

LOS ELEMENTOS ETICOS DE LA PRESCRIPCION ROMANA Y SU ACEPTACION EN EL FUERO ECLESIASTICO HASTA EL DECRETO DE GRACIANO

Ya en el siglo XVI estaba divulgado por Italia un axioma jurídico que decía: *Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus, nihil*.

Se defiende hoy como indiscutible entre los autores (1) que el Derecho romano, al llegar a Graciano, se podía considerar como supletorio del canónico, y, por lo tanto, en parte canonizado por la Iglesia. Más aún, se le concedía fuerza de ley con tal de que no contrariase a lo dispuesto por los cánones. Tal es la mente de Graciano (2) y afirmación expresa suya. Y si bien este principio no estaba sancionado por ninguna disposición canónica, pudo muy bien llegar a tal conclusión en virtud de la práctica seguida por la Santa Sede y de los Concilios, y ya estaba indicado por muchos de los escritores y compiladores anteriores al siglo XII. La insuficiencia de disposiciones canónicas en muchas materias que no son exclusivas del fuero de la Iglesia, y el renacimiento de los estudios del Derecho romano en Italia, primero, y luego en Francia y demás naciones, son las causas que comúnmente se asignan a este hecho.

He aquí por qué hemos juzgado oportuno internarnos en el campo de las leyes en la elaboración del presente artículo: ningún escritor de la época clásica del Derecho canónico hace sus elucubraciones sobre prescripción sin beber en las fuentes romanas.

La Iglesia recogió del Derecho romano el instituto de la prescripción, y fueron adoptadas, salvo algunas particularidades, sus disposiciones para las materias eclesiásticas, hasta el Código canónico, que en el canon 1.508 canoniza para cada nación el Derecho civil vigente en ella sobre este tema.

La cautela y parquedad con que los autores modernos, principalmente los canonistas, se expresan al tocar el extremo de la buena fe necesaria para la prescripción, indica a cuajquiera que ojee los tratados de Derecho y los manuales de Teología moral, por lo menos la intención de esquivar

(1) VAN HOVE, *Prolegomena* (Mechliniae-Romae, 1945), págs. 242-227, n. 215; pág. 242, n. 233.

(2) *Dict. Grat. post.*, c. 4, c. XV, q. 3.

un problema latente, cuya naturaleza no les interesa desentrañar ni en su historia ni en su esencia, sino sólo resolver prácticamente. Un recorrido rápido por los autores de Derecho civil nos ha puesto, por el contrario, de manifiesto la enorme cantidad de bibliografía que nuestro tema ha despertado entre los civilistas en el campo del Derecho romano (3), viniendo a resultar que casi todas las investigaciones que se han abierto sobre estas cuestiones carecen del enfoque teológico-moral que la solución del problema por naturaleza exige.

Por otra parte, los escritores alemanes del siglo XIX que dedicaron su atención a esta materia, v. gr.: MOLLENTHIEL, SAVIGNY, UNTELHÖZNER y otros que profundizaron en el concepto de la buena fe en la prescripción, se fijaron más en hacer un estudio sistemático de la doctrina que en inquirir su desarrollo histórico. Tal vez al proceder de esa manera se olvidaron algo de que no se puede prescindir de este último concepto si no se quieren idear concepciones apriorísticas que, aunque lleguen a estar a tono con la filosofía del derecho, quedan desvinculadas de su realidad histórica.

Estas son las razones por las que no resultará ocioso pergeñar estas líneas, aunque sin pretensiones de agotar la materia ni de aportar la solución-clave de la cuestión moral que entraña a la prescripción. Confiamos en que a los familiarizados con los comentaristas del Decreto y Decretales les facilitaremos un guión con que introducirse en sus escritos, al mismo tiempo que redundará nuestro trabajo en esclarecimiento de la cuestión filosófica.

I

DOCTRINA ROMANA SOBRE PRESCRIPCIÓN CIVIL

La antigua usucapión.—Cuando un ciudadano romano poseía *nec vi, nec clam, nec praecario*, un predio itálico, durante el espacio de dos años, o a algún bien mueble u otras cosas durante sólo un año, nadie podía turbarle en tal posesión: he ahí la usucapión, institución quiritaria cuya existencia en Roma es anterior seguramente a la Ley de las XII Tablas (4), y que participó, si no en su origen, sí ciertamente en su evolución de la

(3) Véase agrupada en GASCAROL, *Jus Civile Romanorum*, v. 3 (Senis, 1899-1902), pág. 335, nota 10.

(4) La Ley de las XII Tablas fué escrita el a. 303-304 a. U. c., 453-452 a. C. n.

influencia helénica, tal vez transmitida por los legados enviados desde Roma a informarse de las mejores legislaciones griegas (5).

¿Se exigía ya buena fe o justo título en la Ley de las XII Tablas, como después en el Derecho imperial?

STINZING, en su célebre obra (6) sobre la esencia de la buena fe, es el primero que ha examinado ex profeso este punto fallando en contra de tal afirmación. Estaba su argumentación en la ausencia de dichos requisitos respecto de los ejemplares que nos han quedado en el derecho posterior de la legislación decenviral: el *usus* para la *manus mariti*, la *usucapio libertatis* de las servidumbres y las *usurreptiones* y la *usucapio pro haerede*. Esta opinión ha llevado tras sí a la mayor parte de los legisperitos posteriores (7), que cuenta asimismo a su favor con otras muchas razones, v. gr.: la rudeza del derecho primitivo, que más que a los elementos interconales o psicológicos atendía a las apariencias exteriores (8), etc. La única limitación, según esta sentencia, que no permitía exponer la usucapión a la injusticia, era, nos dice BONFANTE (9), toda exterior y materialista: que no se lesionaran los intereses ajenos, es o es, la "*justa possessio*", basada no ciertamente en una justa causa, sino en la carencia de vicios: "*Nec vi, nec clam, nec praecario.*" Esto parece admitir también EDUARD CUQ (10).

Derecho clásico.—Es en esta época cuando aparecen claramente delineadas las cuatro condiciones típicas de este instituto: *posesión continuada durante un año o dos*, y ésta fundada en una *justa causa* o título (11), y con *buena fe* (12).

En cuanto a los objetos que abarca sufre muchas restricciones (13): no es aplicable más que a las cosas capaces de propiedad civil: a todos los muebles y a los fundos itálicos.

Se le atribuyen dos funciones esencialmente distintas: el poseedor echa mano de la usucapión bien porque ha adquirido una cosa a "*non domino*",

(5) Cfr. P. KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*. Trad. francesa de M. BRISAUD (Momsen, Marquardt, Krueger, "Manual des Antiquités romaines", París, 1887-1907), v. 16, § 1, pág. 11.

(6) STINZING, *Das Wesen der bona fides und titulus in der rom. Usukapions lehre* (Heidelberg, 1852). Citado por BONFANTE, *Corso di diritto romano* (Roma, 1925-1928), vol. 2. La propiedad. Sez., 2, pág. 209.

(7) Cfr. GASPAROL, *Jus civile Romanorum*, v. 3, § 116, pág. 149; S. D'ANGELO, *Jus Digestorum* (Roma, 1928), t. 2, v. 1, n. 116, págs. 149-150.

(8) Esta razón, sin embargo, es rechazada refutando a FERRINI, aunque sigue su sentencia, por PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, c. 1, n. 6, pág. 13.

(9) BONFANTE, l. c., pág. 209.

(10) Ed. CUQ., *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*. Daremberg-Saglio (París, 1877 ss.). Palabra "Usucapio", t. 5, v. 19, pág. 606.

(11) ULPIANO, *Dig.*, 6, 2, 1, pr.; 41, g. 1, pr.

(12) GAYO, 2, 43. GIRARD, *Textes de droit romain* (París, 1923), pág. 256.

(13) Véase Ed. CUQ., l. c., pág. 607.

es decir, de uno que no era propietario o no estaba autorizado para hacer la enajenación, bien porque había adquirido una "*res mancipi*" sin hacer uso de la "*mancipatio*" o de la "*in jure cessio*", transformándose así la "*possessio in bonis*" en dominio quirritario.

