

Aproximación a la *usucapio pro herede* ⁽¹⁾

Alfonso CASTRO SÁENZ

(*Universidad Hispalense*)

Sumario: 1. Delimitación de la figura extraordinaria: diferencia con la modalidad ordinaria. 2. Fundamentos de la *usucapio pro herede lucrativa*. 2.1. Fundamento socio-político. 2.2. Fundamento jurídico-posesorio. 2.3. Fundamento posesorio. 3. *Usucapio, occupatio, derelictio*, o ausencia de hurto en el ámbito hereditario. 4. Explicación de la evolución de

¹⁾ Este artículo está basado en la comunicación del mismo título, presentada en la L Sesión de la SIHDA (Bruxelles, septiembre de 1996), que no llegué a enviar al volumen conjunto dedicado a tales sesiones, dada su extensión. Mi interés por el ámbito de las sucesiones en general me ha permitido aproximarme a este tema desde diversas ópticas, y más o menos específicamente, en algunas ocasiones; *vid. infra* n. 3, 17, 21, 25, 29, 34 y 38 con mi propia bibliografía sobre diversas cuestiones de derecho sucesorio allí citada, que consigno en dichas notas, no por un prurito de vanidad mal entendida, que sería en todo caso censurable, dada la riqueza de aportaciones científicas en este ámbito, que consigno por supuesto puntualmente, sino para completar esta exposición con las restantes investigaciones que he dedicado al derecho sucesorio y que conforman con este artículo un todo más o menos homogéneo, permitiendo de ese modo a quien pueda desearlo un acceso global a mi reflexión sobre estos temas.

la figura: de la nada al todo, del todo a la nada. 4.1. Presupuestos de una desvirtuación: hacia una usucapión singular. 4.2. *Usucapio, bonorum possessio* y legítima real. 4.3. Los cambios finales, o la confirmación de la posición del heredero. 5. Conclusiones.

1. El libro 41 del Digesto, dedicado al derecho de propiedad y a la posesión, incorpora en los diversos títulos que lo integran las diferentes causas que desde la posesión pueden fundamentar la adquisición del título jurídico. Un repaso a la composición del mencionado libro resulta muy ilustrativa respecto de la interacción constante, consubstancial, entre derecho y hecho posesorio: en primer lugar, se habla de la adquisición de la propiedad de las cosas (tit. 1); a continuación, de la adquisición y pérdida de la posesión (tit. 2); posteriormente, de la usucapión y su interrupción; sólo entonces, el compilador justiniano introduce una serie de títulos consagrados a las diferentes causas que pueden fundamentar desde la aprehensión posesoria del bien la adquisición de la propiedad: *pro emptore* (tit. 4); *pro herede vel pro possessore* (tit. 5); *pro donato* (tit. 6); *pro derelicto* (tit. 7); *pro legato* (tit. 8); *pro dote* (tit. 9); *pro suo* (tit. 10). Un primer análisis de este planteamiento clasificatorio que hallamos en las fuentes arroja las primeras conclusiones, que en este artículo realmente lo que me servirán es de punto de partida:

- la propiedad, configurada como tal derecho real absoluto desde la propia realidad posesoria de la relación natural del

hombre con las cosas del mundo que lo rodea, dependerá en virtud de este origen posesorio de su plasmación posesoria.

- la propiedad se adquiere siempre en virtud de la posesión (2); lo único que cambia es la importancia ante el Derecho del ámbito posesorio de las cosas sobre las que se adquiere el derecho; de ese modo, se distinguirán:

a): modos posesorios o "causales" de adquisición de la propiedad, emblemáticamente *traditio* y *usucapio* (3), en los que la adquisición de la propiedad, esto es, de la permanencia que da el título sobre la cosa, depende directamente de la posesión del

2) *Vid.* en general sobre los medios adquisitivos de la propiedad DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà* (Milano, 1924); ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (Padova, 1934); C. LONGO, *Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto* (Milano, 1938); KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, ZSS, 65 (1947), p. 219 y ss., VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano, 1952); GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* (Torino, 1955).

3) No son éstos los únicos modos causales de adquisición de la propiedad, porque en realidad, como he intentado demostrar en CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, SDHI, en prensa, todos los medios estrictamente posesorios de adquirir la propiedad son modos causales, dada la estructura causal de la posesión, cualificada por el Derecho precisamente en el modo de entrar en la cosa de quien la posee ahora o de quien la poseyó en el pasado. La cualificación de la posesión, en efecto, se realiza a través de su defensa, concedida con base en unos criterios que atienden al modo en que se entró en relación con la cosa, esto es, a la "causa", que si en la propiedad sólo es una, en el caso de la posesión pueden ser varias, como escribe Paulo en D. 41, 2, 3, 4. Cualificada "jurídicamente" la posesión, ahí está el germen de la aparición de los derechos, desgajados del tronco nutricional del hecho posesorio, al oponer a los vaivenes de éste la permanencia del título. Sobre la propiedad sigue siendo fundamental todavía BONFANTE, *Corso di diritto romano. La proprietà* (1926-1929, Milano, 1966-1968); más recientemente, sobre diversos aspectos del derecho real absoluto *vid.* VV.AA, *La proprietà e le proprietà. Atti Convegno Soc. it. St. del diritto* 1985 (Milano, 1985).

bien en concreto, y especialmente de la "causa" en virtud de la cual se ha entrado en esa posesión.

b): modos "jurídicos" o formales, fundamentalmente la *mancipatio*, en los que se produce la entrega posesoria del bien, pero no como fundamento de la transmisión del derecho sobre ese bien, sino como complemento de la "forma", que es el dato absolutamente jurídico, y sin resquicio posesorio alguno, que da validez a la transmisión de la propiedad.

Este sistema de adquisición de la propiedad, inevitablemente fundamentado en la naturaleza posesoria de los derechos en su germen y en su esencia más íntima, encuentra en la usucapión un imprescindible elemento de cierre, cuya función es superar los defectos no "substanciales", es decir, no posesorios, y salvar así la integridad de todo el sistema adquisitivo.

D. 41, 3, 1 (*Gai. 21 ed. prov.*): *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

Precisamente la esencia íntimamente posesoria de todos los derechos exige este mecanismo que, sumando a la posesión el tiempo, supera los defectos que son sólo "jurídicos", y no posesorios o posesorios y jurídicos a un tiempo.

D. 41, 2, 1, 1 (*Paul. 54 ed.*): *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.*

Ello provoca que la usucapión, fenómeno posesorio, se pueda interrumpir por el fenómeno también posesorio de la usurpación:

D. 41, 3, 2 (*Paul. 54 ed.*): *Usurpatio est usucapionis interruptio: oratores autem usurpationem frequentem usum vocant.*

Al mismo tiempo, la posesión, y en concreto su naturaleza causal como fenómeno humano, fundamenta la defensa por el pretor que se da al poseedor cualificado en virtud de esa causa ante el usurpador, o ante cualquiera que recupera de alguna forma la posesión del bien entregado, a través de la acción Publiciana:

Gai. 4, 36: *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa*

possessione petit. Nam quia non potest eam EX IURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE OPORTERET.

Este estado de cosas nos coloca ante un sistema adquisitivo estructurado en función del fenómeno de la posesión, de la mayor o menor proximidad de los diversos mecanismos de adquisición del título a tal fenómeno, de la posesión en definitiva como solución primera y final a tantas cosas, a tantos problemas. Este esquema genético, desde el puro hecho posesorio sin aderezos jurídicos, en un mundo todavía "prejurídico" donde el Derecho aún no ha nacido como sistema social de resolución de problemas humanos de relevancia social, hasta el complejo entramado de interrelaciones entre la posesión y los derechos, podría esquematizarse del modo que sigue:

- posesión como realidad humana en el común enfrentarse del hombre con las cosas.

- defensa de la posesión con mecanismos expeditivos por razones de orden público, en virtud de una serie de criterios "causales" que, sirviendo para analizar la relación de los diversos contendientes con las cosas objeto de la controversia, atienden al

modo en que se entró en la posesión, al modo en que se dejó de poseer, en su caso.

- creación del derecho de propiedad, como modo absoluto de garantizar el orden público, y más allá, como medio total de asegurar la relación estimada legítima con base en tales criterios: a la transitoriedad consubstancial al fenómeno posesorio se opone la permanencia que proporciona el título: realidad frente a idea, o mejor, realidad "real" frente a realidad "ideal".

- progresiva elaboración de un sistema autónomo de adquisición y defensa del derecho de propiedad (4):

1. modos posesorios originarios de adquirir la propiedad, principalmente la *occupatio* (5), de contenido causal, inmediatos a la propia realidad posesoria de las cosas.

2. negocio causal de transmisión y adquisición de la propiedad, de naturaleza también posesoria como el anterior, pero de carácter derivativo (*traditio* (6)), ya que va más allá del simple

4) Vid. recientemente CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales"*, cit., *passim*, especialmente n. 18, donde intento describir la génesis y estructura del sistema causal romano de adquisición de la propiedad. La bibliografía que considero esencial para estos temas aparece brevemente consignada en *supra* n. 2 e *infra* n. 6.

5) D. 41, 1, 3 pr. Vid. en especial sobre la ocupación WEISS, *Das Willensmoment bei der "occupatio" des römischen Rechts* (Marburg, 1955), p. 273 y ss.; HESS, *"Occupatio"*, ZSS, 84 (1967), p. 355 y ss.; FRANCIOSI, s.v. *Occupazione (storia)*, EdD, 29 (1979), p. 610 y ss.

6) Cfr Gai. 2, 20-28-64; I. J. 2, 8, 1; I. J. 2, 6, 14; D. 17, 1, 19; D. 18, 1, 15, 2; D. 41, 1, 20 pr.; D. 41, 1, 35; C. 7, 37, 2, 3. Vid. RICCOBONO, *"Traditio ficta"*, ZSS, 33 (1912), p. 259 y ss.; *ibid.*, 34 (1913), p. 159 y ss.; EHRHARDT, *"Iusta causa traditionis"* (Berlin, 1930); SERRANO Y SERRANO, *"Iusta causa traditionis"*, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 119 (1934); *ibid.*, 120 (1935); BETTI, *Sul carattere causale della "traditio" classica*, *Studi Riccobono*, 4 (Palermo, 1936), p. 115 y ss.; KASER, *Eigentum und Besitz* (Weimar, 1943), p. 195 y ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la "traditio"* (Madrid, 1945); BEDENEK, *A "iusta causa traditionis"* (Budapest, 1959); KASER, *Zur "iusta causa traditionis"*, *BIDR*, 64 (1961), p. 61 y ss.; MIQUEL, *La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos*, *AHDE*, 31 (1961), p. 515 y ss.; JAHR, *Zur "iusta causa traditionis"*, ZSS, 80 (1963), p. 141 y ss.; GORDON, *Acquisition of Ownership by "traditio" and Acquisition of Possession*, *RIDA*, 12 (1965), p. 279 y ss.; WATSON, *Acquisition of Ownership by "traditio" to an "extraneus"*, *SDHI*, 33 (1967), p. 189 y ss.; GORDON, *Studies in the Transfer of Property by "traditio"* (Aberdeen, 1970); ARU, *"Traditio"* (*Diritto*

modo adquisitivo, al existir un acuerdo entre dos individuos para la entrega, no sólo de la cosa, sino del título sobre ella.

3. negocio formal de transmisión y adquisición de la propiedad (*mancipatio* (7)), en el que la entrega de la posesión es sólo un complemento de la forma solemne, cauce único de transmisión del título sobre aquellas cosas demasiado importantes para ser jurídicamente transmitidas por la tradición causal.

4. modo formal de adquisición y transmisión de la propiedad (*in iure cessio* (8)), en el que se finge una controversia para

romano), *NNDI*, XIX (1973), p. 465 y ss.; PUGSLEY, *Was "iusta causa" necessary for "traditio" in Roman Law?*, *Americans* (1989), p. 27 y ss.

7) *Cfr* Gai. 1, 119-120-121; Gai. 2, 104; Gai. 3, 167; Paul. 2, 17, 4; Ulp. 19, 3 y ss.; C. Th. 8, 12, 4-5-7; D. 18, 1, 1 pr.; D. 21, 2, 39, 1. *Vid.*, entre otros, SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio* (Kiel, 1904); HUSSERL, *Mancipatio*, *ZSS*, 50 (1930), p. 478 y ss.; KASER, *Eigentum und Besitz*, *cit.*, p. 107 y ss.; TOMULESCU, *D. 18, 1, 1 pr. et la mancipatio (Considerations économiques et juridiques)*, *RIDA*, 18 (1971), p. 711 y ss.; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Note intorno a D. 18, 1, 53*, *BIDR*, 82 (1979), p. 272 y ss.

8) *Cfr* Gai. 2, 24-25-65-96; Ulp. 19, 9-10. *Vid.* sobre esta figura, entre otros, SCHLOSSMANN, *op. cit.*; MEYLAN, *De deux traits peu remarqués de l'"in iure cessio"*, *RIDA*, 6 (1951), p. 103 y ss.; ARANGO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (1960, Napoli, 1980), 14ª ed., p. 198 y ss.

verificar el nacimiento del título a favor del aparente ganador, que no es propiamente un negocio, porque el acuerdo de ambos no es lo técnicamente relevante para la consecución de la transmisión.

5. modo último o de cierre, de carácter posesorio y por tanto causal (*usucapio* ⁹⁾), que sirve para subsanar los defectos no substanciales en la adquisición del título, uniendo a la realidad de la legítima aprehensión posesoria el transcurso del tiempo.

