería perfecta, y casi me atrevería a decir que idóneamente, con la evolución posterior del derecho todo de sucesiones. Mediante ésta:

- se tiende a superar la *usucapio pro herede* por el grave perjuicio que causa al *heres*.

- se tiende a facilitar al *suus heres* la posibilidad de *huir* de una sucesión a la que se debe pero que, en ocasiones, puede resultarle gravosa.

Cámbiese la perspectiva para aprehender una realidad quizás más oculta de la primitiva *successio*; la *usucapio pro herede*, concebida en época tempranísima como posible contra todo aquél que no posea la herencia, viene a servir de primitivo instrumento que permite al heredero automático lo que el *ius abstinendi* ⁽¹⁰¹⁾ en el marco del derecho pretorio, bastando con no entrar adrede en la *hereditas* y permitir el despojo: la posibilidad de eludir las cargas de la herencia es, en este aspecto concreto, el común objetivo.

6. ***Derelictio*** ⁽¹⁰²⁾.- Pero ante la adición/aprehensión posesoria, que depende del heredero, cabe situar el abandono de los bienes, que deriva de la muerte del causante. Es por lo tanto una ocupación fundamentada en un previo abandono — el

101) Gai.2.158.

102) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.155, 179, 204.

abandono más indubitable que existe: la muerte — lo que se produce, en el ámbito posesorio, y no una tradición en la que el causante, “en cierto modo, “entrega”, no sólo su alma, sino también sus bienes” (103). Se ha destacado, desde la mejor óptica civilista, que esto no “es completamente exacto ni, en todo caso, es lo importante” (104); analicémoslo, en todo caso, desde la perspectiva romanística, necesariamente más apegada a la vertiente posesoria. Cabría, de entrada, sostener que hay una suerte de entrega del causante al heredero en caso de testamento válido y, por analogía, que la hay en cierta forma de la ley al heredero si el llamamiento es legal (aunque aquí la ficción de entrega ya se hace mucho más insostenible, al no “entregar” un sujeto humano), pero ello sería en todo caso en un planteamiento desvirtuado, desde el punto de vista jurídico — o más bien *pseudojurídico* — y en virtud de un procedimiento de ficción no muy ortodoxo, en ningún caso en el ámbito de lo posesorio, en el que no cabe fingir tradiciones donde efectivamente no las hay (105). Con independencia de que naturalmente yo sostenga la clara diferenciación entre *aditio* y toma posesoria en época histórica analizable *caso por caso* — con las matizaciones hechas para la época más primitiva — es evidente que las dos perspectivas — la del *heres* y la del *de cuius* — derivan, antes que nada, de su

103) Así lo recoge Lacruz — para criticarlo- en LACRUZ & SANCHO REBULLIDA, *Elementos de derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (Barcelona, 1988, reimpr. 1991), p.12, diferenciando *intuitivamente* sucesión a causa de muerte y adquisición *inter vivos*.

104) IBÍDEM.

105) Esto nos sitúa ante el debatido problema en la Jurisprudencia clásica de la *traditio ad incertam personam*; sobre él vid. *infra* §8.

propia substancia posesoria y que en la vertiente posesoria lo que hay en la *successio* es una *derelictio* y no una entrega.

He seguido en este mismo trabajo ⁽¹⁰⁶⁾ la idea de que el flanco vulnerable de la *hereditas* es el posesorio. Cabe añadir que tal vulnerabilidad es idéntica con independencia de que exista *suus heres* o no: infinitamente más sólida es la sucesión en la que un heredero voluntario, que no ha aceptado, ha aprehendido en cambio los bienes de la herencia, que aquélla en la que el heredero automático no manifiesta la menor actitud fáctica de gestión hereditaria; el ejemplo del cuidado de los *sacra* es de nuevo meridianamente expresivo en este caso. ¿De qué fundamento último depende tal vulnerabilidad que nada sabe de distinciones — que son sólo jurídicas — entre diversos tipos de sucesiones? Naturalmente, se trata de un fenómeno de naturaleza posesoria.

El devenir de los tiempos hace que, en el propio ámbito posesorio y desde los instrumentos procesales pretorios, la *usucapio pro herede*, tal y como fue concebida desde antiguo, comience a verse arrinconada por la *bonorum possessio* ⁽¹⁰⁷⁾. Mucho antes ha sido circunscrita al supuesto de yacencia hereditaria, por la misma época se convierte en usucapión de los singulares bienes aprehendidos y algo después es convertida en

106) Vid. *supra* §4. Vid. con anterioridad CASTRO, *Aproximación posesoria*, *cit.*, pp. 112, 118, 135-137 y *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.179, especialmente n.44.