La "*praescriptio longi temporis*".—Excluidos de la eficacia de la usucapión los predios provinciales por ser incapaces de propiedad civil, aparece en la segunda mitad del siglo II a. C. n., provocada por las mismas razones sociales que justifican la usucapión, otra institución análoga: la "*longi temporis praescriptio*", que, con plazo de diez o veinte años, tuvo en un principio aplicación exclusiva a los fundos provinciales, aunque después el emperador Caracalla (a. 212-219), que en el mismo año 212 concede el derecho de ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, la extiende también a los bienes muebles. En tiempo de Diocleciano y Maximiano (a. 293) se le concede evidentemente acción vindicativa (14), dándole así virtud de adquirir la propiedad.

① Omitidos otros extremos que no hacen directamente a nuestro tema, tratemos de investigar ahora cómo se protegía la moralidad de esta institución.

Se duda entre los autores si eran exigidos en sus comienzos el justo título y la buena fe (15). En cuanto al primero, parécenos casi fuera de duda que se exigiera, ya que en el Rescripto de Severo y Caracalla del año 199, fecha, a nuestro parecer, no muy posterior a su institución, lo vemos claramente expresado: sólo a los que tienen un justo título se les concede el favor de la prescripción (16). Esto supuesto, ¿qué extraño es que también en sus comienzos se exigiera la buena fe como consecuencia obvia del justo título?

Desde luego Diocleciano y Maximiano (a. 286) nos dicen expresamente: "*Longi temporis praescriptio his qui bona fide, coep'am possessionem, continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari*" (17).

La "*praescriptio longissimi temporis*".—Usucapión extraordinaria se ha llamado también a este instituto de fines similares al anterior por participar, sobre todo después de Justiniano, de ciertos privilegios de la ya cono-

(14) *Cod. Just.*, 7, 39, 8 pr.; *Cod. Just.*, 3, 33, 8.

(15) Desde luego, MODESTINUS, en sus obras acabadas poco después de CARACALLA (KRUGER, *Sources*, pág. 302), especialmente en su tratado "*De Praescriptionibus*" y en su "*Liber singularis de praescriptionibus*", no menciona según los fragmentos que figuran en el *Digesto* (cfr. *Dig.*, 5, 2, 12; 49, 1, 20), ni aun el "*justum initium possessionis*". PAULO, en capítulo (a. 212), en las *Sentencias* (5, 2, 2; GIRARD, *Textes*, pág. 430), sólo nos habla del "*justum initium possessionis*".

(16) GIRARD, *Textes*, pág. 203

(17) *Cod. Just.* 7, 33, 2.

cida usucapión. Su existencia data de la época de Constantino, tal vez de él mismo. Valentiniano y Valente (a. 365) hacen mención de la prescripción de cuarenta años refiriéndose tal vez a Constantino como de quien partió ley en esta materia (18).

Teodosio y Honorio el año 424 establecen la duración de treinta años para todas las acciones así reales como personales (19). La diferencia entre el tiempo asignado por estos Emperadores y la que suponemos determinada por Constantino, puede explicarse o por haber reducido aquéllos a treinta el número de años exigido por éste o por haber establecido él mismo los términos de treinta o cuarenta años según que la prescripción tuviera lugar entre presentes o ausentes.

De esta prescripción no son excluidas ni aun las cosas furtivas aunque sí "*quasi ex natura rei*" deban ser excluidas las "*res extra commercium*" como incapaces de propiedad privada (20). Se extiende en cambio a toda clase de acciones y de derechos (21), y no exige ni título ni buena fe de suyo.

El Derecho de Justiniano.—Poco a poco se iban exigiendo los mismos requisitos para la prescripción que para la usucapión. En el último estadio del Derecho romano justiniano, los dos institutos llenaban las mismas funciones con la sola diferencia del tiempo requerido, y la de ser aplicable a los predios provinciales únicamente la "*longi temporis praescriptio*", la cual además comprendía los bienes muebles desde Caracalla, mientras que la usucapión sólo era aplicable respecto de los inmuebles a los fundos itálicos, esto es, a aquellos fundos que situados en Italia disfrutaban del "*ius italicum*".

Con esto sucedió que en el Oriente, en el que tuvo su último desarrollo el Derecho romano, se echaba mano de la usucapión para adquirir la propiedad de los *bienes muebles* mediante su posesión de un solo año mientras que para los *bienes inmuebles* sólo servía la "*longi temporis praescriptio*" que necesitaba diez o veinte años.

Hechos todos los súbditos del Imperio ciudadanos romanos desde el edicto de Caracalla (a. 212) y reducidos en gran número los fundos itálicos por las invasiones de los bárbaros, las cosas estaban maduras para una reforma. Esta, preparada por sus antecesores, fué llevada a cabo por Justiniano fusionando la "*longi temporis praescriptio*" con la usucapión.

(18) Cfr. *Cod. Just.*, 7, 39, 2.

(19) *Cod. Just.*, 7, 39, 3.

(20) Cfr. *Cod. Just.*, 7, 39, 2: "*Cum lex constantiniana jubeat ab his possessionis initium non requiri.*"

(21) *Cod. Just.* 7, 39, 3, 1; 7, 39, 4, 1; 7, 39, 8.

Respecto de la "*longi temporis praescriptio*" el a. 528 establece el Emperador que tenga la eficacia de trasadar si no la propiedad quiritaria al menos un derecho real equivalente extendiendo a este caso una acción vindicativa (22).

En cuanto a la "*praescriptio longissimi temporis*", establece otro tanto en cuanto al poseedor de buena fe aunque sin título (23). Sólo queda excluido de este beneficio el que adquirió la posesión por violencia.

— Por fin el año 531 suprimida la división de las cosas en "*mancipi nec mancipi*" funde la "*longi temporis praescriptio*" con la usucapion pero prevaleciendo en el conjunto sobre todo para los bienes inmuebles aquélla (24).

Quedó, pues, el nombre cumulativo de "*longi temporis praescriptio*" y usucapion, pero prevalece en el "*Corpus juris civilis*" de Justiniano la primera denominación o la de "*longi temporis capio*" para los bienes inmuebles interpolando los compiladores los textos clásicos que mencionan la usucapion (25), y la segunda para los bienes muebles: lo que ha hecho creer a los posteriores comentadores que la mente de Justiniano era reservar cada uno de los dos tipos para su respectiva clase de bienes (26). El epígrafe: "*De usucapione transformanda*" con que encabeza la Ley indica bien a las claras su intención de que prevaleciera el instituto romano-helénico sobre la antigua "*usucapio*".

Por lo demás las condiciones son las mismas a excepción del tiempo: posesión continuada por tres años para los bienes muebles; diez o veinte para los bienes inmuebles (27) justo título, cosa apta y buena fe.

Concepto de justo título.—Como fruto de un examen detenido, minucioso y profundo de las fuentes del Derecho romano nos hemos inclinado a admitir, desde el punto de vista histórico, la sentencia de BONFANTE que considera la "*justa causa usucapionis*" tal como la exigía la jurisprudencia y legislación justiniana como un exponente del sentido ético de que se iba penetrando el campo de las leves. El título o "*justa causa*" fué introducido como un fundamento positivo de ausencia o lesión de los intereses ajenos por una evolución de costumbres que partió de las XII Tablas que excluían la

(22) *Cod. Just.*, 7, 39, 8, pr.

(23) Cfr. *Cod. Just.*, 7, 39, 8, 1/2.

(24) *Cod. Just.*, 7, 31, 1.

(25) *Dig.*, 41, 3, 26.

(26) Por lo demás, la intención de aplicar indistintamente ambos nombres, y, por consiguiente, con los mismos efectos de la "*usucapio*", lo demuestra el hecho de que bajo el epígrafe "*De Usucapionibus*", en el *Digesto* comprende casos sólo aplicables a la prescripción de diez o veinte años.

(27) Según que sea entre presentes o ausentes, esto es, entre habitantes no de una misma ciudad, como antiguamente (*Cod. Just.*, 7, 33, 12, 1), sino de una misma provincia o distinta.

furtividad, y pasando por la jurisprudencia posterior que establecía un límite negativo todavía, posesión no viciosa: "*nec vi, nec clam, nec praecario*", llegó en los comienzos del período clásico a la exigencia de una conciencia de rectitud moral apoyada en motivos positivos: la "*justa causa usucapionis*".