Este esquema básico se sustenta en dos principios fundamentales, que son los que presiden su funcionamiento y los que van a permitir su perfeccionamiento ulterior:

- la posesión es el único elemento imprescindible en todo el sistema jurídico de la propiedad, pues ésta nació de la primitiva cualificación que de aquélla se hizo al protegerla.

la posesión es una realidad de contenido inequívocamente causal: la ocupación es un modo de adquirirla causalmente,

⁹⁾ Cfr entre otras muchas referencias textuales, Cic., *Top.*, 4, 23, 42 y 54; Gai. 2, 43 y 45; Ulp. 19, 8; I. J. 2, 6, 1 y ss.; D. 41, 1, 48, 1; D. 41, 3, 9; D. 41, 3, 33, 2; D. 41, 4-5-6-7-8-9-10; D. 50, 16, 109; C. 7, 26. Vid. GALGANO, *I limiti subbietivi dell'antica usucapio* (Napoli, 1913); KASER, *Eigentum und Besitz, cit.*, p. 293 y ss.; LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, *BIDR.*, 51-52 (1948), p. 352 y ss.; MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der "usucapio"*, 1, *ZSS*, 77 (1960), p. 16 y ss.; *ibid.*, 78 (1961), p. 221 y ss.; *ibid.*, 79 (1962), p. 86 y ss.; *ID.*, *Elementarliteratur über die "usucapio"*, *Studi Betti*, 3 (Milano, 1962), p. 453 y ss.; *ID.*, *Das Putativtitelproblem bei der "usucapio"* (Köln-graz, 1962); SEIDL, *Zur Vorgeschichte der Ersitzung*, *SDHI*, 39 (1973), p. 47 y ss.; FABRINI v. *Usucapione (diritto romano)*, *NNDI*, XX (1975), p. 280 y ss.; VACCA, *Osservazioni in tema di "iusta causa" e "bona fides" in relazione all'"usucapio pro derelicto"*, *Studi Sanfilippo*, 4 (Milano, 1983), p. 773 y ss.; KASER, *Altrömisches Eigentum und "usucapio"*, *ZSS*, 105 (1988), p. 122 y ss.; VACCA, *Usucapione (diritto romano)*, *EdD*, 45 (1992), p. 989 y ss.

porque se requiere que no haya poseedor (*derelictio* ⁽¹⁰⁾), la entrega también ⁽¹¹⁾, la sustracción no ⁽¹²⁾, y por ello no acredita la adquisición posesoria de forma lícita y no faculta para una posterior adquisición del título.

Esta doble realidad que sirve de punto de partida es la que permite la defensa de la propiedad.

6. la *reivindicatio* ⁽¹³⁾ defiende el título civil cuando se pierde la posesión de la cosa: título sin posesión sirve de poco, porque ésta, de la que aquélla nació, es la que le da cauce de realidad en la vida, haciéndola tangible.

¹⁰⁾ Vid. en especial SILVIO ROMANO, *L'occupazione delle "res derelictae"*, *Annali Camerino* (1930), p. 201 y ss.; MEYER-COLLINGS, *Derelictio* (Erlangen, 1932); SILVIO ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano* (Padova, 1933); ARNÒ, "Derelictio" e "iactus mercium navis levandae causa", *Atti Torino*, 76 (1940-1941), p. 260 y ss.; DAUBE, "Derelictio", "occupatio" and "traditio", *LQR*, 77 (1961), p. 382 y ss.; SOLIDORO, *Studi sull'abandono degli immobili nel diritto romano* (Napoli, 1989); vid. además *supra* n. 5.

¹¹⁾ Cfr D. 18, 6, 1, 2; D. 18, 6, 15 (14); D. 18, 6, 16 (15); D. 41, 2, 1, 21; D. 41, 2, 3, 1; D. 41, 2, 18, 2; D. 41, 2, 34 pr., D. 41, 2, 48; D. 41, 2, 51, D. 43, 16, 12; D. 43, 16, 18 pr.

¹²⁾ Cfr Gai. 3, 195 (I. J. 4, 1, 6); Gai. 3, 196; Paul. 2, 31, 1; D. 47, 2, 1, 3; D. 47, 2, 77 (76) pr.

¹³⁾ Cfr, entre otros, Gai. 4, 93-94; Ulp. 6, 15-16-17; D. 2, 3, 1, 1; D. 6, 1; D. 50, 16, 79, 2; D. 50, 17, 156 pr.; C. 3, 19, 2. Vid. BESELER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio* (Leipzig, 1907), p. 26 y ss.; MARRONE, *La "facultas restituendi" di D. 6, 1, 9, Studi Scadutto* (Padova, 1967); ID., *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"* (Palermo, 1970); PROVERA, "Indefensio" e legittimazione passiva alla "rei vindicatio", *Studi Grosso*, 6 (Torino, 1974), p. 173 y ss.; MARRONE, "Rei vindicatio", *Edd*, 41 (1989), p. 1 y ss.

7. la *actio Publiciana* ⁽¹⁴⁾ completa el mecanismo civil de cierre, que es la usucapión, desde el más completo punto de vista pretorio, con sus más eficaces mecanismos procesales de funcionamiento: utilizando la causalidad inherente a la posesión, si la transmisión del título de propiedad no se ha verificado por algún defecto formal, esto es, no posesorio, o lo que es lo mismo, no causal, y el plazo de la usucapión no se ha cumplido, se finge que tal inconveniente no ha ocurrido y el adquirente se convierte en propietario pretorio (*in bonis habere*).

Esta intervención pretoria muestra varias cosas:

- la posesión es el elemento básico del Derecho, por lo que el pretor se vuelve a ella cuando el Derecho falla.

- es ésta en definitiva una vuelta a las esencias, a los orígenes del Derecho, pues el pretor realiza en época avanzada lo que se realizó en época primitiva, cuando el mundo jurídico aún no se había desgajado del puro desenvolvimiento posesorio de las cosas.

- la cualificación de unas posesiones sobre otras, en este caso la de una posesión adquirida en virtud de una legítima pero fallida transmisión de la propiedad, es, en buena medida, igual a la que

¹⁴⁾ Cfr Gai. 4, 36; D. 6, 2. Vid. DE SARLO, *La definizione dell' "actio Publiciana" nel diritto dei classici*, Studi Solazzi (Napoli, 1948), p. 203 y ss.; KASER, "In bonis esse", ZSS, 78 (1961), p. 185 y ss.; STURM, *Zur ursprünglichen funktion der "actio Publiciana"*, RIDA, 9 (1962), p. 357 y ss.; FEENSTRA, *Action publicienne et preuve de la propriété*, Mélanges Meylan, 1 (Lausanne, 1963), p. 212 y ss.; APATHY, *Die "actio Publiciana" beim Doppelkauf von Nichteigentümer*, ZSS, 99 (1982), p. 21 y ss.; ID., "Actio Publiciana" ohne Ersitzungsbesitz, Sodalitas Guarino, 2 (Napoli, 1984), p. 749 y ss.

se realizó en los tiempos prejurídicos en que se gestaba el nacimiento de los derechos al defenderse "jurídicamente" (15) la posesión, y a la ya plenamente jurídica de la elaboración del sistema civil de la propiedad, con la usucapión como mecanismo final de seguridad, pues todas se basan en el análisis de la causalidad que ha llevado a un sujeto al ámbito de una cosa.

- la creación del Derecho civil es por tanto igual a la elaboración del Derecho pretorio: la posesión es un fenómeno humano, es la suya una estructura causal y su defensa en virtud de la cualificación causal de unas ante otras hace que el hecho se transforme en derecho.

En este marco de concretas y específicas trascendencias de la causa en el ámbito de la posesión y el derecho, cobra especial importancia tal hecho al referirnos a la usucapión. Tales causas, enumeradas genéricamente en la compilación justiniana (16), son básicamente cuatro: *causa credendi*, *causa solvendi*, *causa donandi* y *causa pro derelicto*. En el marco, en principio, de la tercera causa se encuentra la usucapión de los bienes hereditarios.

15) Obsérvese que toda defensa por parte de la autoridad es ya inevitablemente jurídica; siendo el derecho artificio, es el Derecho mundo de ideas que nace para enfrentarse a los problemas reales del mundo real, un edificio ideal, por tanto, que al imponerse al mundo se hace mundo, mundo precisamente al reglarlo. Es por todo esto por lo que substancialmente el Derecho romano, derecho esencial, primario, porque hunde sus raíces en la propia prehistoria (no como el nuestro, contingente, secundario), es un derecho procesal; no podía haber sido de otra forma: la realidad es sólo eso hasta que se regla y se regla porque unas realidades se defienden frente a otras.

16) Cfr los citados D. 41, 4-5-6-7-8-9-10; sobre este tema *vid.* en especial VOCI, "*Iusta causa traditionis*" e "*iusta causa usucapionis*", *SDHI*, 15 (1949), p. 141 y ss; *ID.*, "*Iusta causa usucapionis*", *Scritti Carnelutti* (Padova, 1950), p. 155 y ss.

Digo "en principio", porque en tan específico ámbito juega indudablemente el abandono absoluto que de sus propios bienes realiza el causante con su muerte, hecho evidente desde un punto de vista humano y posesorio, con independencia además de la ordenación testamentaria o legal de la sucesión. Liberalidad máxima no obstante, porque con los bienes que se dejan en herencia el sucesor se hace además con la posición sociopolítica del *de cuius* al que sucede, la sucesión contempla dos modalidades de usucapión en su propio ámbito: una primera, ordinaria o gratuita; una segunda, extraordinaria o lucrativa. La primera se produce dentro de los mismos presupuestos que el resto de las usucapiones en los diversos ámbitos de la vida jurídica: el causante ha iniciado la usucapión de un bien cuya posesión adquirió legítimamente en función de un traspaso del título que finalmente no se produjo por defectos puramente accesorios, pero invalidantes para el estricto derecho civil; la causa, ajurídica (como en la *mancipatio*) o relevante (como en la *traditio*), del frustrado traspaso sirve para fundamentar el inicio de la usucapión como mecanismo de cierre del propio sistema civil. Lo que se plantea es la posibilidad de que, muerto el causante sin haber cumplido efectivamente con el plazo exigido, pueda continuar su sucesor con la usucapión sin que ésta se considere interrumpida. Ciertamente, tal posibilidad se estima como la más justa, porque la sucesión no es sólo un fenómeno jurídico, ni humano, sino también, y muy particularmente,

posesorio (17), y no hay inconveniente jurídico en que se produzca la llamada *successio in possessionem* (18).

D. 4, 6, 30 pr. (Paul. 12 ed.): *Cum miles qui usucapiebat decesserit et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur.*

De esta realidad hereditaria se desprenden dos posibilidades:

- la usucapión puede continuarse por el sucesor en cualquier caso, siempre que acepte, en virtud de los expedientes de ficción jurídica que la Jurisprudencia elabora acerca de la realidad de la yacencia hereditaria.

- la usucapión sólo se continúa si existe una efectiva aprehensión posesoria de los bienes por parte del heredero.

17) Más específicamente sobre esto, si se desea, *vid.* CASTRO, *Aproximación posesoria al concepto y estructura de la "hereditas"*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, en prensa, donde intento destacar la importancia del desenvolvimiento posesorio en la naturaleza y configuración jurisprudencial de la *hereditas* y el hecho de que es, precisamente en su puro ser posesorio, donde la herencia presenta su flanco de mayor vulnerabilidad ante el exterior durante la yacencia.

18) FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 (Napoli, 1902), p. 13. Entre otros textos, *cfr.* D. 41, 4, 6, 2; D. 41, 4, 7 pr.; D. 44, 3, 11 pr.

Entre los diversos textos que en las fuentes defienden la primera opción sobresale por su valor paradigmático el siguiente:

D. 41, 3, 40 pr. (*Nerat. 5 reg.*): *Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.*

En mi opinión se hace más razonable, no obstante, dada la propia estructura posesoria del fenómeno hereditario y la misma esencia del hecho posesorio, que se hubiese producido la efectiva aprehensión posesoria de los bienes de la herencia ⁽¹⁹⁾. Un texto relativo al poseedor usucapiente que fue hecho cautivo antes de concluir con el plazo exigido arroja cierta luz sobre este tema, en virtud del principio de analogía:

D. 49, 15, 12, 2 (*Tryph. 4 disp.*): *Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. Ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est eum possidere desisse.*

Todo ello nos coloca ante una figura singular en la que se pone ya de relieve la especial importancia que tiene el puro desenvolvimiento posesorio de la herencia, pues incluso antes de

¹⁹⁾ Coincido en esta apreciación, válida casi sin duda para la época clásica, con D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1989), 7ª ed., p. 229.

la delación la actividad posesoria del luego *de cuius* influirá claramente en la propia vida hereditaria. La herencia es una realidad, por humana, social y jurídica, esencialmente posesoria en su desenvolvimiento y estructura.

2. Frente a esta usucapión que pudiera denominarse ordinaria, pese a las particularidades que presenta debidas a la propia especificidad del fenómeno sucesorio, se encuentra la usucapión extraordinaria, emblemáticamente conocida como *usucapio pro herede* (20). Se trata en este caso, como en el anterior, de la adquisición, en el ámbito hereditario, del título por el transcurso del tiempo en la posesión de la cosa. Las diferencias, no obstante, se hacen inmediatamente perceptibles en una primera aproximación:

- varía el plazo, en este supuesto uniformemente establecido en un año, con independencia de que el bien sea en efecto mueble, o inmueble, por el contrario.

20) Vid. sobre ella especialmente GALGANO, *Limiti subbietivi dell'antica usucapione* (Napoli, 1913); BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successione, parte generale* (1930, Milano, 1972), p. 276 y ss.; KRÜGER, *Die "usucapio pro herede"*, ZSS, 54 (1934), p. 80 y ss.; COLLINET, *Les variations de l'usucapion "pro herede" avant Hadrien*, *Studi Riccobono*, 4 (Palermo, 1936), p. 131 y ss.; GANDOLFI, *Sull'origine della "usucapio pro herede"*, *BIDR*, 61 (1958), p. 271 y ss.; FRANCIOSI, *"Usucapio pro herede". Contributo allo studio dell'antica "hereditas"* (Napoli, 1968); THOMAS, *"Rei hereditariae furtum non fit"*, *TI*, 36 (1968), p. 489 y ss.; TOMULESCU, *Gaius 2, 55 e l'"usucapio pro herede"*, *Studi Grosso*, 4 (Torino, 1971), p. 471 y ss.; MAC CORMACK, *"Usucapio pro herede", "res hereditariae" and "furtum"*, *RIDA*, 25 (1978), p. 293 y ss.; GNOLI, *Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio*, *Studi Biscardi*, 3 (Milano, 1982), p. 205 y ss.

- no se produce sucesión alguna en la posesión amenazada de interrupción por la muerte del causante antes de completar el plazo de la usucapión, porque esta modalidad se inicia sin excepción en el transcurso de la yacencia⁽²¹⁾, sin más precedentes pre-hereditarios que la propia muerte del titular.

- la aprehensión posesoria se realiza por un tercero ajeno a la herencia (aunque generalmente no a la familia), que irrumpe en el ámbito hereditario, y no por el heredero, pues éste no requiere de la usucapión para hacerse propietario de un bien de la herencia (es decir, del causante), para lo que le basta con la *aditio*, sino continuar aquélla que en vida inició el *de cuius* precisamente por no ser propietario de la cosa poseída.

