

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

LA EXCLUSIÓN DEL COMPRADOR *A NON DOMINO* DE LA  
*USUCAPIO*

THE EXCLUSION OF *EMPTOR A NON DOMINO* FROM THE  
*USUCAPIO*

Margarita Fuenteseca  
Catedrática de Derecho romano  
Universidad de Vigo

## I. Introducción

Uno de las cuestiones más intrigantes que se plantea en torno al origen de la *usucapio* romana es que las Instituciones de Justiniano (I. 2.6.pr) todavía continúan fundamentando su existencia en su más antigua formulación que aparece en las XII Tablas: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annus est usus*, a pesar de los muchos siglos transcurridos entre ambas fuentes.

Este principio *usus auctoritas* está casi sepultado por espesas capas de teorías y elaboraciones doctrinales que, durante siglos, han intentado arrojar luz sobre su significado y que, sobreponiéndose una tras otra, han impedido obtener de él una visión clara. Contiene el reconocimiento legal del originario caso del *usus*, el del adquirente mediante *mancipatio*: el *usus* del *mancipio accipiens* y la *auctoritas* del que se presenta como dueño en la *mancipatio* duran dos años cuando se trata de un fundo y un año cuando se trata de todas las restantes cosas.

A partir de este caso originario de *usus* se desarrolló la institución de la *usucapio* romana, de la que siempre quedó excluido el adquirente *a non domino*, como veremos.

Para aclarar el significado de este principio decenvital es imprescindible situarlo en su exacto contexto histórico-jurídico, como exige la correcta exégesis de las fuentes romanas. Es necesario explicar su presencia en la etapa más arcaica del Derecho procesal romano, en la que todo propietario tenía una acción *in rem* (*legis actio sacramento*) para exigir el reconocimiento de su titularidad dominical<sup>1</sup>.

- I. La coexistencia del *usus* y la *usucapio*
  1. El *usus* unido a la *auctoritas*

En el ámbito de la *mancipatio* estaba vigente desde la época romana más arcaica el escueto principio, atribuido a las XII Tablas (6.3), conforme al cual el *usus* y la *auctoritas* de un fundo duraban dos años para inmuebles y un año para todas las

---

<sup>1</sup> Este artículo forma parte de la ejecución del proyecto de investigación titulado “*El negotium contractum como base para la unificación del derecho contractual europeo*”, PROYECTO DE I+D DER2014-53497-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia.

restantes cosas (*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annus est usus*)<sup>2</sup>.

La breve formulación de este principio exige una cuidadosa interpretación. Se afirma con toda claridad la unión inseparable del *usus* y de la *auctoritas* a efectos de su limitación temporal: la *auctoritas* junto con el *usus* estaban limitados a dos años para bienes inmuebles y un año para todas las restantes cosas<sup>3</sup>. El *usus* y la *auctoritas* forman un asíndeton en este precepto, como ha afirmado P. Fuenteseca<sup>4</sup>. En consecuencia, una vez transcurrido el plazo establecido para el *usus*, se entendía que se había producido la adquisición del *dominium ex iure Quiritium* por el adquirente, que podía demostrar su

---

<sup>2</sup> Vid. Cic. Top. 4.23: ...*usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annus est usus...* y Pro Caec. 19.54: *lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium*.

<sup>3</sup> *Usus y auctoritas* son dos sustantivos que forman asíndeton, como afirma FUENTESECA, P., *El titulus y el modus de los glosadores boloñeses, clave interpretativa del asíndeton usus auctoritas (XII Tablas VI,3) y de la historia del concepto romano de la propiedad, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid-Civitas 2003, vol. IV, p. 5727-5755= *Estudios de Derecho romano*, Madrid-Colegio de Registradores de la Propiedad 2009, 1657-1693.

<sup>4</sup> Vid. FUENTESECA, P., *La auctoritas como principio constitucional romano, Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia 2004, tomo I, p. 772 (= *Estudios de Derecho romano*, cit. p 769).

derecho de propiedad por sí mismo, cesando simultáneamente la responsabilidad por *auctoritas* del transmitente.