107) Remito a *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.170-176, donde están minuciosamente tratadas las relaciones entre ambas figuras.

una *usucapio* uniformizada ⁽¹⁰⁸⁾. Pero todo ello es fruto de una evolución jurídica que no puede ocultar la esencia natural de la herencia, su *itinerario* inevitablemente posesorio: los bienes hereditarios han sido abandonados por el causante — precisamente por el ontológico y jurídico hecho de su muerte — y eso los hace natural y límpidamente ocupables.

7. ***Res nullius in bonis*** ⁽¹⁰⁹⁾.- Tal vulnerabilidad de la *hereditas* reside, pues, en la ausencia de poseedor en la misma, en la *derelictio maxima* que viene a suponer la *mors* del *de cuius* y en su consiguiente consideración, más que de *res nullius* — que lo es: las fuentes son inequívocas ⁽¹¹⁰⁾ —, de *res nullius in bonis* y, por tanto, de la naturaleza de cosas ocupables inherente a las cosas hereditarias. Esta naturaleza es común a la sucesión voluntaria y automática, pero — salvo en la época más temprana — la ocupación sólo permite el complemento del transcurso del tiempo para el cumplimiento de la usucapición en el caso de yacencia hereditaria, pues la *interpretatio* pontifical ha limitado la institución, ahora plenamente delimitada y desgajada del tronco posesorio germinal, a los supuestos en que se espera la *aditio* ⁽¹¹¹⁾ (naturalmente, de heredero voluntario). Esto, en definitiva, no es más que una manifestación, desde luego consecuente con

108) Vid. *infra* §9.

109) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.180-184.

110) Hay terminología al respecto seleccionada en *Aproximación a la usucapio pro herede*, nn.47-53. Vid. también Gai.2.9.

111) Gai.2.55. Vid. mi lectura *supra* §4.

las peculiaridades del ámbito sucesorio y de su evolución, de la intromisión del derecho en el marco puramente posesorio y del dibujo sistematizador que el ordenamiento hace de *occupatio* posesoria, *occupatio* cualificada y usucapión. Exactamente igual que se exige jurídicamente para la adquisición ordinaria de la propiedad por *derelictio/occupatio/usucapio pro derelicto* que no exista previo propietario (es decir, que el que había *abandone*) (112), se llega a exigir, desde la Jurisprudencia veterana, que para la adquisición extraordinaria por *derelictio maxima/occupatio/usucapio pro herede* no exista propietario desde el instante mismo en que la *successio* abre la posibilidad de despojo, esto es, que no exista heredero inmediato (113). Pero ello es una conquista de la completa juridización que experimenta el sistema romano y es casi seguro que se materializó después de la promulgación de las XII Tablas, si hemos de atender al testimonio gayano (114), tal y como lo he interpretado (115).

Obsérvense, en cualquier caso, dos cosas: la primera es que un bien abandonado es una *res nullius*, una *res nullius* coincide con una *res nullius in bonis* si hay expectativa de aprehensión (116) y una *res nullius/res nullius in bonis* es un bien ocupable

112) Vid. *infra* nn.123 y 132.

113) Esto no es más que la plasmación, en el ámbito sucesorio, del intento equilibrador del sistema de adquisiciones romano, tan perceptible en otros ámbitos. Pero vid. *infra* n.132.

114) De nuevo Gai.2.55.

115) Vid. *supra* §4.

116) Vid., por todos, ROBBE, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea che non ha né*

(¹¹⁷), pese a ciertas objeciones que al respecto se han formulado (¹¹⁸) y que, en su indudable interés, no terminan de convencerme (¹¹⁹); la segunda, que, en términos posesorios — que son los que aquí importan —, tan *res nullius in bonis* son las *res hereditariae* no aprehendidas por el heredero en la sucesión voluntaria como en la automática.

8. *Traditio in incertam personam* (¹²⁰).- Bastantes páginas — y todavía no sé si son suficientes o demasiadas — he dedicado al tema de la *derelictio maxima* vista desde la óptica de la controversia que enfrentó a sabinianos y proculeyanos en torno al momento en que el abandono se produce técnicamente. Paulo

capo né coda, Milano 1979, pp.1-35; con anterioridad, y mucho más brevemente, cfr. BONFANTE, *Corso VI, cit.*, pp.274-275.

117) Vid. por todos VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1954, 3ª ed., p.217.

118) FRANCIOSI, *Res nullius e occupatio*, en *Atti Acad. Napoli 75* (1964), p.2ss.