A nuestro juicio, pues, la "*justa causa usucapionis*" no requiere de suyo sino un motivo con el cual se justifique de un modo positivo la no lesión de los intereses ajenos. Ahora bien, tal estado de conciencia puede ser suscitado por muy variados caminos: basta recorrer las páginas del *Digesto* para convencerse de ello. Como esto podría dar lugar a ciertas arbitrariedades provenientes de la estimativa moral subjetiva de cada individuo, tal inconveniente queda obviado en la mente de la ley, ya que, según el espíritu del Derecho clásico romano, aunque ningún juriconsulto ni ley imperial lo sancione expresamente, la razón que como título de la prescripción puede alegarse es solamente aquella que expresa o tácitamente esté reconocida como tal por el Derecho. He aquí un punto que aunque no contradice el pensamiento de los autores que propugnan el concepto ético amplio de la "*justa causa*", por ninguno de ellos es atendido. Sin embargo, nosotros lo juzgamos imprescindible, atendidas estas consideraciones.

La definición tradicional principalmente en el campo canónico, según la cual el título es un negocio de suyo translativo del dominio, pero anulado por un defecto latente, no es ni mucho menos el concepto adecuado de Derecho romano, desde el momento que encontramos títulos reconocidos expresamente por el derecho sin que tengan la naturaleza de actos adquisitivos de la propiedad, v. g. la "*noxae deditio*". Lo mismo podemos decir de la "*adjudicatio*", "*jusjurandum*", "*res judicata*". Dado que éstos no tengan fuerza constitutiva sino meramente declarativa, lógicamente se ha de concluir que la "*justa causa*" no es un negocio formalmente adquisitivo.

• Ha de tenerse además muy presente en esta cuestión que una de las finalidades de la usucapion con el derecho clásico, era la de conferir la propiedad quiritaria al poseedor bonitario, el cual mediante la "*traditio*" sabía muy bien que no podía adquirir tal propiedad.

La demostración ante la sociedad de no inferir injuria real, y la justificación de que no se tiene afecto de injusticia en la posesión, se puede obtener por otros títulos además de los reconocidos en el derecho con eficacia de "*justa causa*" en orden a la prescripción.

Aun el mismo título "*pro suo*" parece ser una designación genérica aplicable a cada uno de los distintos títulos: esto es, cumulativamente a

aquellos que ya tienen nombre propio, y a falta de él a aquellos cuya existencia se reconoce pero carecen de designación específica (28).

Así deben hacerlo las leyes si no quieren dejar expuesta al criterio variable de cada individuo una noción tan genérica y tan vaga como es la "*justa possessio*". Téngase presente que la "*justa possessio*" en las fuentes clásicas es la *possessio* según el "*jus*", es decir: cuando en un principio no se requería para la prescripción, era la "*possessio non vitiosa, non vi. nec clam, nec praecario*"; cuando se exigió la "*justa causa*", era la *possessio* apoyada en ella, o simplemente la "*possessio bonae fidei*" (29).

Así se explica la singularidad que nos ofrece el título "*pro emptore*" (Dig. 41, 2, 48) en que es desaprobado el título "*pro soluto*" si se hace la "*solutio*" pensando que la cosa es debida por compraventa que no existió. Igualmente el que sea título válido la "*res judicata*", y no lo sea la sentencia de la cual se da apelación todavía.

Así vemos por qué es tenido en cuenta el error de derecho en la prescripción negando al título fundado en "*error juris*" la consideración de "*justa causa usucapionis*"; y no obsta a la "*possessio justa*" o "*possessio bonae fidei*" en orden a la percepción de frutos.

Hay que advertir que en el proceso de generalización—bastantes veces confusión—a que se vio sometido el Derecho romano en el período romano-helénico, no se vio libre el instituto que estamos examinando, como no se libró otro no menos oscuro: el de la posesión. Por eso vemos que al colocar Justiniano el título "*pro suo*" como un género que comprende bajo sí los demás títulos específicos, compra, dote, etc., y definir aquél: "*possessio pro suo talis est cum dominium nobis adquiri putamus*" (Dig. 41, 10, 1, pr.), lógicamente habríamos de rechazar todo otro título que no sea negocio jurídico capaz de trasladar el dominio. Lo que nos descubre una fuente de contradicciones con otros textos clásicos autorizados por su inserción en la misma Compilación de Justiniano (30).

0 CONCEPTO DE LA BUENA FE

En muy diversos campos del Derecho romano encontramos expresada la necesidad de una buena fe. En efecto, nos hablan de ella la fuentes al

(28) Acerca de la evolución de este oscuro título véase el estudio de ALBERTARIO "*La possessio pro suo et pro alieno*" en *Studia et documenta historiae et juris* (Roma, 1935), v. 1, páginas 290-298.

(29) Cfr. ALBERTARIO, *Estudi de Diritto romano*, v. 1. Persona et familia (Milán, 1933), página 241 ss.

(30) Véase ALBERTARIO, l. c., t. 1, fasc. 2, págs. 290-298., el cual, sin embargo, se mantiene en una discreta reserva en cuanto a prejuzgar este punto y su paralelo de la buena fe. Sería interesante un estudio simultáneo de la evolución conceptual de la buena fe y de la posesión en sus relaciones mutuas.

tratar: a) de la adquisición de la “*manus mariti*”—matrimonio putativo—; b) especificación; c) “*condictio indebiti*”; d) evicción; e) reivindicación; f) “*petitio haereditatis*”; g) contratos; h) adquisición; i) acción publiciana; j) usucapación y prescripción. No hacemos mención de la costumbre ya que su introducción en este instituto data de los primeros glosadores del Derecho canónico.

Prescindiendo por ahora de los demás, trataremos de investigar su naturaleza en relación con la usucapación y la prescripción: ¿en qué consiste la buena fe que el Derecho clásico y justiniano exigen para prescribir?

Cuestión ésta a primera vista ociosa y no digna de particular atención puesto que en el mismo cuerpo legal encontramos expuesta su definición:

• “*Bonae fidei emptor esse videtur—dice MODESTINO (31)—, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.*”

Mas aparte de que tal definición sólo se refiere a la compraventa y que por lo mismo no se puede sin más generalizarla para los demás casos, ¡qué verdad resulta que “*omnis definitio in jure periculosa*”! Fiados de ella, la mayor parte de los AA. no han parado mientes en las múltiples excepciones a que lo restringido de su expresión da lugar. Otros, si se han fijado en ellas, no se han esforzado por hallar un concepto común a todos los casos, y se han contentado con estamparla al comienzo de su disertación.

Unos pocos, sobre todo en la época moderna, con esfuerzos dignos de mejor éxito, lo han pretendido, pero con todo aún queda camino expedito para unificar y coordinar los elementos que han aportado concretando más su significado.

He aquí las principales SENTENCIAS:

• 1.ª El concepto más vulgar y corriente entre los juristas hasta el siglo pasado, identificado casi con las aplicaciones concretas que nos ofrecen la mayoría de los textos clásicos, queda expresado con las dos palabras que posteriormente han quedado como estereotipadas: *la buena fe es la “opinio dominii”*; un error, una falsa creencia que el usucapiente tiene de haber llegado a ser propietario de la cosa. MOLLENTHIEL (32) se adhiere aún a esta teoría, según la cual debe el usucapiente ignorar que necesita de la usucapación para llegar a hacerse dueño de la cosa. A su vez, llega a identificar casi el título con la buena fe, haciendo del primero un requisito indispensable de ésta.

(31) *Dig.*, 50, 16, 109.

(32) MOLLENTHIEL, *Ueber die Nature des gutes Glaubens*. Citado por RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione* (Torino, 1892), § 18, pág. 166.

2.ª Una modalidad algún tanto más mitigada de la sentencia anterior, pero ante todo discurrida para evitar los inconvenientes de la misma, está constituida por la teoría de un gran sector de decretalistas, que propone como definición adecuada la que nos da Modestino, o sea la creencia de adquirir del propietario o de otro que tuviera facultad de enajenar. A este concepto parecen acogerse, aun entre los romanistas modernos, WACHTER (33), WANGEROW (34), etc. Para éstos la buena fe siempre representa un error, aunque excusable; la buena fe en el campo de las obligaciones nada tiene que ver con aquella otra de los derechos reales.

3.ª STINTZING (35) fué el primero que torció la cuestión por otros derroteros más seguros, partiendo la misma iniciativa y casi al mismo tiempo también de SCHEURL (36), y secundándoles con gran energía más tarde PRUNS (37), en controversia con WACHTER.