- fruto de estas circunstancias, la primitiva modalidad de usucapión hereditaria extraordinaria no se fundamenta en justa

²¹⁾ Es la *usucapio pro herede* fenómeno consubstancial a la herencia yacente; sobre ésta *vid.* IHERING, *Die Lehre von der "hereditas iacens"*, *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (Lipsia, 1844); DUSI, *L'eredità giacente nel diritto romano e moderno* (Torino, 1891); FADDA, *Concetti fondamentali*, 2, *cit.*, p. 3 y ss.; DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, *Studi Scialoja*, II (Milano, 1905), p. 51 y ss.; SCADUTTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, *Annali Palermo*, VII (1921), p. 3 y ss.; BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, p. 253 y ss.; D'AMIA, *L'eredità giacente. Note di diritto romano, comune e odierno* (Milano, 1937); RADAELLI, *La eredità giacente* (Milano, 1950); FUENTESECA, *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto de la "hereditas iacens"*, *AHDE*, 26 (1956), p. 243 y ss.; GIOFFREDI, *Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente*, *Studi Zanobini*, V (Milano, 1965), p. 287 y ss.; VOICI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione, Parte generale* (Milano, 1967), 2ª ed., p. 516 y ss.; VON LÜBTOW, *Betrachtungen zur "hereditas iacens"*, *Studi Grosso*, 2 (Torino, 1968), p. 583 y ss.; ROBBE, *La "hereditas iacet" e il significato della "hereditas" in diritto romano* (Milano, 1975); ORESTANO, *"Hereditas nondum adita"*, *IVRA*, 33 (1982), p. 1 y ss.; CASTRO, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, en vías de publicación.

causa alguna, ni requiere de buena fe, porque la propia naturaleza de la figura conduce a una estructuración de ella lucrativa y no gratuita.

- esta modalidad de usucapión conlleva la adquisición, no sólo del título civil de propietario de la cosa poseída durante un año, desplazando de ella al anterior dueño, sino la del título civil de heredero, desplazando al llamado a heredar de la posición que le hubiese correspondido en virtud de la sucesión.

Es esta institución, por tanto, peculiar en su configuración jurídica, compleja en su naturaleza más íntima, fruto como es de múltiples elementos sociales, económicos y culturales, y sobre todo, especialmente representativa de la esencia jurídico-posesoria del fenómeno de la sucesión, del ser jurídico de la herencia.

2. 1. El primero de los elementos configuradores de la institución, el más inmediato a la realidad *humana* del fenómeno sucesorio, como parte de la más amplia órbita de lo social, de lo emotivo, nos conduce a una primera explicación sociopolítica de la institución. Sólo el conocimiento, hasta donde pueda darse, de la estructura y de los principios informadores de la más antigua familia romana ⁽²²⁾, nos puede permitir un primer acercamiento a

²²⁾ BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, pp. 280-284, reflexiona sobre el oscuro origen de esta figura, incidiendo en el carácter político de la estructura familiar de la Roma arcaica, que impregna todas aquellas instituciones y realidades humanas y jurídicas que surgen en su ámbito. Para él hay que relacionar la aparición de la *usucapio pro herede* con el hecho de que el poder está vacante y ha de ser llenada tal ausencia de forma ineludiblemente drástica, lo que caracteriza desde el principio una figura propia tanto del derecho privado como del público. Sobre la familia romana en época arcaica, cuya naturaleza y estructura enigmáticas resultan de conocimiento imprescindible para profundizar en la esencia de la usucapión hereditaria, existen desde luego acercamientos más modernos que el de Bonfante -aunque no más influyentes-; *vid.*, entre otros, VOLTERRA, *Ancora sul problema della famiglia romana*, *RISG*, 6 (1952-1953), p. 402 y ss.; VOGLI, *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, *SDHI*, 18 (1953), p. 307 y ss., incluido en *Studi di diritto romano*, 1 (Padova, 1985), p. 197 y ss.; PUGLIESE, *Aperçu historique de la famille romaine*, *Annales Fac. Droit Istanbul*, 3 (1954), p. 11 y ss., incluido en *Scritti giuridici scelti*, 3 (Napoli, 1985), p. 319 y ss.; KASER, *La famiglia romana arcaica*, *Conferenze romanistiche Università Trieste* (Milano, 1960), p. 37 y ss.; GAGÉ, *Enquêtes sur les structures sociales et religieuses de la Rome primitive* (Bruxelles, 1977); AMIRANTE, *Famiglia, libertà, città*

la *usucapio pro herede lucrativa* que, precisamente por desbordar lo estrictamente jurídico, conduce a una apreciación certera, en perspectiva mucho más completa, de la figura.

Lo primero que llama la atención al analizar esta institución es su *carácter contradictor de la sucesión*, bien de la voluntad manifestada legítima y legalmente en un testamento válido por el causante, bien de lo establecido por ley cuando no hay tal manifestación o aquélla no es válidamente manifestada. Para entendernos, la *usucapio pro herede* provoca el *desvío de la sucesión*, hace que ésta, en definitiva, se salga del rumbo prefijado conforme a derecho: en otras palabras, *corrige la fisiológica dirección de la sucesión*. Una institución que lleva a tan drásticas consecuencias en un ámbito tan trascendental, a imponer en definitiva una cierta dirección patológica al fenómeno

nell'epoca decenvirale, Società i diritto nell'epoca decenvirale (Napoli, 1988), p. 67 y ss.; SERRAO, *Individuo, famiglia e società nell'epoca decenvirale*, *ibid.*, p. 85 y ss.; FAYER, *La familia romana* (Roma, 1994), especialmente pp. 17 y ss., 123 y ss.; FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica. Dall'età arcaica al principato* (Torino, 1995), 3ª ed.

sucesorio, no puede sino responder a una serie no menos importante de presupuestos sociales bien definida y lo suficientemente arraigada y sólida como para justificar tales hechos. Estos presupuestos sociológicos de diversa índole nos ponen en contacto con la realidad de una estructura familiar en la que -a tenor de los datos de que disponemos- no puede negarse la gran libertad dispositiva de un individuo, el testador, que detenta amplísimas facultades en los restantes órdenes de su vida humana y jurídica (23). El testamento, negocio más antiguo de los debidos al genio jurídico de Roma, negocio "esencial" en cuanto responde a las "esencias" de una cultura, de una sensibilidad y temperamento jurídicos en definitiva de gran originalidad en el más amplio contexto de los pueblos antiguos del Mediterráneo (24), no presenta en su primera época más limitaciones, hasta donde puede probarse, y desde luego hasta donde juzgo que es lícito pensar, que las morales, derivadas de una contextura como la romana arcaica, en la que el hombre de Roma se halla imbuido de todo un orbe de creencias religiosas, éticas, trascendentes en una palabra, que lo compelen a tomar una única dirección: disponer testamentariamente de sus bienes y nombrar sucesor testamentario dentro de la familia que encabeza

23) BONFANTE, *Corso di diritto romano, 1. Diritto di famiglia* (1925, Milano, 1963), p. 10 y ss.; para un ajustado y útil resumen *vid.* IGLESIAS, *Espíritu del derecho romano* (Madrid, 1980), p. 94 y ss.

24) Entiendo éste en el sentido laxo que le da VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (1937, Napoli, 1983), especialmente p. 83 y ss., desarrollando, con amplias referencias bibliográficas y un buen manejo de las diversas instituciones, la comparación entre el derecho de Roma y los derechos babilonio, egipcio, hebreo, griego y, más proximamente en el tiempo, el helénico, fundamentalmente el greco-egipcio.

y a la que pertenece. No es éste el lugar indicado para extenderse en este, por otro lado, interesantísimo aspecto del fenómeno sucesorio romano (25); me interesa ahora tan sólo ubicar a la institución de la *usucapio pro herede lucrativa* en este contexto de las sucesiones presidido desde antiguo por la mayor relevancia jurídica -y social- del testamento, así como destacar suficientemente la relación entre una y otro, y la perfecta incardinación, por otro lado, de esta institución en un sistema donde jurídicamente la libertad testamentaria es amplísima y donde moralmente halla el testador su único límite objetivo: en puridad, la *usucapio* hereditaria responde a ese límite, a esta realidad ética, trascendental de la vida romana en general en las primeras épocas de su evolución, que afecta al fenómeno sucesorio en particular. El *paterfamilias*, eslabón de una cadena antigua que continuará tras él, dispone testamentariamente siempre dentro de su familia porque la naturaleza de su poder omnímodo a ello lo conduce inexorablemente; pero dispone, lo que significa que unos *sui heredes* son preferidos a otros (26);

25) La aportación fundamental en este campo, como en otros, es desde luego la de BONFANTE, *Corso*, I, *cit.*, p. 7 y ss. y VI, *cit.*, p. 77 y ss. y la de sus seguidores; entre ellos, *vid.* especialmente BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla familia romana arcaica*, *SDHI*, 18 (1952), pp. 241-248. Ha defendido muy brillantemente la trascendencia y originalidad del testamento romano, desde el punto de vista del derecho comparado, VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, *cit.*, pp. 153-163.

26) La única limitación cierta que el *ius civile* impone al *paterfamilias* a la hora de disponer testamentariamente es la llamada sucesión legítima formal, debilísima limitación, que más que límite es fijación de un escenario en el que jurídicamente el testador hace lo que quiere, menos preterir a sus parientes más cercanos; basta con que los nombre, aunque sea para no dejarles nada. Éste, en mi opinión, es uno de los argumentos más sólidos que se opone a considerar la sucesión testamentaria en época arcaica como secundaria frente a una sucesión legal, que constreñiría al *paterfamilias* a no poder testar en caso de tener *sui heredes* vivos, pues éstos sucederían inexorablemente. Tal posibilidad se compatibiliza mal con la existencia probadísima de esta legítima formal, aunque se retrase su aparición en el ámbito del *ius civile*, en virtud de la cual basta con que el testador nombre a sus herederos legítimos para no instituirlos, si así lo desea. La existencia de la legítima formal creo que invita a considerar como más probable la opción que definiendo, junto a otros datos de diversa índole (originalidad del *testamentum*, desconocido en los otros ordenamientos de la antigüedad, que casa mal con concederle una importancia tan secundaria en la época en que su aparición se produce;

generalmente, uno a los demás. La posibilidad de fijar en legados

absoluta relevancia del mismo en la vida social romana, ya desde sus más antiguas formas *calatis comitiis* e *in procinctu*; posición de absoluta preeminencia social y jurídica del padre en el ámbito jurídico privado). La cuestión, desde luego, no es pacífica, como cabe suponer: BONFANTE, *Scritti giuridici varii: Famiglia e Successione* (Napoli, 1916), pp. 18-508, es el principal adalid de la prelación de la sucesión testamentaria desde la época arcaica; Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I (München, 1955), p. 81 y ss., entre otros, defiende justo la contraria; *vid.* para ampliar las referencias bibliográficas imprescindibles *supra* n. 25 e *infra* n. 73. En España, siguiendo las tesis bonfantianas, *vid.* IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones* (1958, Barcelona, 1993), 11ª ed., p. 523 y ss.; más modestamente, intento mostrar la probable naturaleza preferente de la sucesión testada desde los primeros tiempos en CASTRO, *Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana*, *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Orense, septiembre de 1998); *cfr* VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), p. 535 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano* (Madrid, 1997), 3ª ed., pp. 459-460, como defensores de la tesis contraria. Prueba de la fuerte controversia que tal cuestión ha planteado y sigue planteando es que en este mismo año en el que he defendido la prelación de la sucesión testada ya en época arcaica en el estudio citado se produce la aparición más o menos simultánea de dos investigaciones españolas que se enmarcan en la línea justamente contraria: TURIEL, *Sucesión "ab intestato"*, *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, *cit.*, en una amplia ponencia monográfica donde se afronta tan espinoso tema, y RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. "Querella inofficiosi testamenti": fundamentos y régimen clásico* (Granada, 1998), pp. 1-23, en la sugerente introducción que abre su exhaustiva monografía sobre la sucesión legítima real.

beneficios concretos a esas personas no cierra la posibilidad de que éstas, miembros también de la familia como el *heres* instituido, accedan a una mejor posición respecto a la herencia, haciéndose con lo que en puridad les correspondería desde una posición, previa a la sucesión, similar a la del a la postre sucesor: esa posibilidad es abierta, precisamente, por la *usucapio pro herede lucrativa*. Esto significa que la función primera de la institución que me ocupa, y su fundamento último y más consubstancial, es la de servir de mecanismo de compensación dentro de la familia, facilitando a los otros miembros de ella la posibilidad de hacerse con lo que no consiguieron por la sola voluntad del causante (27), lo que prueba indirectamente la prelación natural de la sucesión ordenada por testamento sobre la legal por la propia esencia del fenómeno sucesorio, y al mismo tiempo la verdadera interrelación de ambos tipos de sucesión (28). Con la *usucapio pro herede* se garantiza de un

27) Debe tenerse muy presente, como destaca FRANCIOSI, "*Usucapio pro herede*", *cit.*, pp. 22-25, que esta modalidad de usucapición fue elaborada en el seno de la Jurisprudencia pontifical, lo que contribuye quizás a entender más adecuadamente el caldo de cultivo social en que nace y se desenvuelve la figura, así como los drásticos mecanismos jurídicos que podían utilizarse para hacer frente a unas demandas sociales tras las que, por encima de cualquier otra cosa, sobresale la perentoria necesidad de atender los *sacra*. Sobre la importancia de éstos en el ámbito específico de desenvolvimiento de la *usucapio* extraordinaria *vid. ibidem*, pp. 74-130; GUTIÉRREZ-MASÓN, *La carga de los "sacra" y la "usucapio pro herede" en relación con el "consortium erecto non cito"*, *Roma tra oligarchia e democrazia. Classi sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana. Atti del convegno di Copanello 28-31 maggio 1986* (Napoli, 1989), p. 275 y ss. No es de extrañar, desde luego, que los *veteres* elaborasen mecanismo de tan poderosas resonancias en lo social y en lo jurídico.

28) En esta realidad ético-social, que subyace en el origen jurídico de la *usucapio pro herede* como mecanismo de compensación en el ámbito familiar al producirse la sucesión, encuentra también su materia nutriente la sucesión legítima, en realidad una sucesión legal que se atreve a inmiscuirse en la sucesión testamentaria; ambas realidades jurídicas, la usucapición extraordinaria y la sucesión legítima, propenden a lo mismo: limitar los efectos de una sucesión testamentaria, siempre preferente, cuando el testador se ha excedido de los límites tenidos por lógicos en su libertad dispositiva, no respetando lo socialmente justo, lo jurídicamente querido. Sobre la sucesión legítima formal *vid.* especialmente LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze, 1930), p. 309 y ss.; WURM, *Apokeryxis, "abdicatio" und "exheredatio"* (München, 1972); sobre la sucesión legítima real, mucho más significativa en relación a la *usucapio pro herede*, *vid. infra* n. 60.

modo directo y simple lo que es una exigencia moral y social: que la herencia quede dentro de la familia. Si el heredero elegido no acepta, otro familiar puede convertirse en tal con este mecanismo que sirve así como elemento de *basculación compensatoria dentro de la célula familiar*. Moralmente el sucesor debe ser un familiar del *paterfamilias*; jurídicamente el sucesor será quien disponga el causante; posesoriamente cualquiera puede hacerse con los bienes, y quien más fácil acceso a ellos tiene es un pariente del difunto.