119) No siendo éste el lugar y el momento oportunos para extenderme en esta cuestión me permito remitir a CASTRO, *El sistema causal romano, cit.*, donde es puntualmente desarrollada. Naturalmente hay bibliografía anterior de suma importancia; vid. en especial WEISS, *Das Willensmoment bei der "occupatio" des römischen Rechts*, Marburg 1955, p.273ss.; HESS, "Occupatio", *ZSS* 84 (1967), p.355ss.; FRANCIOSI, *s.v. Occupazione (storia)*, *ED* 29 (1979), p.610ss.; VACCA, "Derelictio" e acquisto delle "res pro derelicto habitae". *Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano 1984; sobre su relación con el otro mecanismo adquisitivo de la posesión que puede servir para adquirir la propiedad, vid. DAUBE, "Derelictio", "occupatio" and "traditio", *LQR* 77 (1961), p.382ss.Cfr., de todos modos, I.J.2.1.12-17; D.41.1.3pr.; D.41.7.

120) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.183-188.

(121) es quien nos sitúa en el ámbito de una polémica jurisprudencial de tiempos augusteos, afirmando a continuación el triunfo de la postura sostenida por los sabinianos (122). Para éstos, la pérdida de la propiedad coincide con el instante mismo en que el bien es abandonado por su previo propietario, mientras que para los proculeyanos es necesario el complemento del acto ocupatorio por parte de otro individuo. Ello conduce a la aplicación en el campo hereditario de la visión de la *derelictio/occupatio* como una *traditio in incertam personam* (123) y a la constatación, una vez más, de que no es coincidente la doctrina en la apreciación de lo que es ésta y de si su paternidad es sabiniana o proculeyana. Dos son, pues, las posturas de la crítica:

- se defiende, desde una posición doctrinal mayoritaria (124), su carácter proculeyano y a ello coadyuvan, en mi opinión, la vertiente temporal o dinámica del fenómeno del abandono/ocupación y la dinámica de una ficción en la que, al dilatar el momento en que se produce la pérdida de la propiedad

121) 54 *ad adictum*, D.41.7.2.1.

122) *Et recte*. En concreto cita la opinión del último jefe de éstos, Juliano, y la del primero en sentido estricto de los proculeyanos, Próculo.

123) He consagrado al tema, pero en el ámbito del sistema causal de adquisición de la propiedad y no en el sucesorio, un artículo extenso y reciente en CASTRO, D. 41, 7, 2: *reflexiones sobre la traditio in incertam personam y otras precisiones sobre la occupatio*, en *Actas de las II Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Huelva, 24-25 de marzo de 1999* (Huelva, 2000).

124) ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, p.190; TALAMANCA, *Istituzioni, cit.*, pp.415-416; en España FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos, cit.*, p.234.

hasta la aprehensión posesoria del ocupante, se aprecia una especie de tradición a persona desconocida en el instante de la *derelictio*.

- se defiende, muy minoritariamente ⁽¹²⁵⁾, su carácter sabiniano, a lo que contribuye, a mi modo de ver, la vertiente espacial o estática del fenómeno del abandono/ocupación y la conjunción, por una parte, de una específica visión doctrinal de lo que es el abandono y, por otra, del hecho histórico del triunfo sabiniano en esta materia; es decir, y por decirlo con palabras más específicas, que pueda postularse que las *res derelictae* son adquiridas por *traditio* y no por *occupatio* en un derecho clásico que en este aspecto se nos dice que fue regido por la óptica sabiniana.

En mi acercamiento a la cuestión de 1996-1998 ⁽¹²⁶⁾ seguí la segunda visión por su mayor correspondencia con la actividad general de la escuela sabiniana en materia de sucesiones y, en

125) BEHRENDTS, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, Seminarios Complutenses 9-10 (1997-1998), pp.133-169, en concreto n.42. En España IGLESIAS, *op.cit.*, p.167, basándose, quizás (en cualquier caso, creo que es el precedente indirecto), en una lectura de BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1987, reimpr. de la 10ª ed.), pp.210, 230, y *Corso* II.1, *cit.*, pp.87ss., 257ss., en la que se defiende que las *res hereditariae* se adquieren por *traditio* y no por *occupatio* en un derecho romano clásico donde la óptica triunfante era la sabiniana, y debe deducirse que ése por tanto es el punto de vista casiano. En cualquier caso, esta interpretación — conviene aclararlo- no está *explícitamente* declarada en Iglesias, aunque es muy posible que subyazca en su lectura, evidentemente minoritaria, de que la visión de la *derelictio/occupatio* como una *traditio ad incertam personam* es formulada por los sabinianos y no por los proculeyanos, como mayoritariamente se sostiene.

126) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.183-188.

concreto, en materia de yacencia hereditaria ⁽¹²⁷⁾. Aunque conceptualmente sostenible ⁽¹²⁸⁾, es preferible, desde la óptica del propio fenómeno ocupatorio, la primera percepción y así lo he hecho en mi estudio directo sobre el tema ⁽¹²⁹⁾; será la que seguiré en esta nueva aproximación complementaria a la primera, de nuevo en el contexto de lo sucesorio, para demostrar que, se siga la óptica doctrinal que se prefiera al respecto de la *derelictio/occupatio* y la controversia jurisprudencial entre escuelas, la visión de la muerte como *derelictio maxima* mantiene su misma e invariable utilidad, dentro además del contexto jurisprudencial del sistema tejido en torno a los problemas estático y dinámico de la yacencia hereditaria.

Adviértase, además, que atribuir la calificación del fenómeno como *traditio in incertam personam* a la tesis proculeyana —

127) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.183. Levemente también en CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales"*, cit., p.270.

128) Escribe BEHRENDTS, *op.cit.*, n.42: "I Sabiniani costruivano la derelictio come una "voluntas domini rem suam in incertam personam transferre" (Pomp.32 ad Sab.D.41.7.5.1)". A su vez, en España, IGLESIAS, *op.cit.*, p.167, escribe, creo que con destreza: "según los proculeyanos, la pérdida de la propiedad coincide con el acto de aprehensión por parte de otro; los sabinianos, por el contrario, entienden que la propiedad se pierde en el instante mismo en que el titular se despoja de la cosa". Enfocado de esta forma, y puesto el punto de interés en el instante del despojo sólo en la visión de los sabinianos puede resultar convincente la visión de que son éstos los que conciben la *derelictio* como una *traditio in incertam personam*, como específicamente hace IGLESIAS, *ibídem*, a continuación: "Esta última opinión, que concibe la *derelictio* como una transmisión a persona incierta — *traditio in incertam personam*-, fue acogida por la jurisprudencia más tardía y por la legislación de Justiniano". No obstante, creo ahora que no es ésta la visión más acondicionada a la que los clásicos tuvieron, pero sobre esto vid. *infra* inmediateamente en texto.

129) CASTRO, *D. 41, 7, 2: reflexiones*, cit.

como hago ahora e hice recientemente — o a la sabiniana es, en cualquier caso, decisión moderna y no romana, y que la apreciación de los contenidos de las teorías de una y otra escuela no varía un ápice con independencia de que se considere — o no — lo que en ellas se defiende como *traditiones ad incertam personam* — o no —: es una simple cuestión de terminologías (y de terminologías doctrinales y no jurisprudenciales) ⁽¹³⁰⁾, que no de esencias, aunque proporciona mucho juego en la elaboración jurídica de los conceptos al investigador moderno decantarse por una u otra opción.

En dicho anterior acercamiento, dije lo que, muy sintéticamente, ahora resumo al respecto:

- los sabinianos conciben la *derelictio/occupatio* como un ámbito en el que, interviniendo una suerte de *incerta persona*, se produce una especie de *traditio*.

- los sabinianos elaboran las dos teorías que tienden a dotar de un referente *fingido* de personalidad a un ámbito que *físicamente* no lo tiene: la herencia.

130) Es muy posible que por ello se omita toda referencia al término de *traditio in incertam personam* en algunos acercamientos institucionales referenciales; vid. por todos BIONDI, *Istituzioni, cit.*, pp.210-211; VOCI, *Istituzioni, cit.*, p.217; GUARINO, *op.cit.*, pp.673-674, cuando habla de D.41.7.2.1 y D.47.2.43.5. Modernamente tampoco lo hacen BURDESE, *op.cit.*, p.319, que brevísimamente alude a los proculeyanos como excepción al principio general impuesto en época clásica, sin utilizar — creo que afortunadamente — la terminología de *traditio ad incertam personam*, o FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano 1*, Torino 1995, p.190, que no trata el asunto.

- los sabinianos coinciden, en virtud del carácter más sistemático de su método, en aportar las visiones más acertadas y a la postre triunfantes en el ámbito de la yacencia: en lo posesorio (y, lógicamente, en las consecuencias que tal vertiente conlleva para el estatismo de la herencia) sabemos que su visión triunfó, porque nos lo dice Paulo; en lo jurídico fueron sus teorías, y particularmente la juliana de la personalidad, las que solventaron el problema dinámico de la *hereditas* ⁽¹³¹⁾.

- los sabinianos, que ven la *derelictio/occupatio* como una *traditio ad incertam personam*, es lógico que lleven a cabo la elaboración de unas teorías que, a la postre, incorporan en lo jurídico una *persona* a dichos bienes abandonados, y como tal ocupables, de la herencia, para la que desde el principio, y por su misma esencia, vienen encaminados: “*entregados*”.