Por obra de BRUNS, la cuestión se plantea de la siguiente manera: la buena fe, ¿debe ser concebida desde el punto de vista psico lógico o desde el punto de vista ético? Esto supuesto, razona BRUNS bajo el aspecto psicológico, la buena fe no es más que una simple creencia, una convicción. Desde el punto de vista ético, indica honestidad, buena conciencia, rectitud en el obrar... Ahora bien: el legislador puede asumir cualquiera de estas dos nociones. El legislador romano ha consagrado en sus leyes el concepto ético. Dan testimonio de ello los mismos términos "*fides, bona fides*", que significan un contenido moral de tal modo que la especie concreta de buena fe no se puede reducir a un mero error. La buena fe, ya aparezca en el campo de los derechos reales, ya en el de las obligaciones, representa siempre un mismo concepto. Apoya esta afirmación en que la usucapción se funda casi exclusivamente en el título de contrato: la expresión "*bonae fidei emptor*" ocurre en las fuentes casi tantas veces como la de "*possessor bonae fidei*".

Según PERNICE, los jurisconsultos romanos, si descontamos a Pomponio, dan en definitiva pre-valoración al concepto psicológico sobre el ético. Rechaza este autor de plano la identidad de la buena fe en los dos campos jurídicos ya enunciados.

BONFANTE, que en este punto profundizó tanto y tan acertadamente como en el resto de la materia sobre prescripción romana, reúne las mis-

(33) WACHTER, *Die bona fides in besonder der Erstintzung* (Leipzig, 1871). Citado por RUFFINI. *La buona fede in materia di prescrizione*, § 18, pág. 166.

(34) WANGEROW, citado por GASPAROL, *Jus civile*, v. 3, pág. 148, nota 8.

(35) STINTZING, *Das Wesen der bona fides und titulus in der Rom. Usukaptonslehre*. Citado por RUFFINI, l. c., § 18, pág. 166.

(36) SCHEURL, *Beitrage* (Erlangen, 1854), v. 2, pág. 29. Citado por BONFANTE, *La proprietà*, v. 2, pág. 244.

(37) BRUNS, *Das wessen der bona fides*. Cfr. BONFANTE, l. c., pág. 245.

mas ideas de Bruns, concretándolas más por su parte. Afirma que el concepto vulgar de la buena fe "é sempre un'idea ètica", que significa "*la schietta osservanza dell proprio dovere nella relazioni coi propii simili*" (38). Este concepto popular, al ser trasladado por el legislador al campo estrictamente jurídico, no ha sufrido transformación alguna.

Mas esta idea genérica de honesto comportamiento, que significa 'a buena fe, toma distintas significaciones concretas según los distintos objetos a que tiene aplicación. Al referirse, pues, en la usucapión a la aprehensión de la posesión, implica que en la mayor parte de los casos se crea al dador de la cosa propietario o su mandatario: creencia que es el "*presupposto normale della buona fede nell'usucapione*".

El concepto psicológico y el ético están en una relación de causalidad, no de antítesis. Respecto del grado de honestidad, requiere ausencia de dolo, pero no de la simple culpa: se opone en las fuentes a la buena fe el dolo, no la culpa, cuyo opuesto es la diligencia, algo más que la buena fe.

¿QUÉ DECIR DE ESTAS SENTENCIAS?

Existe una abundancia extraordinaria de textos en que se afirma o se supone consistir la buena fe en la creencia de haber llegado a ser propietario de la cosa (39). Mas esto no prueba sino que tal creencia es el presupuesto normal de la buena fe, no su esencia.

Para la recta solución de la cuestión hay que tener en cuenta:

a) Históricamente consta que, aun después que se introdujo la necesidad de la buena fe para la prescripción y la usucapión, ésta todavía llenaba el cometido de transformar la "*possessio in bonis*" en propiedad quiritaria. No podría, pues, consistir simplemente la buena fe en la creencia de ser la cosa propia, pues se sabe ciertamente que la cosa es propia "*ex bonis*" solamente y que, por lo tanto, se necesita de la usucapión para convertirla en propia "*ex jure Quiritium*"; en este caso, por lógica consecuencia, la buena fe habría de consistir en creer la cosa propia "*ex jure Quiritium*", lo que contradice manifiestamente a las fuentes.

b) Hay que tener presente además, como hemos comprobado en el párrafo anterior, que el título apto para la prescripción no consiste solamente en un acto jurídico translativo del dominio, pero ineficaz, por impedirlo un vicio oculto: el Derecho romano admite también como títulos ap-

(38) BONFANTE, *La proprietà*, v. 2, pág. 246.

(39) Omíttimos hacer cita especial por ser muy numerosos los textos.

tos actos que de suyo no transmiten el dominio, sino que solamente justifican la posesión de la cosa. Mal, pues, se puede exigir "*opinio dominii*" en virtud de un acto que no lo transmite. Así, por ejemplo, en el caso en que un dueño posea el siervo de otro que le ha sido entregado como reparación por el daño que éste ha causado, el nuevo dueño puede llegar a hacerse con él por la "*longi temporis praescriptio*", aunque sabe que tal siervo no le pertenece en propiedad: "*Usu quoque me capturum quamvis sciens alienum possideam*" (40). Dígase lo mismo del ciudadano perjudicado a quien se resarce del daño causado con la posesión de la cosa ajena: ésta puede llegar a pertenecerle en propiedad aun a sabiendas de que es de otro (41).

c) Pero es que además, aun en casos en que el título es un negocio jurídico adquisitivo, se afirma expresamente existir buena fe sin conciencia de dominio. Tal sucede con el título "*pro emptore*", en que a veces no obsta el saber que uno no se ha hecho dueño de la cosa; v. gr.: *Dig.* 41, 3, 44, 4:

"Filius familias emptor alienae rei, cum patremfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit?..."

d) La prescripción, así como la usucapión, si bien se aplican principalmente, no empero exclusivamente, a las cosas corporales capaces de dominio (42); prescindiendo del derecho antiguo, en la época clásica y romano-helénica se adquiría por prescripción la libertad de la servidumbre, tanto personal como real: rústica o urbana.

Pues bien, aunque para las servidumbres reales no se requería buena fe (43), sí para liberarse por prescripción de la esclavitud: "*Mala fide morato in libertate diu prodesse non potest temporis praescriptio*" (44). Hal se podrá, sin embargo, aplicar en este caso la idea de dominio a la buena fe.

¿Qué decir, en consecuencia, de las sentencias anteriores? Con la exposición de los principios que anteceden quedan suficientemente refutadas las dos primeras. Sólo hemos de añadir, por lo que respecta a Wachter,

(40) *Dig.*, 9, 4, 28.

(41) *Dig.*, 30, 2, 15, 16.

(42) Así *Dig.*, 41, 3, 9.

(43) En el caso de las servidumbres rústicas ni aun los vicios de violencia, etc., se excluyen. Véase *Dig.*, 41, 3, 4, 26/28.

(44) *Cod. Just.*, 7, 22, 1 (Dioclet. et Maxim., a. 300). Véase además la constitución de estos emperadores del a. 293 (*Cod. Just.*, 7, 22, 2).

etc., que el error no es un estado subjetivo necesario siempre para que exista la buena fe, como puede colegirse de la consideración de los títulos que no son actos traslativos de dominio; v. gr.: la "*noxae deditio*". Es más exacta que la sentencia primera, pero no es del todo verdadera.

La tercera va por el camino de la verdad, si bien podría ser precisada más aún en sus contornos. La buena fe, pues, admitimos con ella, lo mismo en los contratos que en la prescripción expresa un concepto ético común de honestidad, rectitud, justicia, si bien al concretarse en cada uno de estos campos revisten modalidades distintas.

Siempre implica, sostenemos con WINDSCHEID (45), conciencia directa o refleja de no lesionar con nuestra posesión los derechos ajenos. El concepto psicológico, bien entendido, sin que signifique forzosamente creencia de dominio, la integra siempre, como acompaña siempre la conciencia moral todas las acciones humanas; más aún, lo específico de la buena fe es esta creencia de no lesionar los derechos de otro.

No tenemos, pues, ningún inconveniente en admitir el elemento psicológico en cuanto implica conciencia, no de dominio, sino de "*justa possessio*".

El concepto genérico de rectitud y honestidad fué tomado del lenguaje y uso popular, en el que su opuesto es el dolo y la perfidia. Mas si bien al adoptarlo los juristas no le imprimieron modificación ninguna, como decíamos antes, esto no obsta para que, andando el tiempo, se elaborara, envuelto en la misma expresión, un concepto técnico algún tanto dispar en el campo de las obligaciones y de la prescripción. Y en esto es en lo que ya no estamos de acuerdo con BONFANTE.