2.2. No obstante, una necesidad social requiere de un cauce jurídico para su canalización como solución de problemas. Ello significa que para que la *usucapio pro herede lucrativa* cumpla con su función compensatoria debe atenderse a la propia realidad del hecho sucesorio, a la estructura misma del ámbito hereditario; de este modo, se hace imprescindible atender a dos hechos:

- el momento en que se produce la aceptación del heredero, con lo que jurídicamente el lapso de yacencia (patrimonio sin titular) concluye.

- el momento en que se produce la aprehensión posesoria de los bienes por el heredero, con lo que posesoriamente el lapso de yacencia (patrimonio sin un poseedor llamado a ser titular) concluye.

Ambos momentos son de especial trascendencia para el feliz desenvolvimiento de la *hereditas* durante su lapso de yacencia, pues vienen a incidir decisivamente en los dos problemas fundamentales que aquélla plantea: la necesidad perentoria de hallarle un sucesor al causante para que ocupe su posición en la familia, de un lado, la necesidad de encontrar una referencia de titularidad a la que atribuir todos los cambios que el patrimonio pueda experimentar, de otro. El primero de esos problemas corresponde a la realidad puramente estática de la herencia, a su propio ser sin nadie, a su misma consideración de *res nullius in bonis* (29); el segundo corresponde a la realidad dinámica de la

29) Sobre la cuestión terminológica a la hora de referirse a la herencia mientras yace *cfr* ROBBE, *La "hereditas iacet"*, *cit.*, p. 369 y ss., especialmente; VOCI, *"Hereditas iacet"*, *LABEO*, 22 (1976), pp. 96-97, recensión de la obra de ROBBE; sobre la cuestión específica de la herencia como *res nullius* o *res nullius in bonis*, *vid.* sobre todo ROBBE, *La differenza sostanziale fra "res nullius" e "res nullius in bonis" e le distinzioni delle "res" pseudo-marcianee* (Milano, 1979), especialmente pp. 1-35; algunas apreciaciones generales de interés también pueden hallarse en BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, pp. 268-269. Mi opinión, favorable a eludir el término latino *"hereditas iacens"*, que no se halla en las fuentes romanas, aunque no el castellano de "herencia yacente", de rancio abolengo en la tradición jurídica española, se halla desarrollada en CASTRO, *La herencia yacente*, *cit.*, & I. 2. 6; sobre la mayor precisión del término *"res nullius in bonis"* respecto de *"res nullius"* me he decantado en *ibidem*, & II. 1. 1, así como en *idem*, *"Hereditas iacet" y "res nullius"*, XLIX Sesión de la SIHDA (New Orleans, septiembre de 1995).

herencia, a su propia intrínseca naturaleza cambiante, a su susceptibilidad de verse alterada por cambios *estructurales*, o desde dentro ⁽³⁰⁾, por cambios *externos*, debidos al propio desenvolvimiento del tráfico, o desde fuera ⁽³¹⁾. A ambos problemas se responde de forma en principio distinta: ante el primero, puramente estático, interviene específicamente la *usucapio pro herede*; el segundo, en cambio, es enfocado directamente desde las teorías clásicas de la retroactividad de la aceptación ⁽³²⁾ y la personalidad de la herencia ⁽³³⁾, utilizando

³⁰⁾ Debidos preferentemente a la actividad del *servus hereditarius*; sobre esto *vid.* en España FUENTESECA, *Puntos de vista de la jurisprudencia...*, *cit.*, pp. 244-254; DUPLÁ, *Servus hereditarius, passim*, en vías de publicación. Esclarecedor resulta, por otra parte, como suele ocurrir, el análisis de VOICI, *Diritto ereditario, cit.*, p. 518 y ss.

³¹⁾ Provocados, en definitiva, por la propia realidad del mundo jurídico, que no se paraliza por el hecho de la muerte, ni por el fenómeno de la sucesión. Cumplimiento de créditos a favor de la herencia (del causante), vencimiento de deudas en contra, pago del entierro del difunto, entre otras circunstancias de la vida cotidiana, inciden en la masa patrimonial que constituye el elemento material estático de la herencia, configurando el dinamismo externo a la *hereditas*, que influye sobre ella alterándola.

³²⁾ *Cfr.* D. 22, 2, 9; D. 28, 7, 20, 1; D. 29, 2, 54; D. 43, 24, 13, 5; D. 45, 3, 28, 4; D. 46, 2, 24; D. 47, 2, 65; D. 47, 4, 1, 1; D. 49, 15, 29; D. 50, 17, 193. ; sobre esto *vid.*, si se desea, recientemente CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, & III. 4.

³³⁾ *Cfr.* I. J. 2, 14, 2; D. 28, 5, 31, 1; D. 41, 1, 33, 2; D. 41, 1, 34.; *vid.* recientemente CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, & III. 3. Las referencias fundamentales sobre estas -y otras- cuestiones relativas a la yacencia hereditaria se consignan *supra* n. 21; *vid.* sobre estos dos expedientes sobre todo BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, p. 258 y ss., especialmente 270-271; VOICI, *Diritto ereditario, cit.*, p. 516 y ss.; ROBBE, *La "hereditas iacet"*, especialmente pp. 16 y ss., 70 y ss.

respectivamente las referencias personales del heredero y del causante. Centrémonos en principio en el primero de estos problemas ahondando un poco más en su análisis, para luego conectarlo con el segundo. La *usucapio pro herede* se desenvuelve en el marco más amplio de la búsqueda de heredero, primer imperativo jurídico y social que presenta la yacencia hereditaria. Ello significa que su utilidad se combina con la de otros procedimientos que presentan una mayor "fisiología" en su estructura y en su mismo desenvolvimiento y que no han suscitado gran controversia a la romanística en lo que respecta a su finalidad y a su razón de ser. Todo ello contribuye a elaborar el esquema que sigue respecto al mencionado primer problema -por más inmediato- de la yacencia hereditaria:

- la ordenación de la sucesión por medio de testamento es, lógicamente, el primer recurso jurídico para conseguir heredero.

- la ordenación legal recogida en las XII Tablas suple la carencia de un testamento válido, mediante un llamamiento por órdenes fundamentado en principios de tipo familiar, esto es, social, de contenido ético y hasta religioso, sobre todo en la época más antigua.

- la usucapión hereditaria extraordinaria tiende a buscar heredero cuando, por tratarse de una sucesión de tipo voluntario, en la que la aceptación se hace imprescindible, el llamado a heredar no ha efectuado la *aditio*.

- la *bonorum possessio* ⁽³⁴⁾, figura posterior, debida a la actividad jurisdiccional del pretor, propicia la entrega de los bienes a ciertos individuos, coincidentes o no con los herederos civiles, en virtud de los principios de cognación, lo que indirectamente limitará en gran medida el radio de acción de la mencionada usucapión hereditaria.

En este marco genérico es de especial importancia la interrelación entre estos dos últimos mecanismos; en un primer momento, cuando la *bonorum possessio* comienza a ser desarrollada por el pretor en su configuración *sine re*, cualquier individuo con mejor derecho, esto es, sustentado en el llamamiento civil, triunfa sobre el *bonorum possessor*, a quien el pretor concede los bienes hereditarios, previa solicitud del interesado, con carácter provisional. Frente a esta debilidad del *bonorum possessor*, el tercero usucapiante ostenta, por el contrario, una posición firme, en cuanto cumple el lapso temporal requerido -un año- en la posesión de la cosa hereditaria: se hace dueño y por ello inatacable por el heredero civil. Este panorama cambia ostensiblemente cuando el pretor fortalece su propia posición creadora de derechos, al hacerse esto más necesario ante la creciente inadecuación del derecho civil a las nuevas

³⁴⁾ Cfr Gai. 3, 34-37; Gai. 4, 144; D. 43, 2, 1 pr.; *vid.* sobre ella LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*, *cit.*, p. 229 y ss.; PASTORI, *La definizione della "bonorum possessio"*, *Studi De Francisci*, 3 (Milano, 1956), p. 597 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario*, *cit.*, pp. 130 y ss., 177 y ss.; STIEGLER, *"Bonorum possessio ordinaria" und "extraordinaria"*, *Studi Volterra*, 4 (Milano, 1971), p. 231 y ss.; DONATUTI, *"Bonorum possessio"*, *Studi*, 2 (Milano, 1977), p. 10 y ss.; VACCA, *In tema di "bonorum possessio contra tabulas"*, *BIDR*, 80 (1977), p. 159 y ss.

necesidades sociales y económicas y, paralelamente, al ir perfeccionando el magistrado, apoyado en la actividad jurisprudencial, sus propios mecanismos jurídicos. Fruto de esta nueva y progresiva situación, y dentro de una cada vez más importante misión edictal de corrección del viejo *ius civile*, se impone en el siglo I a. C. la elaboración definitiva de una *bonorum possessio cum re*, donde la posición del beneficiado por ella se hace inatacable, incluso ante la *hereditatis petitio* del legitimado civil para esgrimirla. En este panorama, la utilidad de la *lucrativa usucapio pro herede* disminuye ostensiblemente, pues la posición del usucapiente, antes más fuerte ante un fragilísimo *bonorum possessor*, se hace ahora mucho más débil: la usucapición puede interrumpirse por cualquiera, y de forma definitiva por la *usurpatio* del heredero; la posición del *bonorum possessor cum re*, sin embargo, es inamovible: el *interdictum quorum bonorum* lo defiende como heredero pretorio; la *actio Publiciana* ⁽³⁵⁾ como propietario pretorio. Esta similitud y estas diferencias se deben a que la finalidad que mueve ambas instituciones es la misma: solventar el problema de la naturaleza estática de la herencia, es decir, encontrar heredero, en primer lugar, cuando quien debe aceptar en virtud del llamamiento,

³⁵⁾ Una de las interrelaciones fundamentales entre la *bonorum possessio* y la propiedad bonitaria, creaciones ambas del pretor donde se observan rigurosas coincidencias estructurales y de funcionamiento, es ésta de considerar al *bonorum possessor* como propietario bonitario, defendido como tal por la acción Publiciana; sobre estas cuestiones me he ocupado en CASTRO, "*Bonorum possessio*" e "*in bonis habere*": *notas sobre un paralelismo*, LII Sesión de la SIHDA (Madrid, septiembre de 1998). Las referencias bibliográficas generales que estimo imprescindibles al respecto se hallan consignadas, no obstante, *supra* n. 14 y n. 34.

testamentario o no, no lo hace, y en segundo lugar, en la moderna concepción pretoria de las sucesiones, sustentada en principios distintos a los agnaticios, incluso cuando es injusto que lo haga. Situada la cuestión así, es evidente que la *bonorum possessio* ofrece indudables ventajas sobre la *usucapio pro herede*, sobre todo en su modalidad más moderna:

1. el tercero usucapiente depende del efectivo movimiento del heredero, ya que cuando éste se hace con los bienes de la herencia, decae toda posibilidad de convertirse él en titular; el *bonorum possessor cum re*, en cambio, no depende de lo que haga o deje de hacer el *heres*, sino de lo que decida el pretor ante su solicitud.

2. el *bonorum possessor* puede oponerse, si es *cum re*, a la propia aprehensión posesoria del heredero civil -cosa imposible para el tercero usucapiente- mediante el *interdictum quorum bonorum*.

3. nada puede hacer contra la *bonorum possessio* el heredero en ningún momento: dentro de los diversos plazos fijados por el pretor en el edicto para la concesión de este expediente posesorio, que es de un año para los *liberi* ⁽³⁶⁾, el solicitante favorecido por

³⁶⁾ Estos plazos son, en efecto, de un año desde la muerte del causante en el caso de los *liberi*, que son todos aquellos vinculados más estrechamente al difunto: los *sui heredes* del orden civil, con excepción hecha de los hijos adoptivos posteriormente emancipados, más los hijos de sangre emancipados, excluidos del llamamiento civil, y que aquí concurren con el deber de colación ante sus hermanos *in potestate*; además, pueden solicitar la concesión de los bienes hereditarios los *legitimi*, que coinciden con los agnados del segundo orden civil *ab intestato*, en el plazo de un mes a contar desde el término del año que tienen los *liberi*; los *cognati*, que son todos los restantes parientes consanguíneos, en los que se incluyen también los nacidos fuera de matrimonio legítimo, tienen, a su vez, otro plazo de cien días; finalmente, se llama al marido o a la mujer en la sucesión del propio cónyuge, siempre que el matrimonio haya sido *sine manu*.

el pretor es invulnerable; dentro del año en que usucape, en cambio, el tercero es absolutamente vulnerable ante la reacción, no sólo del *heres*, sino de cualquier otro que, haciéndose con la posesión del bien, interrumpe la usucapión, de modo que su posición es sólida mucho después que la del *bonorum possessor*, cuando el tiempo de un año ha fortalecido su relación con la cosa.

4. la *usucapio pro herede* reacciona, dentro del ámbito estático de la herencia, ante la ausencia de un heredero que se retrasa en la *aditio*, y más allá, en la aprehensión de los bienes hereditarios; la *bonorum possessio* desborda ese ámbito, pues desplaza al propio heredero, aunque éste se haya apresurado a entrar en la herencia.