Hechas estas acotaciones, cabe incidir un poco más en la cuestión y en la interpretación que ahora quiero darle: la diferencia fundamental entre una y otra visión jurisprudencial es que mientras que los sabinianos distinguen dos momentos en la pérdida y adquisición de la propiedad, los proculeyanos, al dilatar en el tiempo el del abandono, unen los instantes en que se producen pérdida y adquisición del título, lo que conduce a la constatación de una especie de *traditio*, que se hace a una suerte de *incertam personam* ⁽¹³²⁾. Reitero que es ésta, seguramente, la

131) Sobre dinamismo y estatismo hereditarios remito a CASTRO, *Los elementos personales y materiales, cit.*, pp.275-277, 286-288.

132) Ello conduce a que los sabinianos consideren innecesario el complemento de la usucapición en caso alguno de ocupación y que los proculeyanos lo entiendan imprescindible si el bien ocupado es

visión moderna más apropiada al verdadero sentido de la *opinio iuris* romana. Nada cambia esta consideración más ajustada las conclusiones sobre la *derelictio maxima* a que había llegado anteriormente ⁽¹³³⁾ utilizando la visión de la *traditio in incertam personam* como de paternidad sabiniana.

De entrada, la visión proculeyana fracasó por dos motivos, se la llame modernamente como se la llame: el absurdo de confundir en el *tiempo jurídico* lo que el *espacio posesorio* presencia separados en el *tiempo real*; el absurdo de considerar que no se pierde la propiedad abandonada hasta que otro la ocupa. Es esa *fingida* entrega la que conllevó, a la postre, el fracaso de la visión proculeyana: dos *animus* separados por el tiempo, como *el animus delerinquendi* del que abandona y el *animus occupandi* del que aprehende, no constituyen *consensus* alguno, porque el

mancipable/inmueble (depende de la época), exigiéndose por ello el transcurso de dos años en la posesión ininterrumpida del bien para la adquisición de la propiedad. Sin embargo, esta polémica — resuelta según nos dice Paulo en D.41.7.2 a favor de los primeros— debe completarse, a mi juicio, con una debida atención al *si sciamus* que preside el texto. Remito a la interpretación que sobre él y los diversos extremos del asunto he realizado recientemente en CASTRO, *D. 41, 7, 2: reflexiones*, *cit.*: adelanto aquí que, en mi opinión, tal polémica se centra en el caso de que *se conozca a ciencia cierta el abandono de la cosa*, más allá de la sola apariencia de bien abandonado. Es decir: prevalece la naturaleza *subjetiva* de la *derelictio/occupatio*, al menos por lo que hace a este concreto supuesto. Si el ocupante *sabe* que el bien ha sido abandonado por el dueño anterior no es necesario para los sabinianos el complemento de la usucapición, pero nada se opondrá, desde la literalidad del texto pauliano, a que sí la considerasen necesaria en caso de que sólo existiese la constatación — *objetiva*, porque se trata de un hecho— del carácter en principio abandonado del objeto, pero no la certeza — *subjetiva*, porque interviene el *animus*— del efectivo abandono.

133) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.183-188.

consentimiento no puede fingirse, y tal realidad revela la artificiosidad de la construcción por ficción de la *traditio ad incertam personam* proculeyana (134).

En puridad, la existencia *gravitatoria* de una incierta persona en el ámbito de la ocupación se da siempre, ineludiblemente, por la misma naturaleza del abandono: en la visión proculeyana de la *derelictio* como el primer momento de una especie de *traditio* esto es obvio; en el planteamiento de unos juristas sabinianos que observan la *derelictio/occupatio* no como una fingida tradición, también, inevitablemente. Lo que ocurre es que tal *incerta persona viene como a estar presente en virtud de la ficción de entrega* en el pensamiento proculeyano, y, en cambio, en la concepción sabiniana, que distingue los dos momentos del abandono y de la ocupación, la persona incierta es *realmente incerta*, porque no se la quiere presente en ese presente, diríamos que ideal, que supone siempre toda definición o conceptualización jurídica (también, y muy especialmente, el de esa conceptualización que es la *derelictio/occupatio* como una *traditio in incertam personam*).

¿Qué significa todo esto?

a) es *en esencia* indiferente que califiquemos la visión sabiniana, a la postre triunfante en el ámbito de la ocupación, como una *traditio ad incertam personam* o no; hagamos una u otra cosa, para ellos el instante de pérdida de la propiedad coincide

134) Sobre todas estas cuestiones vid. *ídem*, D. 41, 7, 2: *reflexiones, cit., in fine* sobre todo.

con el del abandono, la adquisición de la propiedad coincide con la ocupación y existe, pues, un lapso de tiempo en el que la cosa no tiene propietario.