Este precepto decenviral tiene un claro significado si no se extrae de su contexto histórico, que es el de la *mancipatio* romana y el procedimiento de las *legis actiones*. La *mancipatio* no era solamente una ceremonia formal con la que se revestía de solemnidad la transmisión del *dominium ex iure Quiritium*. El ritual de la *mancipatio* tenía su concreta significación: el que se presentaba como *mancipio dans* ante los testigos quedaba revestido con la titularidad dominical (*auctoritas domini*) en virtud del derecho augural, el antiguo derecho de origen divino<sup>5</sup>. Como *auctor* contaba con la ayuda o la garantía, con el respaldo de los testigos durante el plazo establecido para el *usus*. La asistencia de éstos en el juicio era imprescindible para la seguridad del tráfico de bienes, porque eran el medio de prueba con el que contaba el *mancipio accipiens* si se interponía una *reivindicatio* frente a él.

2. La prueba en la *reivindicatio*: una *probatio nada diabolica*

---

<sup>5</sup> Vid. recientemente un estudio exhaustivo sobre la *auctoritas* romana y el elenco extenso de toda la bibliografía en CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., *La auctoritas romana*, Madrid, Dykinson 2013.

El principio *usus auctoritas* era un complemento necesario para la transferencia del *dominium* cuando la *mancipatio* se realizaba por el verdadero dueño, porque liberaba al *mancipio* *dans* de la *aeterna auctoritas*, esto es, de demostrar eternamente que él era el verdadero dueño en el momento de la celebración de la *mancipatio*. Pero, además, el adquirente, si era demandado por medio de una *reivindicatio*, contaba con un medio probatorio decisivo: llamando a juicio de los testigos podía demostrar que la *mancipatio* se había celebrado por el dueño y que el tiempo del *usus* había transcurrido.

El principio *usus auctoritas* fue la primera norma protectora de la seguridad del tráfico de bienes, porque proporcionaba la prueba del derecho dominical (*dominium ex iure Quiritium*) en el litigio. Esta prueba era imprescindible cuando se interponía una acción reivindicatoria desde las más arcaicas *legis actiones* romanas, cuyo ritual sacramental ya se practicaba desde época predecenviral.

En la *legis actio sacramento* las partes en el procedimiento hacían dos afirmaciones simétricas respecto a la propiedad de la cosa: *rem meam esse aio*. Aquel de los contendientes que lograra probar su derecho de propiedad era el que vencía en juicio. La forma mediante la cual los litigantes podían demostrar su derecho dominical era a través de la llamada a juicio de la persona que actuó como transmitente de la cosa, el

*auctor*, junto con los testigos que garantizaban la responsabilidad por *auctoritas*, y esta llamada podía hacerse extensiva a cada uno de los transmitentes anteriores (*auctores*)<sup>6</sup>.

La sucesión encadenada de llamadas se detenía gracias a la norma *usus auctoritas*: cuando el *mancipio accipiens* había ejercido el *usus* durante el tiempo establecido en la ley ya no era necesario la remisión al antecesor en la cadena de transmitentes, porque ya se había convertido en *dominus* por medio del *usus*, esto es, podía demostrar su *dominium* por sí mismo. El pretendido origen germánico del *Gewährenzug* queda así rebatido<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Si no se fundamenta el principio *usus auctoritas* en el procedimiento reivindicatorio de las *legis actiones* se puede llegar a la sorprendente conclusión de que la *auctoritas rerum* era una *auctoritas* sin *auctor*, vid. CASINOS-MORA, J., *Auctoritas rerum decemviralis*, RIDA 50, 2003, p. 96.