5. la *usucapio pro herede*, por su propia estructura de mecanismo "ciego", ofrece riesgos desconocidos en la aplicación "vigilante" que el pretor hace de la *bonorum possessio*, condicionada por el estudio concreto de cada caso: emblemáticamente, la posibilidad cierta de que sea un tercero ajeno al grupo familiar, y no un pariente defraudado del causante, el que aprehenda posesoriamente los bienes y tras un año de posesión ininterrumpida se convierta en heredero legítimo, en dueño. De esta forma, y dentro de este sistema general, la *usucapio pro herede*, combinada con otras instituciones y expedientes jurídicos, reacciona frente al primer problema

jurídico que se le plantea al ámbito hereditario durante la yacencia: encontrar pronto heredero. Ante él, la validez de la *usucapio* hereditaria es directa: o lo que es lo mismo, ante el problema de la dimensión estática de la *hereditas*, sólo cabe el transcurso del tiempo, es decir, tan sólo una solución "dinámica". Esa solución dinámica sólo puede ser proporcionada por la aceptación del heredero, sea el llamamiento del tipo que sea, o por la aprehensión posesoria de los bienes, en relación siempre con el factor temporal: en el caso más primario (civil) de la usucapión extraordinaria, se requiere un año de posesión ininterrumpida; en el caso más elaborado (pretorio) de la *bonorum possessio*, la posesión ha de solicitarse y esperar a que el magistrado la conceda: en la modalidad *sine re* el tiempo sigue siendo crucial, porque ha de verse si el heredero civil reclama los bienes desde su posición de fuerza; en la modalidad *cum re* el factor temporal juega tan sólo indirectamente, en virtud de los plazos jurídicamente establecidos de solicitud y concesión.

Todas estas soluciones "dinámicas" al problema "estático" de la yacencia, tienen un hondo caldo nutriente, que desde lo más profundo de la estructura social explica su acogida y desarrollo por el Derecho. El testamento es, sin duda, el negocio jurídico más esencialmente propio y distintivo del genio jurídico romano, fruto de la posición predominante del *paterfamilias* en la sociedad romana, y de la propia composición medular de la familia, sobre todo en los primeros tiempos. La sucesión legal civil, por otro lado, responde a los parámetros éticos y sociales que informan la vida de la comunidad arcaica romana: suceden aquéllos que tienen un mayor vínculo, de tipo agnaticio, con respecto al causante.

Cuando sucede un hijo, o en general una o varias personas incluidas, por su cercanía al *de cuius*, en la categoría de los *sui heredes*, la sucesión es automática; cuando no es así, se deja un lapso de tiempo para que el llamado acepte. La *bonorum possessio*, por su parte, responde a las necesidades de reequilibrar la realidad jurídica de las sucesiones con la nueva realidad humana y económica de una sociedad que, mercantilizada y bajo los efectos de un fuerte proceso de laización, ha cambiado, hasta el punto de no verse representada en un derecho que no cambia como el *ius civile*; necesidades, por tanto, de justicia social, abren el camino para la elaboración y progresivo perfeccionamiento del expediente procesal de la *bonorum possessio*, basado en la nueva realidad prevalente, social y familiarmente, de la cognación. La *usucapio pro herede*, finalmente, supone jurídicamente una respuesta a la demanda, socialmente aceptada, de prever una posibilidad de compensación interna en la propia familia, ante el hecho de una sucesión que deja insatisfechos a unos miembros frente a otros. Todas las mencionadas justificaciones sociales, en realidad coincidentes, de estas diferentes realidades jurídicas que conviven en el ámbito de la sucesión se mantienen, dado su carácter consubstancial al fenómeno hereditario, al plantearse el segundo problema de la yacencia hereditaria, provocado por la dimensión dinámica de la *hereditas*: hacer frente a las alteraciones que pueda experimentar un patrimonio, como el hereditario, sin titular, y lo que a la postre a efectos prácticos quizás sea peor, sin poseedor. La realidad jurídica de la aceptación, la realidad posesoria de la aprehensión fáctica, la realidad jurídico-posesoria de la usucapión, que han

intervenido *directamente* en la respuesta ante el problema estático de la herencia (hallar heredero), intervendrán *indirectamente* en la solución, más sutil y más elaborada, del problema dinámico de la *hereditas*: encontrar una referencia personal a la que atribuir esas alteraciones patrimoniales. Se hace evidente, no obstante, que ante un problema dinámico no basta con una solución basada en el dinamismo del tiempo; algo más se requiere, y el jurista se vuelve al expediente de la ficción jurídica⁽³⁷⁾. Tal se observa, indudablemente, en las dos teorías que la Jurisprudencia clásica, desde al menos Labeón, elabora para hacer frente al problema del dinamismo intrínseco de la herencia yacente: la sabiniana de la retroactividad, la juliana de la personalidad⁽³⁸⁾. En la primera,

³⁷⁾ Sobre la ficción jurídica *vid.* DEMELIUS, *Die Rechtsfiction in ihren geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung* (Weimar, 1858); SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual* (Madrid, 1878-1879, trad. MESSIA y POLEY); WINDSCHEID, *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, *Archiv. f. die civ. Praxis*, 62 (1879); *ID.*, *Diritto delle Pandette*, 1 (Torino, 1925, trad. FADDA y BENZA), p. 198 y ss.; RICCOBONO, *Formazioni e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano*, II (Milano, 1934), p. 211 y ss.; BETTI, *Diritto romano*, I (Padova, 1935), p. 517 y ss.; DEKKERS, *La fiction juridique* (Paris, 1935); ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (Frankfurt, 1940), especialmente p. 15 y ss.; PRINGSHEIM, *Symbol und Fiktion in antiken Rechten*, *Studi De Francisci*, IV (Milano, 1956), p. 209 y ss.; SAINATI, *Finzioni y Vaihinger*, *Enciclopedia filosofica* (Firenze, 1957), II, pp. 442-443 y IV, p. 1.462; PUGLIATI, *Conoscenza y Finzioni*, *EdD*, 9 (1961), pp. 45 y ss., 85 y ss., y *EdD*, 17 (1968), p. 658 y ss.; además, LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la "fictio iuris"* (Madrid, 1963); BIANCHI, *"Fictio iuris". Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* (Padova, 1997).

³⁸⁾ Sobre la interrelación entre la figura lucrativa de usucapión hereditaria, pensada en principio para afrontar el problema provocado por el estatismo hereditario, y estos expedientes elaborados como solución del dinamismo de la herencia, *vid.* recientemente, si se desea, CASTRO, *Ficción jurídica y "usucapio pro herede" en la yacencia hereditaria*, *Actas de las I Jornadas Andaluzas de Derecho romano* (Jaén, noviembre de 1997).

más antigua⁽³⁹⁾, se toma como referencia la figura del heredero, para retrotraer su aceptación, cuando ésta se produce, al momento de la delación: así, "fingidamente"⁽⁴⁰⁾, no hay yacencia. En la segunda, más moderna⁽⁴¹⁾, la personalidad del causante, presente en cierta forma abstracta y en algunas manifestaciones concretas en la propia materialidad patrimonial de la herencia, permanece como "congelada" en la *hereditas*, con lo que de nuevo, mediante esta ficción más relativa⁽⁴²⁾, no hay en la práctica yacencia.

39) Se atisba su utilización ya por Labeón, aunque sus verdaderos sistematizadores fueron los juristas posteriores pertenecientes a la escuela sabiniana; *cfr* D. 22, 2, 9; D. 28, 7, 20, 1; D. 43, 24, 13, 5; D. 47, 4, 1, 1; D. 49, 15, 29.

40) Indiscutiblemente interviene la técnica de ficción jurídica elaborada por la Jurisprudencia en estos expedientes; *cfr* sobre la ficción y la yacencia ROBBE, *La "hereditas iacet"*, *cit.*, p. 305 y ss. que niega que en la yacencia se utilicen expedientes de ficción jurídica; GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, *AHDE*, 27 (1957), p. 305 y ss., que va más allá y niega la existencia de ficciones jurisprudenciales. Tales afirmaciones no pueden secundarse; es evidente que en su actividad intelectual de autores privados los jurisconsultos romanos utilizaron técnicas de ficción jurídica, enriqueciendo ciertamente este ámbito del derecho; es evidente, por otra parte, que las referencias al heredero sobre todo, y al causante también, se fundamentan en expedientes de ficción. No de otra forma pueden interpretarse textos como D. 29, 2, 54 (Flor. 8 inst.): *Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successione defuncti intellegitur*.

41) Debida a Juliano, ya en el siglo II, como Ulpiano afirma expresamente en D. 41, 1, 33, 2.

42) La presencia del causante está mucho más presente que la del heredero en el seno de la herencia; abstracta o genéricamente, tal circunstancia es evidente porque el patrimonio hereditario es el patrimonio del causante; en un ámbito más particular, esto se observa en casos como los recogidos en D. 11, 7, 12, 6, sobre el pago de los gastos del entierro del causante con el patrimonio hereditario, o en D. 47, 10, 1, 6, sobre el insulto proferido al cadáver, que se considera lo es a la herencia.

En esta situación, es indudable que, aunque no sea su función primera e inmediata, la *usucapio pro herede* sirve también indirectamente para la consecución de una referencia en la yacencia; transcurrido el plazo de un año, esa referencia se ha solidificado en un ser tan tangible como aquél que, legítimamente llamado, aceptó la herencia. Naturalmente, al tener que esperar necesariamente un año, su utilidad es muy relativa en lo que hace a suministrar una solución al problema de ausencia de titularidad que caracteriza a la yacencia hereditaria y que se hace especialmente grave cuando se produce una alteración patrimonial. Hay que apuntar, no obstante, que la teoría de la retroactividad, ésta sí específicamente creada para afrontar el dinamismo de la yacencia, sólo es funcional cuando la aceptación del *heres* finalmente se produce y no en el puro presente del problema que se quiere solucionar; lo que aporta este expediente sobre la *usucapio pro herede* en la solución de estos problemas es una mayor seguridad que ésta no ofrece; la usucapión, sea de la modalidad que sea, es un hacerse, y como tal es susceptible de interrumpirse y perder su utilidad; producida la *usurpatio*, no hay referencia futura de titularidad por el procedimiento de la usucapión. En cambio, el expediente de la retroactividad ofrece en el presente de la yacencia la completa seguridad de que el problema suscitado por la carencia de una titularidad imprescindible se solventará en el futuro. Es, como se ve, pese a sus deficiencias -obviadas por la teoría de la personalidad (43)-

⁴³) La teoría juliana tiene la enorme ventaja de solucionar el problema cuando se produce, al utilizar una referencia del pasado (la personalidad del causante), perfectamente delimitada y conocida. No obstante, ofrece, frente a la teoría sabiniana de la retroactividad, el defecto de referirse a una esfera personal "no activable": a un muerto en definitiva.

una solución mucho más específicamente pensada para superar el problemático dinamismo de la *hereditas*.

2.3. No obstante, existe un tercer fundamento de la *usucapio pro herede* de enorme trascendencia práctica para la propia sedimentación de la figura: el posesorio. En efecto, la dinámica posesoria del ámbito hereditario en general y de la estructura de la propia herencia en particular ⁽⁴⁴⁾ es fundamental en la configuración de una institución tan aparentemente desbordada como la *usucapio pro herede*. Ésta parte, por encima de cualquiera de las consideraciones hechas hasta el momento, de un hecho evidente, innegable: los bienes hereditarios están abandonados por esa suerte de abandono absoluto que es la muerte del causante. Esto quiere decir que no hay propietario, pero de una forma inmanente todavía se hace más perceptible que no hay poseedor, que la herencia es una *res nullius in bonis*, que en definitiva los bienes están desocupados y que por tanto cualquiera puede ocuparlos posesoriamente sin que se pueda considerar el despojo técnicamente como una *contrectatio rei*. Se trata de una *occupatio perfecta* en su planteamiento, por lo que de

⁴⁴⁾ La verdadera vulnerabilidad de la *hereditas*, en contra de lo que suele decirse, está a niveles prácticos fundamentalmente en su pura realidad posesoria, en la que lógicamente hunde sus raíces de una forma nutriente la institución de la *usucapio pro herede*. Tal hecho se constata al advertir que es la aprehensión posesoria de los bienes por el heredero y no su aceptación lo que paraliza la *usucapio pro herede* de quien despojó la herencia. Sobre la posibilidad de usucapación producida la aceptación del heredero, *vid.*, por ejemplo, FRANCIOSI, "*Usucapio pro herede*", *cit.*, p. 10 y ss.

esta forma tan sencilla se entiende que las sustracciones hereditarias no puedan considerarse como hurto: no lo son, simplemente, porque no hay nadie a quien hurtar. Siendo el hurto un delito contra la posesión y no contra la propiedad, no puede sostenerse, como hacen en cierta forma algunos, que la imposibilidad de cometer *furtum* que la Jurisprudencia deriva de la realidad de la yacencia esté mal fundamentada (45): la herencia es una *res nullius*, en efecto; no hay propietario poseedor en los bienes, desde luego; pero el jurista clásico romano deriva tal imposibilidad de la estricta realidad material de la carencia de poseedor en la herencia, esto es, del hecho evidente de no haber nadie en los bienes: de ser la herencia una *res nullius in bonis*, y no de su consideración simplemente de *res nullius*. Precisamente por estas razones, por esta realidad insoslayable de la *hereditas* como conjunto patrimonial y extrapatrimonial sin efectiva presencia humana, es por lo que el término de *res nullius in bonis* es el más adecuado, sin lugar a dudas. No puede decirse, como se ha hecho, sin embargo, desde destacado ámbito de la doctrina (46) que la herencia no fuese concebida jamás como una *res nullius*; basta con una mirada superficial a las referencias textuales para advertirlo. Cosa distinta es que no se lo parezca a un jurista moderno, formado en planteamientos heredados de la

45) BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, pp. 267-268, en cierta forma; BIONDI, *Corso di diritto romano* (Milano, 1934), pp. 142-143, inequívocamente.

46) 4 D'ORS, *op. cit.*, p. 229, donde sostiene que los bienes hereditarios no pueden ser ocupados como *res nullius*, y p. 299, donde niega que la herencia yacente pueda equipararse a una *res nullius*; FEERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *op. cit.*, p. 523, en semejante sentido.

dogmática, a los que en una u otra medida todos nos hallamos desde luego sujetos. Sólo puede mantenerse que de la consideración de *res nullius* no deriva la imposibilidad de cometer hurto; no se hurta al despojar a la herencia porque ésta no tiene poseedor, porque no hay nadie en ella, porque, en resumidas cuentas, nos hallamos ante una *res nullius in bonis*, y no por el hecho de que no haya dueño de los bienes, que no lo hay. El hecho de que la herencia esté destinada a llenar esa carencia de titularidad con la aceptación del heredero, el hecho también de que se utilicen diversas referencias personales para, mediante un procedimiento de ficción jurídica, llenar en la yacencia tal carencia, no es sino indirectamente una forma más de mostrar la realidad de que la herencia en el momento presente no tiene dueño. Lo que ocurre es que, simplemente, los peligros para la integridad del patrimonio, y desde luego para el interés legítimo del heredero, se presentan fundamentalmente en su flanco posesorio, o sea, por el hecho de que no haya nadie en los bienes, más incluso que en el dato jurídico de que la herencia sea ahora cosa de nadie. Esta importancia del elemento posesorio en la yacencia, resaltada por la Jurisprudencia, sin embargo no es óbice para que en las fuentes se le consagren a la *hereditas* diversos términos, todos en una línea semejante, no tan precisos, aunque sean ciertos, no decisivos en definitiva para configurar como no furtivas las sustracciones hereditarias: así, a propósito del esclavo hereditario se dice que *dominus nullus est huius servi* ⁽⁴⁷⁾; respecto del *constitutum debiti* realizado mientras la

47) D. 9, 2, 13, 2.

herencia yace se afirma que *etiamsi nullus apparet, qui interim debeat* (48); la *hereditas* también, en definitiva, *in nullius est potestate* (49); *nemo vixerit qui eam pecuniam debeat* (50); el patrimonio hereditario es simplemente *nullius* (51); *nemo dominus est* (52); la herencia está, en fin, *sine domino* (53).