b) es *en esencia* indiferente que califiquemos la visión sabiniana como una *traditio ad incertam personam* o no, porque el jurista sabiniano cuenta también en la conceptualización del fenómeno posesorio/jurídico del abandono con la presencia, en el horizonte de la cosa, de una *incerta persona* a la que, si bien no se le hace entrega — fingidamente — del objeto abandonado, en cualquier caso podrá ocupar en el futuro lo que una *certa persona* abandonó en el pasado (en el presente del abandono).

c) es *en esencia* indiferente, a la postre, que califiquemos la visión sabiniana como una *traditio ad incertam personam* o no, porque, de hecho, si bien es menos indiferente su presencia que en la óptica proculeyana, termina por ser más contundente, porque es más real, la persona incierta que el jurista sabiniano vislumbra en su incertidumbre, *tal cual es*, y sin recurso alguno a ficciones, en el ámbito de la ocupación desde el momento del abandono.

Resumo en una frase (en un párrafo): para la óptica proculeyana, la *incertam personam* ⁽¹³⁵⁾ a la que va *traditada* la cosa abandonada está incorporada a la visión de la *derelictio/occupatio* en cuanto que abandono y en cuanto que ocupación, pues ambos momentos se funden en el tiempo jurídico en virtud de la *traditio* fingida; para la óptica sabiniana,

135) Aquí sí en acusativo.

en cambio, la *incerta persona* que inevitablemente gravita sobre la cosa abandonada, se percibe donde físicamente es perceptible: en el acto del abandono. Sólo entonces es en verdad *incerta*; en el instante, sabinianamente diferenciado en el tiempo como diferenciado está en el espacio, de la ocupación, la persona incierta es ahora perfectamente determinable.

Perfectamente cierta.

9. *Successio* ⁽¹³⁶⁾.- Indiscutiblemente, la *usucapio pro herede*, desde sus orígenes predecenvirales hasta su completa desvirtuación justiniana, supone un perfecto termómetro de las tensiones juridico-económicas y sociales del ámbito del derecho de sucesiones. Éste, que sirve hacia arriba para — pudiera decirse — atisbar la temperatura del entero sistema jurídico romano a lo largo de la historia, es también, hacia abajo, muestra transparente de las inquietudes y vaivenes del cambiante tejido social de la *civitas*. En el hilo que de un tiempo a otro lo conduce se observa una evolución *bifronte*: de más a menos evoluciona el causante, de menos a más el heredero. En esa cuerda tensada de *status* variables con el tiempo se sitúa la usucapión hereditaria extraordinaria: precisamente, la *juridización* del acto posesorio ⁽¹³⁷⁾ es la que pulsa la tecla en verdad fundamental que impulsa, como ninguna otra, la tendencia irresistible, desde la propia

136) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.190-202.

137) Vid. en general sobre esto CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito*, cit, pp.174-175 y en concreto sobre el fundamento posesorio de la figura *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.179-183.

estructura de la *usucapio pro herede* (y no sólo desde ella), hacia el fortalecimiento de la posición del *heres*. No es el único elemento que a ello contribuye, pues también inciden el resto de los fundamentos de la institución ⁽¹³⁸⁾, pero es, si cabe, el primario, el más espontáneamente esencial, el indiscutible. Por todo ello, por lo hasta aquí expuesto y por la irrelevancia de los testimonios gayanos con respecto a los más antiguos tiempos genéticos en que se gestó el nacimiento de la usucapión hereditaria, es por lo que puede postularse, como hipótesis, pero como hipótesis creo que difícilmente rechazable — si es que es posible hacerlo con rotundidad, que sinceramente lo dudo — la existencia de una *Ur-usucapio*, en la que sería factible, más que probablemente, la usucapión de los bienes de la herencia en caso de sucesor automático, siempre que éste no hubiese entrado en la posesión de los bienes antes del transcurso de un año desde que el ocupante tomó tales bienes. Para mí se hace evidente, en el seno de esta contextura, que la *usucapio pro herede* se remonta a los primeros tiempos de la evolución jurídica romana ⁽¹³⁹⁾ y no a la actividad de la Jurisprudencia postdecenviral ⁽¹⁴⁰⁾ — la llamada

138) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.160-166 y 166-179.

139) Es algo señalado ya — aunque sin extraer las mismas consecuencias que aquí se depuran— por la autoridad de BONFANTE, *Scritti 2, cit.*, pp.492 y 693, y *Corso VI, cit.*, p.276ss., para quien la *usucapio pro herede* es una institución primitiva y originaria.