Hay que ver si en los dos campos incluyen idéntico grado de moralidad. Esto nos proponemos examinar a estudiar las relaciones de la buena fe con el dolo y el error.

LA BUENA FE Y EL DOLO

No cabe duda que la buena fe fué tomada por el legislador del uso popular teniendo un mismo e idéntico alcance, ya se tratara de contratos o de prescripciones. Mas no siempre fué así.

En efecto, desde el derecho antiguo existía la distinción entre "*negotia stricti juris*" y "*negotia bonae fidei*". Mientras en virtud de aquéllos se salía responsable solamente del objeto expresado en el contrato, en éstos

(45) WINDSCHEID, *Pandekten*. Trad. Ital. Fanda-Besta (Roma, 1925), v. 1, n. 172, pág. 162.

se trataba, además, de responsabilidad sobre todo aquello que debía prestarse "*ex bona fide*": "*Quidquid dare, facere oportet e' fide bona*". Ahora bien: ¿hasta dónde se extendía este último género de responsabilidad? ¿Qué se consideraba opuesto a la buena fe?

MITTEIS (46) fué el primero que estudió el proceso histórico seguido en este punto hasta llegar al "*Corpus Juris Justinianei*". Hace notar que al principio la responsabilidad se limitaba al dolo, con lo cual se explica el carácter infamante de las "*actiones doli*" resultantes de estos contratos: el hecho de no poner la diligencia debida no basta para sellar de infamia al deudor. En el transcurso de la época clásica se extiende la responsabilidad por diligencia a la tutela y a la sociedad.

En los últimos siglos de la República había aparecido una serie de "*negotia bonae fidei*" (*commodatum, negotiorum gestio*), en que el deudor asume, además, el deber de diligencia por la naturaleza misma del contrato: en ellos la responsabilidad por dolo se interpreta muy elásticamente, comprendiendo cuanto sea contrario a la lealtad propia de todo contrato (47).

Al dolo se equipara especialmente la postergación de los intereses ajenos al otro contratante confiados: omisión de la diligencia "*quam in suis rebus adhibere solet (culpa)*".

ADRIANO (48) estableció la responsabilidad por diligencia para todos los "*bonae fidei negotia*" en que "*utriusque contrahentis commodum versatur*". Finalmente, JUSTINIANO (49), en su Compilación, equiparando al dolo la "*culpa lata*", suprime todas las antiguas discrepancias históricas sobre responsabilidad en los "*bonae fidei negotia*": aunque hay algunos casos en que el contratante debe desplegar una "*summa diligentia*" en el cumplimiento de las obligaciones concertadas y velar por la indemnidad de la cosa si sobre ésta recae la obligación, respondiendo hasta de la "*culpa levis*". Generalmente sólo se responde de dolo y de la culpa grave a él equiparada.

Vemos, pues, por este escarceo histórico que lo que se toma como opuesto a la buena fe, si bien en un principio es solamente el dolo, más tarde puede serlo hasta la "*culpa levis*".

(46) MITTEIS, *Rom. Privatrechts*, v. 1, pág. 315 ss. Citado por SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, n. 61, pág. 347, nota 2. Véase, sin embargo, WAZNY, G., *Svolgimento della responsabilità per culpa nel diritto romano* (Acta Congressus Juridici Internationalis, Roma, 1935-1937, v. 1, págs. 343-357). Sus diferencias con MITTEIS no disminuyen el paralelismo que intentamos establecer.

(47) MITTEIS, l. c., v. 1, pág. 317 ss.

(48) *Dig.*, 30, 108, 12.

(49) *Dig.*, 50, 16, 226. Véase, sin embargo, con qué cautela recibe D'ANGELO esta equiparación (*Jus Digestorum*, t. 1, pars generalis, pág. 622, n. 818).

¿Es posible una evolución similar y paralela del concepto de la buena fe en el campo de la prescripción? El estudio está todavía por hacer. Como no es de nuestra incumbencia, además de que nos lo impone así la brevedad de este artículo, hemos de contentarnos con establecer, deduciéndolos de las fuentes justinianeas, los siguientes principios:

1.º La buena fe excluye el fraude y el dolo en materia de prescripción (50).

2.º No toda clase de culpa se opone a la buena fe. Así se deduce de todos aquellos lugares en que se repite: "*Imprudens emisti et bona fide usucepisti*", o parecidos (51).

3.º Hay ciertos casos en que, sin llegar a constituirse el dolo, se expresa existir mala fe; v. gr.: cuando se compra contra la prohibición de la ley (52).

4.º Hay un caso, el de la adquisición por prescripción de la libertad personal, en que ciertamente la buena fe excluye sólo el dolo, sin que baste sólo la culpa (53).

EL ERROR DE DERECHO

Examinando el concepto ético-psicológico de la buena fe obtenido por inducción de las mismas fuentes, forzoso es convenir en que ésta, según la noción del Derecho romano, es la "*possessio justa*": sin inmoraldad.

Sin embargo, para que exista tal "*possessio justa*" se requiere en la mayoría de los casos (no siempre, v. gr., en la "*noxae deditio*") que se ignore la ausencia de un requisito, sea por error de hecho, sea por error de derecho. Si uno compra, por ejemplo, a un pupilo sin la autoridad del tutor, pero por creer que es mayor de edad, se da error de hecho; mas si omite dicho requisito, por pensar que no lo exige el derecho, habrá error de derecho. En ambos casos el comprador únicamente podrá justificar la posesión de la cosa comprada gracias a un error.

Como quiera que la conciencia en ambos casos es idéntica, es decir, se cree que se posee justamente, la buena fe subsistirá igualmente.

Buen cuidado tienen los jurisconsultos de no mentar la buena fe al tocar este punto. Más aún, su independencia de la buena fe se hace patente por un texto de ULPIANO:

(50) *Cod. Just.*, 7, 33, 6.

(51) Véase *Dig.*, 12, 1, 31, 1; 18, 1, 24; 40, 12, 11, 3; 3, 5, 18, 3.

(52) Cfr. *Cod. Just.*, 11, 47, 7; *Dig.*, 18, 1, 27; 6, 2, 13, 2; 6, 2, 7, 12 ss., etc.

(53) *Dig.*, 40, 12, 11, 3. Esta misma posesión se considera en buena fe por la ley 10 del mismo título y se relaciona con la prescripción en *Cod. Just.*, 7, 22, 1/2.

“Si quis id quod possidet non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat praescriptio” (54).

Pero ¿tendrá eficacia en ambos casos igualmente la prescripción? ¿Es justa en realidad tal posesión?

Nos encontramos con un doble hecho: las fuentes constantemente rechazan la validez de la prescripción a la que da origen un error de derecho, concediéndola, por el contrario, a la prescripción en que interviene el error de hecho. Los casos concretos que confirman este aserto son innumerables (55); la regla general se encuentra muy bien enunciada en un fragmento de POMPONIO.

“Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat” (56).

En cuanto a la explicación del hecho, nos adherimos a la mente de SAVIGNY (57), según la cual el error impide la validez o no, de conformidad con los principios generales sobre influencia del error: todo error supone una negligencia: si aquél es de un hecho, sobre todo, ajeno, resulta fácilmente excusable; de ahí que no impide la usucapión. Si, por el contrario, es de derecho, como éste difícilmente se puede excusar, a no ser que descansen sobre principios dudosos o se trate de personas privilegiadas, se niega valor a la prescripción.

— Late aquí una cuestión muy debatida modernamente: ¿a quién afecta el error, a la buena fe o al título? Comúnmente se ha sostenido que a la buena fe. De ahí los esfuerzos de los canonistas y de todos los partidarios de esta teoría para establecer dos clases de buena fe: civil y natural.

SAVIGNY, en cambio (58), lo refiere al título. BONFANTE (59) parece que también.

Por nuestra parte, pensamos que la buena fe, conciencia de la justa posesión, resulta *ordinariamente* de dos elementos: uno objetivo, acto o negocio jurídico, y otro subjetivo, ignorancia de hecho o de derecho. Ninguno, sin embargo, de estos tres elementos es absolutamente necesario, como

(54) *Dig.*, 41, 3, 32, 1.

(55) Véase, por ejemplo, *Dig.*, 41, 4, 2, 15; 18, 1, 27; 6, 2, 13, 2; 6, 2, 7, 12 ss.; 41, 3, 3, 31/32, etc.

(56) *Dig.*, 22, 6, 4.