Sin embargo, es la naturaleza de bienes abandonados, de bienes sin un poseedor, muerto el causante, la que justifica, desde el punto de vista estrictamente posesorio, que dichos bienes puedan ser perfecta y legítimamente ocupados por cualquiera. Siendo la herencia, desde un punto de vista material, un conjunto de bienes, y no un bien mueble, y siendo en sí misma una realidad de enorme importancia social, al margen de que, en una improbable hipótesis, estuviese constituida hasta por un solo bien mueble, se exige, para hacerse con la propiedad desde la posesión un plazo especial de usucapión, para que el tiempo la complete. El propio ámbito, la realidad misma de la yacencia hereditaria, de la herencia en definitiva, imponen que no se exija buena fe ni justa causa en esta primitiva configuración de la institución: este abandono, que es la muerte, desvirtuado en su propia exageración, la justifica en lo posesorio de sobra; difícilmente, además, podrá exigirse buena fe en una figura

48) D. 13, 5, 11 pr.

49) D. 15, 1, 3.

50) D. 22, 2, 9.

51) D. 28, 5, 65 (64).

52) D. 43, 24, 13, 5.

53) D. 47, 19, 6.

expresamente concebida para favorecer a quien conoce la sucesión, como mecanismo de compensación familiar. La figura aparentemente desproporcionada empieza a adquirir una perfecta lógica, como se ve, desde diversos puntos de vista.

3. Conviene quizás detenerse un poco más profundamente en la realidad del abandono de los bienes, en relación con su carácter ocupable y con la *usucapio pro herede*. Se quiera analizar este asunto desde la perspectiva que se quiera, lo cierto es que la herencia es vista por los juristas clásicos como cosa de nadie. De hecho, desde una óptica sabiniana, que al parecer terminó imponiéndose, el abandono que se hace de los bienes viene a concebirse como una especie de *tradito in incertam personam* ⁽⁵⁴⁾, lo que quiere decir que la pérdida de la titularidad del bien abandonado se produce en el instante mismo del abandono, y no cuando otro individuo se hace con el bien, como sostenían los proculeyanos ⁽⁵⁵⁾. Por lo tanto, para la corriente jurisprudencial a la postre dominante en este tema, los bienes abandonados hasta cierto punto están siempre en perspectiva de ser aprehendidos por alguien, pues la pérdida de la propiedad del bien abandonado coincide con el abandono mismo; para la corriente proculeyana, que no logró imponer su reflexión en este ámbito, la titularidad sobre el bien no se pierde hasta el instante mismo de la ocupación por el nuevo titular, lo que viene a

⁵⁴) D. 47, 2, 43, 5; para la recepción en los juristas posteriores *cf.* D. 9, 4, 38, 1; D. 41, 7, 2, 1; para la justiniana *vid.* I. J. 2, 1, 47.

⁵⁵) D. 41, 7, 2, 1.

suponer, en cierta forma, que sólo entonces se produce en verdad el abandono, o lo que viene a ser lo mismo a efectos prácticos, que el abandono es en sí mismo irrelevante. Esto significa que no se puede negar a los bienes hereditarios la consideración de *res nullius* por el hecho de que tales bienes estén destinados al heredero: todos los bienes abandonados están en cierta medida destinados a alguien que no se conoce en el instante mismo en que se produce el abandono. Siendo la muerte el mayor de los abandonos, el más drástico, siendo su perspectiva de aprehensión por parte del heredero algo no tan extraño al resto de los abandonos y de las ocupaciones, siendo, por otra parte, desde un punto de vista posesorio perfectamente posible la aprehensión por un tercero distinto al *heres*, no cabe argumentar que éste sea un caso distinto a los demás. Nada, ciertamente, se opone a considerar la herencia como cosa de nadie; de hecho, nada se opuso a tal consideración en la mente de los juristas clásicos.

Ahondando un poco más en este hilo que intento desgranar, es curioso observar una vez más como el método jurídico romano, precisamente por su textura flexible, hasta cierto punto "maleable", ha concebido un sistema perfectamente enhebrado en todos sus extremos en el aparentemente caótico y contradictorio ámbito de la realidad impropriamente llamada *hereditas iacens*: es el abandono de los bienes hereditarios por la muerte del causante lo que provoca su consideración de *res nullius*, de *res nullius in bonis*; de esta última calificación, íntimamente unida a la anterior pero diferente, deriva la imposibilidad de hurtar los bienes de la herencia; éstos no son ilegítimamente sustraídos sino ocupados sin más. Hasta aquí el planteamiento posesorio de la herencia nos

pone en contacto con su problema estático y con la solución que deriva de este cúmulo de cosas: el heredero aceptará, o lo que es más decisivo, aprehenderá los bienes, o un tercero, a través de la *usucapio pro herede*, lo desplazará de un ámbito que, en principio, le estaba destinado. Es sin embargo interesante calibrar bien el hecho de que los mismos juristas que desarrollaron en lo fundamental las dos teorías destinadas a superar el problema causado por el dinamismo hereditario (a quién atribuir las alteraciones patrimoniales) sean quienes elaboraron la visión, luego triunfante, de la *derelictio* como una *traditio in incertam personam*. En lo tocante a la herencia yacente este hecho me parece mucho más que una coincidencia: el abandono por muerte, desde el punto de vista posesorio, vincula al causante con quien lo va a ocupar. En esta crucial dinámica posesoria no se puede decir que la herencia no es *res nullius* porque esté destinada al heredero: esto es así jurídicamente desde el criterio de la aceptación, pero no es así jurídico-posesoriamente, porque la naturaleza de ocupable de los bienes hace que éstos estén destinados a cualquiera, a una *incertam personam*, al heredero que aprehende los bienes, al tercero que los ocupa. Desde la concepción más perfecta del fenómeno posesorio y jurídico de la posesión la herencia es una *res nullius in bonis* y una *res nullius* y es lógico que el jurista clásico lo viese así sin ningún problema. Esta realidad previa es la que conecta, de esta forma, la *usucapio pro herede* y la aprehensión posesoria por parte del *heres* (soluciones al problema estático) con las teorías de la retroactividad y de la personalidad (soluciones del problema dinámico). Diversos juristas sabinianos, al elaborar el expediente

de la retroactividad desde la actividad precedente de Labeón, se basan en su visión de la *derelictio* como una *traditio in incertam personam* para imponer *por ficción* lo que no es evidente por definición: que los bienes de la herencia no son *res nullius* porque están destinados a alguien muy concreto que es el heredero llamado. Para ellos es evidente, siguiendo esta explicación, que tal conclusión -más que suficiente para modernos investigadores de la yacencia hereditaria en derecho romano- no es válida. De hecho, porque el abandono es una especie de entrega a persona incierta es por lo que el heredero ha de ser impuesto a la realidad de la yacencia por vía de ficción para solucionar sus problemas de dinamismo patrimonial. Incierto en la yacencia es el heredero, por la doble conjunción de incertidumbres que supone no saberse definitivamente quien aceptará y tampoco si éste será quien se haga o no con los bienes. Juliano, por su parte, último jefe sabiniano, idea el expediente de la personalidad (del causante en la herencia), desde la realidad abstracta y particular que denota que algo del difunto permanece en la herencia, y desde luego por el hecho también de ser el abandono una tradición a persona incierta, con todo lo que ello implica: el causante perdió el dominio de la cosa desde el instante mismo de su abandono, esto es, de su muerte. Sólo, por tanto, desde la ficción jurídica puede la personalidad del difunto, "congelada" así en la *hereditas*, imponerse como solución jurídica en un ámbito donde está ausente, pues aquél perdió la titularidad de los bienes -y su posesión- al dejarlos con su muerte.

De este modo, nos encontramos con dos hechos ciertamente reveladores de la unidad del sistema clásico de la herencia

yacente, donde se ubica la figura de esta usucapión extraordinaria:

- la *usucapio pro herede* deriva de la consideración de ocupable de los bienes hereditarios, abandonados por su antiguo titular.

- los expedientes de ficción derivan de la necesidad de incluir jurídicamente en la herencia referencias -también jurídicamente-desaparecidas en virtud de la naturaleza del abandono.

Esta visión de la *derelictio*, perfectamente aplicable en el caso concreto de la yacencia, unido al carácter más sistemático de los juristas sabinianos -con todas las matizaciones que se quieran hacer a esa "sistematicidad"- es lo que explica que fuesen ellos, y no los proculeyanos, los que elaboraron las mencionadas teorías; un jurista apegado a la concepción proculeyana del abandono como irrelevante para la pérdida de la titularidad del bien, que sólo se produciría con la aprehensión de la cosa por el ocupante, convertido así en nuevo titular, difícilmente podría concebir jurídicamente que las referencias del heredero y del causante sirviesen para, en virtud de una ficción, subsanar el problema de la carencia de titular durante la yacencia: de ser así, el causante no perdería la propiedad de los bienes hasta que el heredero la asumiese. La percepción evidentísima de que esto no era así en este caso, pues quien con su muerte abandonaba los bienes muerto y desaparecido estaba durante la yacencia, explica quizás que no nos haya llegado gran cosa de juristas proculeyanos en la construcción jurídica de la herencia yacente como realidad dotada de una entidad propia y de una muy peculiar existencia.

Simplemente, su concepción de la *derelictio*, defendible en otros ámbitos, no se amoldaba al caso concreto de la yacencia, por lo que únicamente reflexionaron sobre supuestos muy concretos ⁽⁵⁶⁾, sin extraer consecuencias de verdadero alcance.

4. No obstante, en su propio germen la *usucapio pro herede* llevaba el germen nuevo, no ya de su cambio, sino de su entera desvirtuación. Concebido como mecanismo de compensación interna de la familia, su propia esencia posesoria permitía su acceso a cualquiera. Evolucionada la sociedad hacia la pérdida de importancia política de la familia, hacia el desplome de la impronta familiar de los derechos, terminó el riesgo menor que como subproducto conllevaba la institución (abrir la sucesión a un extraño) en convertirse en lastre injustificable, en exceso demasiado común, en ofensa intolerable de unos derechos irreversiblemente encaminados hacia la completa patrimonialización de sus estructuras, en un fenómeno que llegó también a alcanzar muy particularmente el ámbito concreto y

⁵⁶⁾ *Cfr.*, por ejemplo, D. 43, 3, 1, 11 ; D. 45, 3, 28, 4, donde se reputa como inválida la estipulación en favor del heredero futuro: en líneas generales, Próculo acepta la teoría sabiniana de la retroactividad, pero la interpreta de forma muy restrictiva, según relata Gayo en el segundo de los mencionados textos. Para Próculo el heredero es un extraño en el momento en que se formaliza la estipulación y contradice a Casio, emblemático jurista sabiniano, cuando éste "finge" que la adición del *heres* se ha producido en el momento de la delación, para que así el esclavo hereditario tenga una esfera de titularidad física a la que agarrarse y el negocio se salve. Ni que decir tiene que la interpretación más amplia de la teoría de la retroactividad sostenida por quienes la desarrollaron fue la triunfante, y así, en este caso particular, Paulo y Papiniano la asumieron.

fundamental de la sucesión. Suele analizarse este proceso de desvirtuación de la figura desde una cierta inicial perplejidad, que sólo a duras penas consigue paliarse cuando el acercamiento se hace más profundo. Cómo justificar plenamente ese cambio, drástico en apariencia, por mucho que fuese producto de una evolución de siglos, he ahí el gran problema que ha centrado la atención preferente de la más cualificada doctrina. Sin embargo, no es la cuestión fundamental, porque se explica por sí sola. Basta con dejar "hablar" a la institución. Enfocado este problema desde el triple fundamento en que se levanta, la evolución de la *usucapio pro herede lucrativa* se nos aparece, más que diáfana, inevitable (57).

57) En la propia "pre-historia" de la *usucapio pro herede*, tal y como luego se entenderá, se halla ya el inicio mismo de la desvirtuación futura de la figura. La vieja *usus* romana de la época arcaica permitía al marido, o a aquél del que éste dependía, hacerse con la potestad sobre la mujer que convivía como esposa de forma ininterrumpida durante un año en la casa marital. Esta integración de la mujer en la familia agnaticia del marido se fundamentaba en el ejercicio ininterrumpido de la *manus*, es decir, en la posesión unida al tiempo, requisitos fundamentales para la usucapación. No en vano, matrimonio y posesión son para el derecho romano hechos, aunque tengan enorme relevancia social y jurídica, y no derechos, y por ello no son recuperados por el cautivo que vuelve a Roma en virtud del *postliminium*. El *usus* como ejercicio del poder familiar (*potestas*) sobre un individuo presenta indudables semejanzas con una *usucapio pro herede* concebida en época arcaica sobre todo como una forma de adquirir la posición familiar de *heres* en relación, antes que nada, con los *sacra familiaria* y con el *nomen familiae*. Desaparecido este *usus* primitivo como modo de adquirir la potestad en el ámbito de la familia, aparece la *usucapio pro herede*, que, concebida como una usucapación global, responde mucho más adecuadamente a una sociedad todavía informada de un fuerte sustrato sacral, en la que se debe hacer frente también, no sólo a los problemas específicamente patrimoniales que conlleva la titularidad de unos derechos que son, aparte de poder político, valor económico cada vez más claramente, sino a la realidad conflictiva de la sucesión y de la *hereditas*. La patrimonialización incipiente que acaba con el *usus* y que propicia, dentro de una sociedad todavía muy arcaica, la aparición de la *usucapio pro herede* como usucapación extraordinaria, lucrativa y global, será la que provocará en el futuro de una sociedad ya absolutamente patrimonializada y por completo desacralizada la transformación completa de la figura. Sobre el encuadre de la *usucapio pro herede* en la concepción arcaica del *usus vid.* especialmente BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, p. 277; FRANCIOSI, "*Usucapio pro herede*", *cit.*, p. 25 y ss.