140) Cfr. en el sentido opuesto al de Bonfante o al que yo sostengo la autoridad de dos opiniones tan sólidas como la bonfantiana: VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p.200 y *Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, p.109, y GUARINO, *op.cit.*, p.488, que defiende, desde luego, el *probable* origen pontifical de la institución.

veterana —, por mucho que sea ésta la que le da su primera conocida, *histórica* y dibujable trayectoria — ya indiscutiblemente dentro de la yacencia hereditaria —, entre otras razones porque es ella misma la que delinea con precisión la usucapión decenviral a secas y, más aún, creo que es obvio que nunca fue una usucapión *más ordinaria* que cuando nació fundamentada en la *derelictio maxima*, al darse en el contexto de una usucapión magmática y por ello homogénea.

Cabe defender, creo, una *Ur-usucapio* en el contexto de una *Ur-successio*, de corte biológicamente posesorio, sólo tímidamente juridizada. La *successio*, no obstante, incorpora una mayor y más rápida potencialidad jurídica, por lo que en su desenvolvimiento hay inevitable un componente posesorio enorme, pero no tan perceptible como en la *usucapio*, que es fenómeno posesorio de raíces y jurídico por desgajamiento del tronco nutricional de la posesión, como le ocurre, a la postre, a la propiedad, *el más posesorio de los derechos*. Mientras en las XII Tablas, la sucesión aparece plenamente configurada como fenómeno jurídico, la usucapión llega en estado mucho más magmático y requiere de un dibujo más preciso, que, en el marco del propio *ius civile*, realizarán los pontífices. Sabemos, desde luego, el tejido que de ella tramaron los *veteres* ¿Qué hicieron con ella previamente los decenviros? Advirtiendo de antemano que nos faltan datos para emitir un juicio insoslayable, no es de extrañar que en esta indiferenciada usucapión decenviral la *usucapio* del ámbito hereditario vibrase uniformada con las de los otros terrenos jurídicos, cupiese en caso de sucesión automática y

no aprehensión de los bienes por el *suus* en el año siguiente al despojo y fuese naturalmente global.

10. Conclusiones: una hipótesis. Un recorrido, tal como ha sido realizado en este díptico de trabajos que conforman mi *Aproximación a la <usucapio pro herede>. Certezas e hipótesis*, arrojaría una evolución para la institución que podría sustentarse en las siguientes fases:

1ª) una *usucapio pro herede* — la *Ur-usucapio* — que, como manifestación del magma jurídico-posesorio del incipiente derecho arcaico, cabe contra cualquier sucesor que no aprehenda posesoriamente los bienes en el plazo de un año; tal usucapión funciona como instrumento de compensación dentro de la célula familiar ⁽¹⁴¹⁾ y busca la readecuación por la vía de los hechos de una sucesión jurídicamente mal enfocada, precisamente a tenor de los hechos: mal enfocada, en una palabra, porque el *successor* resulta ser socialmente indigno por fácticamente inoperante. Multitud de textos jurisprudenciales rescatan esta fragilidad posesoria inherente por naturaleza a la *hereditas* ⁽¹⁴²⁾ y es lógico presumir que ello era especialmente palpable en la época primitiva, cuando el edificio jurídico apenas se ha desgajado del tronco posesorio; por todo ello, la *Ur-usucapio* en las sucesiones no es, en puridad, lucrativa ni extraordinaria, pues el plazo de un año deriva de su consideración como cosa, no ya no inmueble,

141) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.163-166.

142) D.25.2.6.6; D.47.19.2.1, por encima de todos.

sino ni siquiera corporal ⁽¹⁴³⁾ —lo que la incluye dentro de todas las cosas que no son mancipables y reduce el proceso de adquisición — y la causa posesoria que justifica la ocupación y posterior usucapión es la *derelictio*.

2ª) el carácter de desviación de la sucesión lo mantiene la institución a lo largo de la historia, pero la *interpretatio* veterana la limita a la sucesión voluntaria ⁽¹⁴⁴⁾, dentro de un general movimiento jurídico de potenciación de la frágil posición del *suus heres* en época arcaica: ello es consecuente con la todavía frágil imposición al *pater* de la necesidad de nombrar a los herederos legítimos en el testamento y con la temprana aparición de la *querella* a dilucidar en el tribunal de los *centumviri*, y permite identificar desde entonces posibilidad de *usucapio pro herede* con yacencia hereditaria “sin excepción” ⁽¹⁴⁵⁾. La modalidad, que sigue siendo global pues afecta al conjunto hereditario, se convierte en general en extraordinaria, pues la patrimonialización experimentada por la vieja *hereditas* ⁽¹⁴⁶⁾ no provoca la extensión del plazo a dos años — no tenía *forzosamente* por qué hacerlo —, y en concreto en lucrativa, pues los pontífices han dibujado ya una usucapión general desde la base de una buena fe, que en el ámbito hereditario de la usucapión no se da ⁽¹⁴⁷⁾.

143) Gai.2.54. Vid. *supra* §4.