<sup>7</sup> De forma general se ha defendido en la doctrina alemana y también en la doctrina romanista el origen germánico del llamado *Gewährenzug*, que sería la garantía en cadena que se iban prestando los sucesivos transmitentes de la propiedad. Vid. v. LÜBTOW, U., *Hand wahre Hand. Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin 1955*, p. 123, se utiliza la palabra *Gewährenzug* - *gewähren* significa conceder, otorgar- para designar la sucesión encadenada de transmisiones con garantía (del dueño), de donde deriva la palabra *Gewere*. Pero, entendido el principio *usus auctoritas* como medio de prueba del *dominium*, se constata que ya existía en Derecho romano la

Puesto que el ejercicio del *usus* durante el plazo establecido en la ley servía para probar el *dominium* de una persona en el litigio, cabe calificarlo como *modus acquirendi*: el *mancipio accipiens* que había ejercido el *usus* durante el plazo establecido se convertía en *dominus*, esto es, en titular del *dominium ex iure Quiritium* oponible *erga omnes*. Por tanto, se puede afirmar que la primera forma de adquisición por medio del *usus* fue la del adquirente a título oneroso cuando el transmitente era dueño.

La *mancipatio* era, pues, un negocio jurídico del *ius civile*<sup>8</sup> que garantizaba plenamente la seguridad del tráfico de bienes en Roma. Porque el que realizaba una adquisición mediante *mancipatio* estaba seguro de que, llegado el caso, podría

---

cadena sucesiva de garantes en la transmisión del *dominium* (llamada en alemán *Gewährenzug*).

<sup>8</sup> En Roma la *mancipatio* no se calificó como negocio jurídico abstracto, como afirma SARGENTI, M., *Per una revisione della nozione dell' auctoritas, Studi in onore di E. Betti IV*, Milano-Giuffrè 1962, p. 56, "la clasificación de la *mancipatio* dentro de los negocios jurídicos abstractos es una anticipación dogmática que no encaja con la estructura de los actos jurídicos del derecho romano más antiguo". La naturaleza de la *mancipatio*, afirma Sargenti (cit. p. 57), es y permanece una: la de ser un acto solemne de adquisición de un poder. En efecto, los orígenes de la *mancipatio* se remontan a la época predecenviral y se trataba de un acto de afirmación del poder dominical que servía para la adquisición de éste en el más arcaico derecho romano.

probarla en juicio gracias a la asunción de la responsabilidad por *auctoritas* del *mancipio dans*, que estaba respaldada por la declaración testifical de los que intervinieron en la *mancipatio*.

El problema se planteaba si el *mancipio dans* no era el verdadero dueño de la cosa y un reivindicante lograba probar en juicio su derecho de propiedad frente al *mancipio accipiens*. Quedaba así demostrado que el transmitente no era *auctor* y que el adquirente, por tanto, no había ejercido el *usus*, con lo cual no era aplicable la limitación temporal establecida en el precepto *usus auctoritas*. Por este motivo, en este caso la *auctoritas* del transmitente (*mancipio dans*) sería ilimitada (o *aeterna*).

Esta *aeterna auctoritas* que se imponía al *mancipio dans* cuando transmitía una cosa ajena derivaba directamente del mencionado precepto decenviral<sup>9</sup>. Como hemos visto, solo

---

<sup>9</sup> Vid. también v. LÜBTOW, U., *Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der lex Atinia*, *Festschrift Schulz 1*, Weimar-H. Böhlau Nachfolger 1951, p. 265: la prohibición de usucapión no se pronunció expresamente en las XII Tablas, sino que se deducía sin más de la regla *usus-auctoritas*. En cambio, CASINOS-MORA, J., *Auctoritas rerum decenviralis*, cit. (nt 5) p. 96 llega a la conclusión contraria, esto es, que la prohibición de usucapir cosas ajenas surgió de la ley Atinia. Si se admite esta hipótesis, los primeros siglos de la república romana habría sido un ejemplo de inseguridad jurídica absoluta, porque la simple entrega -con venta o no- de una cosa mueble ajena habría sido entonces suficiente para

cuando había *usus*, esto es, ejercicio de la función de dueño sobre una cosa transmitida por el verdadero *dominus*, había limitación de la *auctoritas*, o, lo que es lo mismo, sin *usus* la *auctoritas* es eterna. Sin embargo, la *lex Atinia* volvió a imponer expresamente la *aeterna auctoritas* en el caso de las *res subreptae*, cuestión que ha causado mucho desconcierto en la doctrina romanista y que abordamos más adelante. Pero además existía el caso de la *aeterna auctoritas* frente a un extranjero, como vamos a ver a continuación.