(57) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Apéndice VIII al CXV, vol. 2, pág. 414, principalmente en los números XV y XVI. Es un estudio profundo de la influencia del error en los distintos sectores del Derecho.

(58) SAVIGNY, l. c., pág. 412.

(59) BONFANTE, *La propiedad*, vol. 2, pág. 248.

no lo es el título para que se pueda dar tal estado de conciencia. Pero sí algunas veces es necesario que existan uno o los tres a la vez. Así, pues, cuando en el negocio jurídico existe un vicio que lo invalida, no podrá invocarse éste como justa causa, dándose ignorancia del derecho, porque es difícilmente excusable. Sin embargo, tal estado de conciencia subsiste independientemente de la causa que lo ocasionó. Así se explica por qué en el caso de la "*haereditatis petitio*", en que no se tiene en cuenta la "*justa causa*", no obsta el error de derecho a la adquisición de los frutos, siendo, en cambio, necesaria la buena fe (60).

Concluimos, pues, que el error es una circunstancia independiente de la buena fe; pero aunque sea un elemento meramente subjetivo, tiene una relación más directa con el título que con la buena fe.

No perdamos de vista la observación hecha al hablar de la "*justa causa usucapionis*". Como paralela a ella, la buena fe no se libró del proceso de generalización obrado en casi todos los campos del Derecho durante el período romano-helénico. Intimamente relacionada con la posesión, sufrió idéntica evolución que ésta.

En el derecho justiniano no se reconoce más título que el "*pro suo*"; todos los otros están comprendidos bajo esta denominación común. Lo cual quiere decir que la "*justa causa*" debe ser un negocio de suyo adquisitivo de la propiedad.

Asimismo, no hay más posesión civil (ésta es la que únicamente sirve para la usucapión) que la del propietario o de quien se cree tal (61). Por lo tanto, la buena fe no podrá existir sin esa misma creencia, resultando así la siguiente correlación:

P O S S E S S I O

civilis—naturalis,
pro suo—pro alieno
animo—corpore
bonae fidei—males fidei.

La posesión del primer grupo es siempre con creencia de ser propietario. La del segundo grupo es la del que o no es propietario o no se cree serlo.

(60) Cfr. *Dig.*, 5, 3, 25, 6 ss.

(61) Véase ALBERTARIO, *I fattori della evoluzione del Diritto romano postclassico e la formazione del Diritto romano Giustiniano* (Introduzione Storica allo Studio del Diritto romano Giustiniano", part. I (Milán, 1935), cap. 4, pág. 81-133; principalmente en la pág. 93).

Igual oposición existe entre el título "*pro suo*" y el título "*pro alieno*". Con esto prevalece, si no mediante una sanción legal expresa, por lo menos con el reconocimiento impreso en el espíritu de la legislación, la concepción netamente psicológica de la buena fe como "*opinio dominii*". Idea que dominará en toda la Edad Media en una gran parte del campo canónico.

Y damos aquí por terminada nuestra incursión en el campo de las leyes, no sin hacernos cargo de la observación del decretista RUFINO en su enfática introducción a esta misma materia de la prescripción, "*quia Decretorum nauta rauce ejulat, dum forte serena cantat*" (62).

CONCLUSIÓN

En el derecho clásico, la "*justa causa usucapionis*" no es un negocio traslativo del dominio, como quieren los juristas más antiguos, ni se identifica con la buena fe, sino que es aquella circunstancia o hecho que, reconocido por el "*jus*", justifica de una manera positiva la tenencia o aprehensión de la posesión de la cosa en orden a la usucapión. Igualmente, la *posesión de buena fe* no es una simple "*opinio dominii*", sino que es la creencia de tener una "*justa possessio*". El grado de moralidad o rectitud que de hecho incluye en la mayor parte de los casos esta justa posesión es la ausencia de dolo y no de la simple culpa. La ignorancia de derecho impide la usucapión, no por constituir al ignorante en mala fe, sino por negársele tal beneficio, de acuerdo con los principios generales del Derecho, según los cuales no es fácilmente excusable.

En el derecho justiniano, tanto la justa causa como la buena fe evolucionaron en el sentido de ser aquélla un negocio traslativo del dominio y ésta la creencia de ser propietario.

Veamos ahora la aceptación que tuvo esta doctrina en el seno de la Iglesia y los elementos que asimiló de ella.

II

LA PRESCRIPCIÓN ECLESIASTICA HASTA GRACIANO

Nos proponemos ahora examinar la posición que adoptó la Iglesia, como guardián nato de la moralidad, frente a una institución que por su natura-

(62) RUFINO, *Summa*, Ed. Schulte, pág. 318. Citado por RUFFINI, *La buona fede*, § 5, páginas 23-24, nota 11.

leza está íntimamente ligada a ella, de tan frecuente aplicación en las relaciones jurídico-sociales, y cuya elaboración postrera en el campo romano coincide con el nacimiento y primeros pasos de los organismos legislativos eclesiásticos.

Mas antes de pasar adelante recordemos en síntesis, y sólo en lo que concierne más directamente a nuestro tema, las vicisitudes por que atravesó este instituto desde su origen con las XII Tablas hasta su edad adulta y plasmación definitiva con las leyes del Emperador Justiniano:

a) *Derecho antiguo*.—Aparece en las XII Tablas la *usucapion*, que se aplica a los fundos itálicos (plazo de dos años) y a los bienes muebles y otras cosas, v. gr.: la "*manus mariti*", etc. Desde muy antiguo se exige título y buena fe.

b) *Derecho clásico*.—No hay variación en cuanto a la *usucapion* si no es por lo que atañe a la de un año que queda de aplicación exclusiva a los bienes muebles.

Aparece hacia el año 190 la "*longi temporis praescriptio*", con plazo de diez o veinte años para los predios provinciales. Desde el año 212 también se extiende su uso a los bienes muebles, y desde el 286 ciertamente se exige buena fe y título y se le protege con una acción vindicativa.

A partir del siglo IV, tal vez desde Constantino el Grande (años 306-337), toda clase de acciones debe ser ejercitada dentro del plazo de treinta o cuarenta años: quedan si no extintas por la "*longissimi temporis praescriptio*", que no exige título ni buena fe ni excluye los vicios posesorios.

c) *Derecho justiniano*.—El año 528 vindica el carácter adquisitivo a la "*longi temporis praescriptio*". El mismo favor concede a la prescripción tricenaria en el caso de gozar de buena fe, aunque no de título.

El año 531 fusiona la *usucapion* y la "*longi temporis praescriptio*", y resulta: plazo de tres años para los bienes muebles; diez o veinte para los inmuebles. Tal género de prescripción exige cosa apta, título y buena fe.

La Iglesia, que con su expansión territorial iba adquiriendo también vida y actividad jurídica al mismo tiempo que se elaboraba el Derecho romano en su fase postclásica, más que hacer nuevas creaciones tendió a adoptar, aun para su fuero, los institutos jurídicos de origen sobre todo romano, no sin imprimirles su sello moralizador. Tal se deduce, en cuanto a la prescripción, examinando las Leyes de Justiniano (primera mitad del siglo VI), los Capitulares de los Francos (siglos VIII-IX) y los Concilios españoles del siglo VII, aparte de otros Concilios y de las Epístolas de los Romanos Pontífices en lo que va del siglo V al IX. Nos encontramos con que la Iglesia adoptó esta institución de las "*Venerandae romanae leges*

divinitus per ora principum promulgatae”, como llamaba el Papa Juan VIII (año 874) a las Leyes romanas (63). No es extraño que la Iglesia aceptara en este punto el Derecho romano, ya que, por lo menos en los pueblos de las Galias e Italia hasta los germanos que se dedicaban al estado eclesiástico, se ajustaban a la Ley romana según el precepto de la Ley Sállica “*secundum legem romanam ex qua Ecclesia vivit*” (64).

El año 451, del 8 de octubre al 1 de noviembre tuvo lugar en la iglesia de Santa Eufemia, de Calcedonia, un Concilio, que por la numerosa asistencia de Prelados (más de quinientos, orientales en su inmensa mayoría) adquirió la categoría de ecuménico. Convocado por el emperador Marciano y ratificado por el Papa San León el Grande, se propuso acabar de una vez las disputas sobre la Encarnación contra Eutiques. Su canon 17 es el primer documento eclesiástico que nos hace luz sobre la materia. En él se nos habla del derecho de las iglesias a las parroquias del campo, retenidas durante treinta años, sin invocar, empero, para ello ley alguna eclesiástica o civil. Canon importantísimo, en el que, del mismo modo que en las leyes civiles, se apoyarán todas las disposiciones posteriores del Derecho eclesiástico sobre prescripción. En él se encierra una aceptación implícita de la prescripción trentenal de Teodosio, al dar eficacia al transcurso de treinta años para tutelar al Obispo en la posesión de las parroquias que han estado bajo su gobierno dentro de ese tiempo. Para nada se nombra la buena fe; sólo se excluye explícitamente el caso de violencia.