144) Nos lo dice implícitamente Gayo en Gai.2.55.

145) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.159.

146) Cicero, *Top.6.29: Hereditas est pecunia*.

147) Sí en la modalidad gratuita de *usucapio pro herede*, que no suele llamarse así y que en realidad es una *successio in possessionem*. Sobre ella

3ª) bajo un ordenamiento presidido por las actuaciones creadoras del pretor y el vanguardista comentario edictal de Labeón ⁽¹⁴⁸⁾ — que, no por casualidad, intuye la teoría de la retroactividad de la aceptación ⁽¹⁴⁹⁾ —, momento en el que se inicia a gran escala la estrecha — y no siempre fácil ⁽¹⁵⁰⁾ — simbiosis *iurisdictio-iurisprudencia*, la *usucapio pro herede* es limitada a las cosas singulares efectivamente aprehendidas por el ocupante, lo que es paralelo en el tiempo al fortalecimiento del instrumento pretorio de la *bonorum possessio*, que viene a convertirse en *cum re*: no es pues ya una usucapión global, pero sigue siendo lucrativa y extraordinaria.

4ª) en el caldo cultural de máximo florecimiento de la Jurisprudencia imperial y del esplendor también máximo de las instituciones del Principado, Adriano uniformiza la *usucapio pro herede*, que deja de ser *lucrativa* al exigirse la buena fe y ser perseguible por la *hereditatis petitio* el expolio aun cumplida la usucapión ⁽¹⁵¹⁾, en una decisión que es paralela en el tiempo — y probablemente deudora — de la creación de la teoría de la

vid. CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.115-117 y *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.144-158, especialmente 155-158.

148) Hay unas páginas memorables sobre este tema en BRETONE, *Labeone e l'editto*, Seminarios Complutenses 5 (1993), pp.17-39.

149) D.22.2.9. Vid., en cualquier caso, CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.183-195.

150) PARICIO, *Los juristas y el poder político, cit.*, pp.45-46.

151) Gai.2.57.

hereditas persona por Juliano ⁽¹⁵²⁾, el personificador de la herencia y, por tanto, el más hábil fortalecedor por vía jurisprudencial de la posición del heredero durante la yacencia ⁽¹⁵³⁾.

5ª) el despojo, que era legítima *occupatio*, se vuelve expolio, en la época final de los Antoninos ⁽¹⁵⁴⁾, más o menos cuando Gayo — nuestra máxima fuente en la materia — escribe su manualito sobre instituciones: su visión de la *usucapio pro herede* ⁽¹⁵⁵⁾ está por todo ello muy alejada de la primitiva y magmática modalidad, apenas juridizada, en la que aún no se han producido limitaciones jurídicas de ningún tipo a la ocupación hereditaria, de la que él no sabe nada y sobre la que sus breves y concisos escritos nada nos pueden decir.

6ª) Justiniano desvirtúa enteramente la *usucapio pro herede*, que ya ni siquiera es extraordinaria al exigir incluso dos años para la usucapión de los inmuebles hereditarios ⁽¹⁵⁶⁾: es la época de la exageración de la vieja y triunfante teoría de la personalidad *congelada* de Juliano, cuando la *hereditas* es personificada — por los solos motivos prácticos — sin alusión siquiera a la figura del

152) Sobre su método vid. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, con literatura, especialmente pp.39ss., 185ss., 295ss.

153) D.41.1.33.2. Vid., en cualquier caso, CASTRO, *La herencia yacente*, cit., pp.159-181.

154) Cfr., entre otros, sobre tal *crimen* D.47.18.1.1; D.47.19; C.9.32. Vid., si se desea, ÍDEM, *La herencia yacente*, cit., pp.128-134.

155) Que se extiende entre Gai.2.52 y 2.58 y se recoge, en la perspectiva del *furtum* — del no *furtum*-, también en Gai 3.201.

156) Vid. un resumen en IGLESIAS, *op.cit.*, p.384.

causante ⁽¹⁵⁷⁾, en una tendencia iniciada con seguridad en el colofón de la época clásica, pero ahora generalizada.

Creo que, con las dudas que pueden suscitar siempre las aproximaciones a los más tempranos desarrollos jurídicos de una sociedad — máxime como la romana: tan pétrea —, dada la escasez de fuentes y su relativa *maleabilidad interpretativa*, y dentro de la prudencia que he intentado que presida mi acercamiento al tema, una evolución como la que acaba de describirse es perfectamente posible y, si se me permite, más que probable, desde la substancia de la propia contextura social y posesoria que nutre la *usucapio pro herede* extraordinaria.

157) Cfr. D.41.1.22; D.41.1.61pr., entre otros. Vid. CASTRO, *La herencia yacente*, *cit.*, pp.229-249.