4.1. Un primer momento histórico es aquél, ya conocido, en que la *usucapio pro herede* es de carácter global: sustraído un bien de la herencia por un individuo, éste, que por lógica ha de ser un miembro de la familia -olvidado por el causante en el testamento, o de grado ulterior a los preferentes en caso de sucesión intestada-, con acceso directo a los bienes de la *hereditas*, se convierte en heredero, desplazando al legitimamente llamado según el testamento o el orden sucesorio legal, exigiéndose como único requisito temporal el plazo de un año. Social, jurídica y jurídico-posesoriamente, como ha quedado indicado en las páginas precedentes, la aparición de esta figura está plenamente justificada. Se busca, de un lado, un sucesor en el vacío directivo en el ámbito interno y en el externo dejado por el causante, jefe de la familia primitiva, entendamos como entendamos ésta, hagamos las matizaciones que consideremos oportunas a lo que se ha dado en llamar teoría política de la primitiva familia romana (58). Se busca, de otra parte, alguien, revestido por la sucesión de la importancia requerida, para encargarse de los cultos familiares, que incluyen ya la figura divina del difunto, dios en cuanto muerto, muerto para ser dios.

58) Naturalmente a este respecto *vid.* BONFANTE, *Corso*, I, *cit.*, p. 7 y ss.

Al mismo tiempo, la institución de la *usucapio pro herede* sirve a los acreedores como mecanismo para satisfacer sus créditos impagados. Gayo refleja esta realidad muy claramente:

Gai. 2, 55: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum conseruatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

La desacralización de la sociedad, la patrimonialización de las relaciones jurídicas, la mercantilización en definitiva de la vida social y jurídica, conllevaron la evolución de la figura ⁽⁵⁹⁾. Ya

⁵⁹⁾ ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, *Annali Palermo*, 20 (1949), pp. 227, 278 y ss., ha defendido con gran fuerza que esta transformación fue fundamentalmente una consecuencia de la nueva visión de la *hereditas* como *res incorporalis*; no ha sido el único en hacerlo, aunque quizás sí el que lo ha hecho de forma más contundente: *vid.* también, entre otros, BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, pp. 277-278, 295-297, que incide en la cuestión de la transformación de la figura desde una óptica más plural; COLLINET, *op. cit.*, p. 143; AMBROSINO, "In iure cessio hereditatis". *Spunti per la valutazione dell'"hereditas"*, *SDHI*, 10 (1944), p. 1 y ss., especialmente 88-89; GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 289, 292, con matizaciones, al denunciar la unilateralidad que pudiera desprenderse de esta línea de trabajo, recordando los motivos de fondo de la nueva dirección jurisprudencial. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano, 1954), p. 314, destaca otros factores, como el alargamiento del objeto de la *hereditas*. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, *IVRA*, 7 (1956), p. 24 y ss., incide a este respecto, en la transformación de la abstracta *hereditas* en la corpórea *familia*. FRANCIOSI, "Usucapio pro herede", *cit.*, p. 185 y ss., resume, a su vez, los motivos de esta transformación aludiendo a la consideración patrimonialista de la herencia, la aparición de nuevos instrumentos tendentes a la superación de la situación de yacencia (*cretio, spatium deliberandi, bonorum possessio*), la decadencia de los *sacra privata* o la introducción de la responsabilidad patrimonial.

muy pronto, la Jurisprudencia estableció una regla que limitaba un acceso a la *usucapio pro herede* cada vez más abierto en la práctica a individuos ajenos al grupo familiar y a otros que habiendo entrado en la posesión del bien por causas justas y distintas pretendían usucapir ahora *pro herede*.

D. 41, 2, 3, 19 (*Paul. 54 ed.*):... *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.*

D. 41, 5, 2, 1 (*Iul. 44 dig.*): *Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur, et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.*

Se me antoja éste un primer evidente paso hacia la limitación, cada vez más seria, de una institución que con este progresivo desmantelamiento en las conciencias y en la mentalidad social del concepto unitario, sacral y político de la familia perdía sustento en la realidad. Una inevitable consecuencia, ya de carácter inequívocamente esencial para la figura, fue el de limitar los

efectos de la usucapión a la sola cosa poseída durante un año. Tolerada ahora como mecanismo al servicio únicamente de los acreedores, lógico parecía que sólo se circunscribiese a bienes singulares elegidos por el acreedor para satisfacer su crédito, de forma que no se perjudicasen los legítimos derechos de un heredero que, ante las transformaciones experimentadas por el testamento, sustentado ahora en una libertad dispositiva no encorsetada por condicionantes familiares de tipo sacral o ético, se presentaba ante la sociedad como único legitimado por el Derecho para la titularidad del patrimonio del causante. Las limitaciones de carácter moral que condicionaban al testador a la hora de disponer de sus bienes, obligándole ciertamente a instituir en el ámbito mismo de la familia, han desaparecido. El propio orden legal *ab intestato* refleja las conmociones jurídicas que supone en su desenvolvimiento práctico la *bonorum possessio* del pretor, lo que junto al desarrollo de la sucesión legítima real (60), que hace realmente tangibles las limitaciones puramente

60) Cfr C. Th. 2, 19, 1; I. J. 2, 18 pr.; I. J. 2, 18, 6; D. 5, 2, 2-7-19-31 pr.; D. 5, 2, 8, 8; C. 3, 28, 5-27-34-36. Sobre la esencia y funcionalidad de la sucesión legítima real existen algunos estudios fundamentales; *vid.* especialmente LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*, *cit.*, p. 412 y ss.; KRÜGER, "*Querela inofficiosi testamenti*", *ZSS*, 57 (1937), p. 94 y ss.; GAUDEMET, "*Testamenta ingrata*" et "*pietas Augusti*", *Studi Arangio-Ruiz*, 3 (Milano, 1952), p. 115 y ss.; COLLINET, *La nature des "querelae" des origines à Justinien*, *SDHI*, 19 (1953), p. 251 y ss.; MARRONE, *Sulla natura della "querela inofficiosi testamenti"*, *SDHI*, 21 (1955), p. 77 y ss.; WESENER, v. "*Querela*", *PW*, 24 (1963), p. 857 y ss.; DI LELLA, "*Querela inofficiosi testamenti*". *Contributo allo studio della successione necessaria* (Napoli, 1972); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, *SDHI*, 55 (1989), p. 98 y ss.; RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, *cit.*

dialécticas de la legítima formal, muestra la evolución de una mentalidad atada a la visión política y trascendente de la familia y de la sucesión hacia otra en la que no hay condicionantes morales o religiosos de tipo coral, comunitario, donde el individuo es antes individuo que parte de un grupo que lo absorbe, donde el Derecho es sólo Derecho y no moral, religión, poder. Los derechos son ahora derechos; empieza ciertamente a diluirse la vieja elaboración arcaica de un derecho-deber. Si el testador no puede disponer más que de las tres cuartas partes de lo que debiera dejarles a sus familiares más allegados según el orden legal, es porque su derecho se ve limitado por el derecho, igualmente respetable, de otros, no porque fuerzas superiores le compelan a diluirse, incluso en puertas de su propia desaparición física, en la densa entidad del grupo al que pertenece. A través, primero subrepticamente, de los legados, y ya de forma imparable después, al patrimonializarse además por completo los derechos y perder su impronta familiar, se hizo cada vez más común instituir a individuos que incluso eran ajenos al propio grupo familiar. Pierde entonces su carácter genérico de elemento dinamizador dentro de la familia, desaparece su función socialmente deseable como mecanismo compensatorio en la célula familiar, y la *usucapio lucrativa* comienza a verse en el ámbito sucesorio como una realidad que superar.

4.2. La propia dinámica jurídica de la figura de la usucapión y su fundamento posesorio en el abandono por muerte del causante influyen decisivamente en el rumbo paulatino que toma

la institución hacia su entera desvirtuación. La *bonorum possessio* del pretor fortalece sus mecanismos a medida que el magistrado, en el uso cada vez más seguro de su *iurisdictio*, acrecienta la trascendencia de su misión correctora de las consecuencias socialmente ya no queridas de un *ius civile* cada vez más *vetus* que *legitimum*: entre ellas, el drástico perjuicio causado por una desbordada *usucapio pro herede*. Convertida en usucapición singular en el siglo I d. C., la figura se adapta a las nuevas coordenadas sociales y jurídicas que encarnan el nuevo derecho del principado. No es casual que las primeras elaboraciones serias y sistemáticas efectuadas por la Jurisprudencia romana acerca del problema dinámico de la herencia yacente se efectuasen también en esta misma época, desde el precedente inmediato de la actividad de Labeón, por juristas fundamentalmente sabinianos: en derecho, como en la vida misma, no hay coincidencias y las casualidades son siempre causalidades. Los jurisconsultos, al reflexionar sobre la conflictiva realidad de la yacencia hereditaria, idean los consabidos expedientes de la retroactividad de la aceptación y de la personalidad de la *hereditas*; el primero, más mecánico y obvio, es coetáneo de esta primera clara limitación de la *usucapio pro herede* que supone su transformación en una usucapición singular; el segundo, de comienzos del siglo II, es una consecuencia del caldo de cultivo de la centuria anterior, más sutil y elaborado, fruto final del método jurisprudencial aplicado a una realidad concreta como la yacencia. La usucapición se hace singular al tiempo que las alteraciones patrimoniales experimentadas por la herencia se salvan acudiendo a la figura del heredero; ambas

nuevas situaciones responden a una realidad nueva en la que, patrimonializado el fenómeno hereditario y consagrado el principio de la plena libertad testamentaria sin trabas morales, el heredero es una referencia insoslayable (61). La usucapión no busca ahora la consecución rápida de algo que ha perdido importancia: un líder político y religioso para el grupo familiar. Los derechos del heredero son inatacables en su globalidad y nadie consiguiendo la posesión de un bien le despojará del todo hereditario transcurrido un año. El problema del estatismo de la herencia pierde importancia, pierde "urgencia" en resumen, al diluirse toda la alquimia de substancias religiosas y políticas que postergaban el contenido patrimonial que -bueno es no olvidarlo- siempre caracterizó la sucesión y aquello en que se sucedía: la herencia. Potenciada inevitablemente la figura del heredero, no es difícil imaginar que con ella se intente solventar el problema del dinamismo de la *hereditas*, utilizándola como soporte de un expediente de ficción jurídica. Las limitaciones legales del testador (sucesión legítima real) y la nueva configuración del ámbito hereditario sin testamento (*bonorum possessio sine*

61) De hecho, se configura jurídicamente la categoría de heredero legítimo como forma de asegurar dicha posición preferente que el *heres* asume en un derecho ya moderno, desgajado de la religión y la moral, como el romano clásico. El testador, libre para disponer ante el derecho de las XII Tablas pero no ante las convicciones éticas de la sociedad arcaica, debe contar ahora con la figura del heredero, que no es simplemente el llamado o el aceptante, sino aquél con el que previamente ha de contarse. Esa misma figura potenciada del heredero asume su verdadera fisonomía con el perfeccionamiento de la *bonorum possessio* del pretor y obliga, por un lado, a que se le tenga en cuenta como solución ante las alteraciones del patrimonio hereditario durante la yacencia mediante un expediente de ficción, y por otro, a la conversión de la *usucapio pro herede* en una usucapión singular.

tabulas completando la sucesión legal intestada) responden a una ordenación plenamente jurídica, y no jurídico-moral del derecho de sucesiones: existe la categoría jurídicamente trazada de heredero legítimo, éste tiene sus derechos y el causante simplemente debe respetar unos límites mínimos trazados por el Derecho. La evolución de todas estas instituciones y fenómenos típicamente hereditarios responde por tanto a una misma realidad socio-política, a los propios cambios económicos y jurídicos experimentados por la comunidad. Las fechas así lo indican: la sucesión legítima real comienza a desarrollar sus específicos mecanismos en el siglo I a. C.; la *bonorum possessio* se hace *cum re* de forma paulatina a lo largo del siglo I d. C.; la *usucapio pro herede* se convierte en una usucapación singular precisamente en el lapso comprendido entre el desarrollo de los anteriores instrumentos y realidades jurídicas, a finales de la República ⁽⁶²⁾, iniciando un proceso de paulatina desvirtuación al ser sus objetivos progresivamente cumplidos por la imposición de restricciones materiales a la libertad dispositiva del testador y por la potenciación del mecanismo pretorio de la *bonorum possessio*, que no hará sino fortalecerse en los sucesivos reinados imperiales.

⁶²⁾ FRANCIOSI, "*Usucapio pro herede*", *cit.*, p. 132 y ss., viene a fijar esa primera trascendental transformación entre los años 130 a. C, bajo el pontificado de Publio Mucio Escévola, y 90 a. C. A lo sumo, podría extenderse tal datación al siglo siguiente; *cfr* FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *op. cit.*, p. 523.

4.3. Iniciado el proceso en la dinámica y bajo los presupuestos enunciados, la evolución de la figura de la *lucrativa usucapio pro herede* prosigue en una línea de cambios progresivos que aparece como necesaria, más aún, como inevitable. Adriano, en pleno siglo II, en el tiempo en que su jurista predilecto, Salvio Juliano, elabora la teoría de la personalidad de la herencia, solucionando definitivamente el problema suscitado en la yacencia por el dinamismo de la *hereditas*, propugna un nuevo giro en la estructura de la usucapión hereditaria lucrativa, al exigir al poseedor usucapiente el requisito de la buena fe inicial y a la posesión una justa causa, lo que aproxima la figura extraordinaria a las usucapiones ordinarias. ¿Existe una conexión entre ambos hechos, la reforma adrianea y la innovación jurisprudencial, coetáneas en el tiempo? Sin duda el caldo de cultivo en el que se nutren es el mismo: un derecho patrimonializado para una sociedad mercantilizada. Pero las coincidencias, que nunca son simplemente eso, no terminan en lo puramente genérico; consignada atención preferente al elemento personal vivo y activo de la yacencia, el heredero, era inevitable hacer lo propio con el otro elemento, el coagulado, el cierto, constituido por el causante. En primer lugar, la referencia al *heres*, como sabemos, no solventaba todos los problemas suscitados por el dinamismo hereditario, y ninguno en el instante en que se suscitaban. En segundo lugar, se hacía necesario, desacralizada la *usucapio pro herede* y convertida en un fenómeno singular por puramente patrimonial, la concatenación de la figura con lo antecedente, como era estructuralmente imprescindible en la usucapión: es decir, era necesario acudir a la

posición del causante en relación con el usucapiente, o lo que es lo mismo, a la causalidad en la adquisición de una posesión que podía perjudicar gravemente los legítimos derechos de una figura, la del heredero, convertida por los nuevos cambios jurídicos en sacrosanta en el marco de las sucesiones. La necesidad de una justa causa que uniese, justificándola, la posición sobre el bien del poseedor actual con respecto al causante que lo fue viene a encumbrarse en la misma época en que la atención jurisprudencial se vuelve hacia la figura del causante para, con su personalidad "congelada" en la materialidad pura del patrimonio hereditario, resolver por vía de ficción la ausencia de titular efectivo a que atribuir las alteraciones que durante la yacencia pudiera experimentar la herencia. Inevitablemente ello conduce a la concesión al heredero, perjudicado por el despojo de quien ha conseguido la posesión sin justa causa y no mediando buena fe, de la *hereditatis petitio*, acción genérica que sirve ahora perfectamente en el marco de una institución transformada, que sólo se singulariza ante las restantes usucapiones por el plazo uniforme de un año con independencia de que el bien sea mueble o inmueble.