El año 530, el Emperador Justiniano había concedido a las Iglesias orientales el privilegio de que sólo se pudiera hacer valer contra ellas en materia de legados, etc., la prescripción de treinta años (65). Esta misma prerrogativa, y seguramente que en un ámbito mayor por lo que respecta la materia, la extendió el año 535 a todas las Iglesias occidentales (Novella, 9). El plazo de tiempo, sin embargo, que antes había sido ampliado a cien años, es reducido en los años 541 y 545 a cuarenta años para las Iglesias, monasterios y lugares píos, pudiendo, en cambio, ellos defenderse con la prescripción trentenal (Nov., III, a. 541, y Noc., 131, c. 6, a. 545).

La doctrina que todas las fuentes eclesiásticas nos ofrecen, aun después de Justiniano, es casi idéntica y sólo se observan discrepancias apreciables en cuanto a la *duración del tiempo requerido*. Para la explicación de este fenómeno hay que tener en cuenta un punto de vista que ha pasado desapercibido en la investigación sobre esta materia. Este es la escasa

(63) C. 4, C. 1, q. 3.

(64) Lex Ripuaria, 58, 1.

(65) Cod. Just., 1, 2, 23.

influencia que el Derecho estrictamente justiniano ejerció durante este período en el Occidente (Africa, España, Galias, parte de Italia). La recepción de la Ley de Justiniano en el Oriente se verificó sin dificultad alguna, como puede verse por las Colecciones de Leyes Imperiales y de Nomocánones (66). Pero la "*Lex romana Wisigothorum*", única forma en que se perpetuó el Derecho romano durante la primera mitad de la Edad Media en los países que abarcaba el antiguo Imperio de Occidente, hasta que vino a hacerle competencia y triunfar de ella el Derecho justiniano, se hizo en fecha anterior a Justiniano. Esta competencia y este triunfo se puede observar aún en cuanto a la duración de la prescripción canónica.

El no admitir las Leyes del Emperador sobre materia eclesiástica era debido, sin duda, al carácter local que en la mentalidad de los pueblos occidentales tenían las Leyes justinianas, y no precisamente por considerar injuriosa la intervención del Emperador para legislar en materia eclesiástica. La obra del Emperador era favorable a la Iglesia en un tiempo en que todavía no se había desarrollado prácticamente el poder legislativo del Papado. Por eso fué aprobada por el Papa su legislación (67).

Como quiera, pues, que, fuera de ciertas discrepancias en lo que afecta al tiempo, la doctrina permanece invariable durante todo el período, vamos a dar un resumen de las ideas más interesantes:

a) En todos los documentos *eclesiásticos* es exigida indefectiblemente la *duración de treinta años* hasta el año 591, en que el Papa San Gregorio, en las instrucciones que da a su Legado en la causa sobre límites del monasterio de San Teodoro, de la ciudad de Panormia, requiere cuarenta años (68). El mismo término de cuarenta años es invocado en la célebre controversia entre el Obispo de Arete y el de Siena (69), mientras el Concilio Beneventano (a. 1113) nos habla de posesión tricenaria o cuadrage-naria (70).

(66) PITRA, *Juris Ecclesiastici graecorum Historia et Monumenta*, v. 2 (Roma, 1864-1868). página 387. Acerca de la recepción de los Concilios orientales en el Occidente véase MAASSEN, *Geschichte der Quellen und Litteratur des can. Rechts*, v. 1 (Graz, 1870), págs. 65 y ss. HEFFEL-LECLERQ, *Histoire des Conciles* (Paris, 1907-1931), v. 3, 1.149-1.200.

(67) BIONDO-BIONDI, *Religione e Diritto Canonico nella legislazione di Giustiniano* (Acta Congressus Juridici Internationalis) (Romae, 1935), v. 1, págs. 99-117; principalmente páginas 110 y 112.

(68) C. 2, C. XVI, 4. En este testimonio se apoyó Graciano para señalar en su concordancia el término de cuarenta años como único que se puede hacer valer contra los monasterios.

(69) Epist. de LEÓN IV (a. 853); MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* (Paris y Leipzig, 1901-1927), 15, 30 d.

(70) HARDUIN, *Acta Conciliorum et Epistolae Decretales ac constitutiones SS. Pontificum* (Paris, 1714-1715), t. 6, pag. 2, cl. 1.921 c.

Fuera, sin embargo, de estas excepciones, se exigen constantemente, aun después de Justiniano, solamente treinta años (71).

E' año 874, el Papa Juan VIII vindica la prescripción de cien años para la Iglesia Romana (72).

b) La *materia* a que se aplica la prescripción es casi exclusivamente sobre límite de diócesis (73) o de parroquias (74). Lugares hay, sin embargo, que permiten extenderla ilimitadamente (75). El Concilio Trenorciense (a. 1115) resue've por medio de la prescripción el derecho a ser catedral discutido entre dos iglesias (76).

c) Se niega el efecto de la prescripción cuando se trata de posesión violenta o furtiva (77) clandestina (78) y precaria (79).

d) El favor del postliminio se hace valer para la pertenencia del territorio de una parroquia retenido por otra durante la guerra (80).

e) Hay documentos en que se insinúa el *carácter* adquisitivo de toda prescripción (81), aunque abunden más los textos que se pueden interpretar refiriéndolo solamente a la prescripción de la acción judicial o emplean frases vagas o ambiguas (82).

f) *La buena fe*: De los documentos que hemos podido examinar, solamente la *Suma de Praga* (83) expone su noción y necesidad para la *usucapición*, en general, sin apartarse de la doctrina romana. *Este texto nos

(71) Omitimos citar los Concilios, pero parece ser que el término de cuarenta años predomina en las fuentes laicas, sobre todo en las más recientes.

(72) C. 4. C. XVI, q. 3. El Papa San Gregorio, en una carta escrita el año 591 para componer un litigio sobre límites de un fundo perteneciente a la Iglesia Romana, tolera la prescripción cuadragesaria sin mencionar la centenaria, en contra de la misma Iglesia Romana (JAFÉ, 1076).

(73) Cfr. Conc. de Mérida, a. 666, c. 8. (TEJADA, *Cánones de la Iglesia Española* (París 1859), v. 2, pág. 709); Conc. de Valari en Etruria, a. 715 (M^sl. 12, 523 c), etc.

(74) Cfr. Conc. Hispal. II, a. 619 (c. 13, C. XVI, q. e); Conc. Benevento, a. 1113 (HARDUIN, t. 6, pág. 2, cl. 1.921 c), etc.

(75) Capitular de Worms, a. 829, c. (Mansi 17 B, 665), etc.

(76) Mansi 21, 141. Se acomodan más a los términos asignados por Justiniano las fuentes laicas que las eclesiásticas, así como también, según veremos después, son más explícitas en cuanto a la cuestión de la buena fe.

(77) Los Concilios españoles se muestran más laxos en esta materia. Cfr. Conc. Mérida, a. 666. TEJADA, o. c., v. 1, pág. 709. Conc. Hispal. II, a. 619, c. 2; AGUIRRE, *Collectio Conc. Omnium Hispaniae* (Romae, 1693), v. 2, pág. 463. Tolet. IV (a. 633), cc. 3-4, C. XVI, q. 3. Parece que en España se ignoraba el Derecho romano de Justiniano, por lo menos hasta San Isidoro (s. VII). Los Concilios españoles de la alta Edad Media trataron de aplicar las Leyes romanas y concordarlas con el Breviario de Alarico. Véase VAN HOVE, *Prolegomena*, n. 214, pág. 226.

(78) Epíst. de LEÓN IV, a. 853. Mansi 15, 30.

(79) Conc. I de Orleans, c. 25, a. 250 (c. 12, C. XVI, q. 3).

(80) Conc. Hispal. II (c. 13, C. XVI, q. 3).