No es de extrañar que una evolución como la descrita termine por conducir a la completa desvirtuación de una figura como la *usucapio pro herede*. En atribución tradicional pero puesta en duda modernamente, Marco Aurelio, al parecer a través de un rescripto ⁽⁶³⁾, elabora el *crimen expilatae hereditatis*, en virtud

⁶³) D. 47, 19, 1. Sobre esta polémica *cfr* especialmente SOLAZZI, *Sul crimen expilatae hereditatis*, *RIL*, 69 (1936), p. 978 y ss., incluido en *Scritti giuridici*, 3 (Napoli, 1960), p. 547 y ss.; GNOLI, *"Hereditatem expilare"*, I (Milano, 1984), p. 10.

del cual lo que antiguamente era por razones sociales, jurídicas y jurídico-posesorias un despojo válido es ahora un expolio perseguible ante los tribunales públicos, al considerarse uno de esos delitos *-crimina-* que por su especial gravedad atentan contra el interés de la colectividad.

D. 47, 18, 1, 1 (*Ulp. 8 de off. proc.*): *Expilatores, qui sunt atrociores fures (hoc enim est expilatores), in opus publicum vel perpetuum vel temporarium dari solent, honestiores autem ordine ad tempus moveri vel fines patriae iuberi excedere, quibus nulla specialis poena rescriptis principalibus inposita est: idcirco causa cognita liberum erit arbitrium statuendi ei qui cognoscit.*

Justiniano en el siglo VI no hace sino confirmar esta desvirtuación del viejo derecho ⁽⁶⁴⁾. La *lucrativa usucapio pro herede* es formalmente abolida, insertándose en el marco más amplio y uniformizado del sistema general de la usucapión, con el inequívoco fundamento en el título de heredero, como corresponde al potenciamiento que la figura del *heres* ha experimentado en los términos descritos con la consolidación de

⁶⁴⁾ Un buen resumen de las coordenadas justinianas de la figura puede encontrarse en IGLESIAS, *Derecho romano, cit.*, p. 541.

la sucesión legítima real y con la nueva aplicación que de la *bonorum possessio* realiza Justiniano. La usucapión en el ámbito hereditario se concede al heredero verdadero sobre cosas erróneamente consideradas como pertenecientes al patrimonio hereditario ⁽⁶⁵⁾, pero también al heredero aparente en virtud de la aplicación del principio "*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*" ⁽⁶⁶⁾. Confinada en tan estrechos y uniformizados límites, la *usucapio pro herede* terminará en la regulación justiniana por contar con plazos distintos, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Sus principios fundadores responderán a este equilibrio entre lo que es ya una figura ordinaria de usucapión y la ineludible percepción de la especificidad y de las peculiaridades del ámbito en que se desarrolla; en concreto, el hecho de que se justifique en la causa *pro herede* implica determinados caracteres ineludibles:

- quien ocupa las cosas hereditarias no puede ser heredero, porque éste no necesita de la usucapión para hacerse con el título sobre unos bienes que le pertenecen en virtud del llamamiento hereditario, y el que posee como heredero sin serlo lo hace ciertamente *pro herede* pero fundamentándose en un error ⁽⁶⁷⁾.

⁶⁵⁾ D. 41, 5, 3.

⁶⁶⁾ D. 41, 3, 33, 1.

⁶⁷⁾ D. 41, 3, 29. En caso de que el heredero posea de buena fe bienes que en realidad no son hereditarios la usucapión juega como lo hace siempre: a través de su propia dinámica de mecanismo "ciego", que se pone en marcha para subsanar aquellas situaciones que, en virtud de una incompleta adquisición de la propiedad, ponen en peligro la necesaria seguridad jurídica que ha de imperar en el tráfico.

- no juega la usucapión en ningún caso si se efectúa en perjuicio de un *heres suus et necessarius* (68), algo obvio si se tiene en cuenta que éste no tiene que aceptar, dada su propia importancia, y sucede automáticamente.

- la *usucapio pro herede* está abierta tan sólo a los hombres libres (69).

- es una usucapión revocable a petición del heredero a quien perjudica (70).

- se limita a las cosas pertenecientes al patrimonio hereditario, es decir, al patrimonio de alguien que en efecto ha muerto, sin que quepa error sobre el hecho, imprescindible, de la muerte (71).

5. En conclusión, puede delinearse, a mi juicio, la esencia y la propia esfera de desenvolvimiento de la *usucapio pro herede* con base en los siguientes puntos fundamentales:

1) esta figura se ubica en el ámbito genérico de la usucapión, considerada como mecanismo de cierre del sistema de adquisición de la propiedad, calificándose como una modalidad extraordinaria, al no requerirse justa causa ni buena fe para que

68) *Cfr* Gai. 2, 58; Gai. 3, 201; C. 7, 29, 2.

69) D. 41, 3, 4, 4.

70) *Cfr* C. 3, 31, 7; C. 7, 34, 4.

71) D. 41, 5, 1.

un individuo se convierta en heredero por la posesión ininterrumpida durante un año de un bien de la herencia.

2) su primer fundamento es de carácter social, pues la usucapión lucrativa permite el acceso al patrimonio y a la propia jefatura del grupo a un pariente del causante no llamado por ley u olvidado por el testador en su ordenación *mortis causa*, cumpliendo así dos funciones:

- impedir que la herencia siga indefinidamente sin titular, con los consiguientes perjuicios de carácter patrimonial (dinamismo hereditario) y, especialmente, con la grave situación que tal carencia provocaría en los *sacra privata*, que quedarían desiertos.

- propiciar un mecanismo de compensación en el interior de la célula familiar, permitiendo a los parientes no llamados a la sucesión el acceso a la titularidad de los bienes, ya que es lógico que los beneficiarios paradigmáticos de esta modalidad extraordinaria de usucapión sean familiares del difunto, porque ellos son los que más sencillo tienen el acceso posesorio de los bienes.

3) un segundo fundamento se halla en la propia realidad jurídica de la sucesión, en la cual la *lucrativa usucapio pro herede* cumple la función de afrontar directamente el problema del estatismo de la herencia (encontrar heredero para acabar con la vulnerabilidad en la que la yacencia sume a la propia familia) e indirectamente el del dinamismo (hallar una esfera de titularidad a la que atribuir durante la yacencia las alteraciones patrimoniales que pueda experimentar la *hereditas*), doble función en la que

concurrer también otras instituciones y mecanismos jurídicos como la sucesión legítima real y la *bonorum possessio*.

4) un tercer fundamento, finalmente, es de carácter jurídico-posesorio, ya que, aunque no hay justa causa en la aprehensión posesoria, ni desde luego buena fe, pues lo normal es que se sepa que el bien es hereditario y que se está perjudicando al heredero, se utiliza el hecho del abandono absoluto de los bienes que supone la muerte del causante para calificar la sustracción del bien no como una *contrectatio rei* sino como una *occupatio*, con lo que queda legitimado desde la propia realidad del hecho posesorio el despojo.

5) patrimonializado el mundo jurídico, socavado el carácter familiar de los derechos, sometidas en fin las viejas estructuras sacrales de la sociedad arcaica romana a un profundo desmoronamiento, la *usucapio pro herede* con carácter global empieza a perder sentido, arrinconada en lo social por una importancia cada vez mayor de la figura del heredero, cuyos intereses -nunca mejor llamados "legítimos" que ahora- se vuelven intocables dentro de ciertos límites, en lo jurídico por la configuración de los mecanismos materiales y procesales de una sucesión legítima real que cumple más lógica y adecuadamente con esa función compensatoria y de justicia social dentro de la familia, en lo jurídico-posesorio, en definitiva, por el desarrollo cada vez más perfecto de la *bonorum possessio* del pretor, que a la inseguridad aleatoria de la *usucapio* opone la limpia certeza del estudio *ad casum* del magistrado, a la posibilidad de favorecer desproporcionadamente a un extraño la de dar a cada miembro de

la familia lo que "legítimamente" es suyo, a la naturaleza descontrolada y drástica de una la mesurada dinámica procedimental de la otra.

6) es inevitable, por todo esto, que la *usucapio pro herede* se transforme en una usucapación singular, y que progresivamente, a medida que pierde significativa eficacia social, de un lado, y se va revelando la tosquedad de sus mecanismos jurídicos frente a la flexibilidad de expedientes más modernos que la arrinconan, de otro, su estructura empiece a uniformizarse con la de la usucapación ordinaria: se exigirá justa causa y buena fe, se concederá la *hereditatis petitio* al heredero despojado, se creará el *crimen expilatae hereditatis* para perseguir en vía pública al sustractor, se cambiará finalmente el plazo exigido a los bienes según sean muebles o inmuebles.

7) en su propia esencia compleja, en toda la rica pluralidad de elementos de la más diversa índole que concurren en su configuración jurídica, aflora el germen de la entera desvirtuación que experimentará la institución: en la primera época la figura del heredero carece de importancia frente al omnímodo poder del *paterfamilias*, por lo que como mecanismo compensatorio la aprehensión posesoria de un bien, unida al suficiente lapso temporal, desplaza al llamado de la sucesión; posteriormente, la posición del *heres* se refuerza, se le busca como referencia personal para superar el peligroso dinamismo de la *hereditas*, al mismo tiempo que se le aseguran unos mínimos derechos

sucesorios en la *quarta debitaie portionis* (72): se hace inevitable limitar el alcance, el perjuicio que la usucapión extraordinaria pueda causarle.

8) indirectamente, la substancia elemental y la inevitable evolución que experimenta la *lucrative usucapio pro herede* vienen a suministrar un indicio sobre la verdadera naturaleza de las sucesiones romanas: una institución en principio absoluta en su planteamiento e ilimitada en sus consecuencias responde a una realidad social en la que la posición del llamado es mucho más débil que la que irá paulatinamente adquiriendo cuando la sociedad se patrimonialice y la familia pierda buena parte de su carácter endogámico; de esta forma, la ilimitada libertad testamentaria que debía poseer el causante ya en la primera época desde el punto de vista jurídico y, paralelamente, la débil posición del heredero quedan perfectamente explicadas por la existencia misma de una institución como la usucapión extraordinaria que, perjudicando a quien no importa (el *heres*), sirve para alterar por la fuerza de los "hechos" lo que ningún derecho ajeno puede limitar: la libertad dispositiva del testador. Si éste hubiese estado limitado por el propio Derecho, como sostienen aquéllos que defienden el carácter prevalente de la sucesión legal en los primeros tiempos de Roma (73), y no hubiese podido ni siquiera

72) Cfr I. J. 2, 18, 6; D. 5, 2, 8, 8.

73) Vid. *supra* n. 26; cfr además entre los defensores de esta hipótesis RIVIER, *Successions à cause de mort en droit romain* (Bruxelles, 1878); CARPENTIER, *Essai sur l'origine et l'entendu de la règle "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, *NRH*, 10 (1886), pp. 449-474; FILOMUSI GUELFU, v. *Successione*, *Digesto italiano*, XXII, 3ª (Torino, 1889-1897), p. VII y ss.; WESTRUP, *La succession primitive devant l'histoire comparative* (Paris, 1928), p. 32 y ss.; SEGRÉ, *Ricerche di diritto ereditario romano* (Roma, 1930), p. 5 y ss.; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma, 1934), p. 29; DAUBE, *Intestatus*, *RH*, 15 (1936), pp. 341-343; VOCI, *Esame della tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, *Studi Arancio-Ruiz*, 1 (Milano, 1952), pp. 101-146, especialmente 134 y ss. Sobre los defensores de la prevalencia testamentaria en época arcaica vid. *supra* n. 25-26.

testar en presencia de *sui*, ¿cuál es el papel social y jurídico que asumiría la originaria *usucapio pro herede* global y lucrativa? ¿En verdad se hubiese suministrado un mecanismo tan drástico que sólo podría perjudicar a quienes, desde esta perspectiva que yo no comparto, inevitablemente habrían de suceder a un causante que nada podría objetar? Parece innecesario y contraproducente facilitar a unos parientes muy lejanos, que precisamente por ello no concurren preferentemente a la sucesión, un medio de perjudicar tan absolutamente a los absolutamente defendidos por un derecho que llega hasta anular cualquier posibilidad intervencionista, y en su propia sucesión, a quien en vida todo lo puede: el causante. Parece más lógico considerar que la *usucapio pro herede* en su versión lucrativa surge en el marco de un derecho en el que el testador tiene mucho que decir sobre el papel a la hora de ordenar su sucesión (por mucho que condicionantes de tipo moral determinen su decisión) ⁽⁷⁴⁾, y el heredero en cambio nada puede limitar con su existencia. Es precisamente por

⁷⁴⁾ Razón por la que en el ámbito mismo del derecho civil romano surgirá la limitación, puramente nominal, de una sucesión legítima formal, tendente a limitar, aunque sea en la sola forma, una facultad dispositiva mediante testamento solamente controlada por principios de orden moral y por la naturaleza cerrada y sacral que la vida familiar y el mismo papel de *paterfamilias* comportaban en la época arcaica.

su precaria posición por lo que no hay traba jurídica alguna para que se vea desplazado por cualquiera mediante la *usucapio pro herede*. Mediado el tiempo, cuando su situación se fortalezca, defendiéndose por primera vez mediante los mecanismos de la sucesión legítima real y de una *bonorum possessio* sólo en un principio raramente concebida contra el *heres*, los efectos de la usucapación lucrativa se limitarán también, hasta desaparecer por completo.