(81) Los Concilios emplean frases como éstas: "In jus proprietatis suae posse transcribere; in dominio et potestate... irrevocabiliter permaneat", etc. El Concilio de Mérida, a. 666, c. 8: La parroquia prescrita, "nullo modo reddenda erit" (TEJADA, o. c., v. 2, pág. 709). Urbano II (a. 1088) prohibe devolver los bienes eclesiásticos, porque ya se habían prescrito (JAFÉ, n. 2362).

(82) VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense*, v. 1, t. 5, *De privilegiis* (Mechliniae-Romae, 1939), no atribuye carácter adquisitivo a la prescripción hasta después de Graciano.

da a conocer que la doctrina sobre la buena fe *meramente inicial* para aquella época no había sufrido la condena de la Iglesia por lo que respecta al fuero civil y que, por tratarse de una coleccion para uso del Clero (no creemos sea la única que contenga la misma doctrina romana sobre este asunto), eran estas normas jurídicas conocidas y aun en uso entre los mismos eclesiásticos.

Tenemos, además, otro texto que, aunque no sin dejar lugar a duda, nos habla de la buena fe, y precisamente en relación con la prescripción eclesiástica.

En una carta del Papa León IV (a. 853) se nos refiere el litigio sustanciado en presencia del Emperador Ludovico Pío sobre pertenencia de parroquias entre dos Obispos. La apelación del Obispo de Siena es rechazada por el de Areti, que se escuda en la prescripción cuadragenaria. El Emperador, sin embargo, falla en contra de éste, negando eficacia a la prescripción "*quoniam uniuscujusque possessio talis esse debet, ut principium possessionis in se nullum habeat vitium*" (84), y en tal caso se daba.

El vicio de la posesión no cabe duda que debe referirse a la clandestinidad y furtividad que echaba en cara el de Siena a su adversario: "*Sed tu, frater, callide et fraudulenter usucepisti*" (85).

Creemos, además, que significa algo más: el relacionar el vicio de la posesión con el principio solamente nos indica que en la mente del Emperador había que rechazar la prescripción por falta de buena fe inicial, bien que producida e identificada en este caso con los vicios posesorios. En Derecho romano, por lo menos, no se distinguía al excluir los vicios entre el decurso y el principio de la posesión. El documento citado significa, pues, por una parte, que a mediados del siglo IX la buena fe inicial era exigida por la práctica judicial de la Iglesia en Francia para la prescripción de cuarenta años. Y nótese que por Derecho romano no se necesitaba de suyo la buena fe para la "*praescriptio longissimi temporis*". Por otra parte, nos revela que no existía debate alguno sobre la continuidad de la buena fe, sino que más bien se acomodaba la Iglesia a la doctrina romana en este punto.

Ningún otro documento encontramos donde se nos manifieste directamente la mente de la Iglesia. Ni del carácter adquisitivo que prevalece en la prescripción eclesiástica nos es lícito deducir nada sobre nuestro asunto, ya que, si desde Justiniano para transferir la propiedad, aun por

(83) Del capítulo 245 al 279 contiene extractos de las Leyes romanas.

(84) MANSI, 15, 31. La causa había sido fallada en contra del Obispo de Siena el año 715 por el Rey Luitprando. Cfr. MANSI, 12, 253.

(85) MANSI, 15, 30.

la "*praescriptio longissimi temporis*" se necesitaba buena fe, la legislación de este Emperador no fué asimilada plenamente en el Occidente hasta bien entrada la Edad Media.

Por lo demás, en una época en que la significación técnica de los términos jurídicos no es muy precisa, no podemos hacer afirmaciones categóricas sobre el asunto.

Si las fuentes eclesiásticas guardan silencio sobre la buena fe, ello, entre otras causas, puede ser debido a que a materia casi exclusiva de la prescripción (derechos incorporeales) exigiría cierta evolución del concepto de buena fe, utilizado sin excepción apenas en la prescripción de Roma y más aún a partir de Justiniano, para las cosas materiales (propiedad).

No es muy aventurado suponer que la Iglesia consideró, dada la conciencia moral de aquellos pueblos, salvaguardada la moralidad de una manera suficiente con la reprobación de los vicios de hurto, clandestinidad, etc., como aparece constantemente en la literatura canónica, vicios que, según las normas ordinarias del Derecho romano, no eran excluidos de la prescripción de treinta o cuarenta años (86). Lo cual ya representa un concepto más ético que el de la pura doctrina romana para las cosas civiles.

Así lo entendía el comentador griego y emitente jurista de la segunda mitad del siglo XII ZONARAS, quien interpreta el canon 17 del Concilio de Calcedonia en el sentido de exigir buena fe en el Obispo que se introduce en las parroquias ajenas (87). Para él, la reprobación de la violencia es lo mismo que exigir buena fe. La reacción posterior nació más bien como protesta a la proposición desnuda de la doctrina romana en el Decreto de Graciano. Ya tendremos ocasión de exponerlo en otro artículo, en que nos proponemos considerar la evolución a que llegó esta doctrina.

CONCLUSIÓN

Resumiendo, pues, podemos deducir que la Iglesia adoptó para las cosas de su fuero la legislación creada sobre prescripción en el Derecho romano, la que fué aplicada después por los Emperadores de Oriente, sobre todo Justiniano, a las cosas eclesiásticas, salvo ligeras modificaciones que de una manera gradual se fueron asimilando en el Occidente.

(86) Véase supra, p. 5. Pudiera ser éste uno de los casos en que la doctrina cristiana influyó en la reforma de las instituciones romanas. Acerca de la controversia, hoy muy agitada, entre los autores da abundante bibliografía VAN HOVE, *Prolegomena*, pág. 201, n. 190, nota 5.

(87) ZONARAS, MG 137, 45a b. No es muy exacta la traducción latina que trae MIGNE, l. c., col. 454, 6, pues el texto griego sólo parece referirse al principio de la posesión.

Se va abriendo paso en este primer período del Derecho eclesiástico el carácter adquisitivo que se atribuye a la prescripción; no sólo sirve para extinguir la acción, sino que por ella se adquieren los derechos ajenos.

Aparece una reprobación constante de los vicios de clandestinidad, precario y hurto. Los *Capítulos de la Colección de Praga* y una carta de León IV nos indican que el principio de la buena fe sólo inicial era tolerado por la Iglesia aun para su fuero. El que se exigiera buena fe para la prescripción eclesiástica no aparece en los documentos de la época. El texto de León IV nos da como *probable* que, por lo menos, se exigiera en la práctica de la Iglesia de Francia a mediados del siglo IX. La moralidad de esta institución quedaba garantizada, aunque en un grado no perfecto todavía, con la reprobación de los vicios posesorios. Ningún testimonio, empero, que exija continuidad de la buena fe.

Después de este escarceo histórico no será difícil responder a las preguntas que al principio nos formulábamos. ¿Se creó un nuevo tipo de prescripción, con cualidades peculiares para las cosas o derechos eclesiásticos, o más bien adoptó la Iglesia la legislación civil ya existente, canoni-zándola? Y en tal caso, ¿qué clase de prescripción asumió para las cosas de su fuero: la "*longi temporis praescriptio*" o la prescripción de largo plazo? No podemos dar una respuesta muy segura por tratarse de una época en que se estaba formando el Derecho canónico y no se atiende a la precisión de los términos jurídicos. Pero lo más conforme a los documentos y fuentes que hemos podido examinar, nos parece lo siguiente:

Si juzgamos atendiendo a los plazos establecidos, vemos que coincide con la "*longissimi temporis*" (treinta-cuarenta años). Atendiendo, en cambio, al carácter marcadamente adquisitivo que se le atribuye, creeremos más bien que se asemeja a la "*longi temporis praescripti*", ya que este efecto de trasladar los derechos ajenos sólo se conseguía con la trentenal en caso de existir buena fe, la cual no se exige, por lo menos "*ut sic*", en la literatura canónica. Nos parece mejor, pues, decir que la legislación emanada de la Iglesia, ya por boca de los Papas y Concilios, ya por boca de los Príncipes por ella autorizados, asimilando elementos de ambos géneros de prescripción (plazo de treinta-cuarenta años y efecto traslativo de derechos, con reprobación constante de los vicios posesorios), modeló un tipo de prescripción para las cosas eclesiásticas sobre la base de la romana, pero encerrando ya desde sus comienzos un fondo de moralidad superior por medio de requisitos más rigurosos.

SOTERO SANZ VILLALBA
Profesor del Seminario de Tarazona