### 3. La *aeterna auctoritas* frente al extranjero

Un caso en que la *auctoritas (domini)* era ilimitada, esto es, en el que le era exigible la *aeterna auctoritas* al *mancipio dans*, lo atribuye Cicerón a las XII Tablas (Cic. *De off.* I.1.37: *indicant duodecim tabulae:... adversus hostem aeterna auctoritas esto*, XII Tablas 6.4).

Sobre el significado de este principio decenviral se debatió en la doctrina romanista ya hace medio siglo. En contra de la doctrina alemana (Kübler y Kaser) afirmó d'Ors<sup>10</sup> que *hostis*

---

convertirse en propietario, transcurrido un año, si antes no se perseguía la cosa *furtum*...

<sup>10</sup> Vid. d' ORS, A., *Adversus hostem aeterna auctoritas*, AHDE 1959, p. 598, afirma que el problema está en la palabra *adversus*, porque no es suficiente

aquí no quiere decir enemigo sino simplemente extranjero (*peregrinus*<sup>11</sup>). Pero además afirmó d'Ors que la preposición *adversus* no tiene que ser necesariamente adversativa, porque no quiere decir siempre contra, sino que puede tener una acepción más neutra de "frente a" o "respecto a" <sup>12</sup>. Sentadas estas premisas, para d'Ors este principio significa que "las cosas pertenecientes a extranjeros no pueden ser usucapidas".

Pero se le puede oponer a d'Ors<sup>13</sup> la objeción de que no repara en las consecuencias paralizantes que tendría la

---

decir, "como suelen muchas exposiciones elementales", que con este precepto las XII Tablas excluían de la usucapión a los extranjeros, que no podían adquirir la propiedad civil. En contra de Kübler (*Römische Rechtsgeschichte*, p. 41) y de Kaser (*Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 1956, p. 92 y ss) afirma que *hostis* no era un comprador por *mancipatio*, esto es, un extranjero que ha intervenido en el negocio de la *mancipatio*, porque esto conduciría a afirmar que la norma se aplicaba al *peregrinus cum commercio*. En contra de d'Ors y más conforme con la doctrina alemana creo que, efectivamente, se trataba de una aplicación de la norma *usus auctoritas* al *peregrinus cum commercio*.

<sup>11</sup> El propio Cicerón lo aclara en el mismo pasaje *De off.* I.1.37: *Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus...*

<sup>12</sup> Vid. el paralelismo descrito por d'ORS, A., *Adversus hostem aeterna auctoritas*, cit, p. 602, con las expresiones *pietas adversus deos*, *reverentia adversus homines* o con la que se refiere al hombre presumido, *adversus speculum...*

<sup>13</sup> Vid. d'ORS, A., *Adversus hostem aeterna auctoritas*, cit. p. 602, que define este caso de *aeterna auctoritas* como: "que las cosas extranjeras no pueden

aplicación de este principio así interpretado para el comercio en la Roma antigua: ningún ciudadano romano compraría de un extranjero si sabe que no puede hacerse dueño por usucapión. Nunca podría probar su derecho de propiedad frente a nadie, ni se atrevería a volver a vender la cosa, porque respondería eternamente si apareciese el verdadero propietario.

Para intentar aclarar el significado de este escueto principio conviene tomar como punto de partida el tenor literal de las palabras: frente al extranjero la *auctoritas* (del *mancipio dans*) es eterna.

Como es sabido, los extranjeros no podían ser titulares del *dominium ex iure Quiritium* porque este derecho era propio y exclusivo de los ciudadanos romanos. Sin embargo, en ciertos casos tenían el *ius commercii* para poder ser parte contratante en la *mancipatio*, lo cual aparece con toda claridad en *Tit. Ulp.* 19.4: *mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios*

---

ser usucapidas como tampoco pueden serlo las hurtadas". Se refiere d'Ors aquí a una exclusión que no tiene en cuenta los sujetos intervinientes, sino los objetos sobre los que recaía, que eran todas las cosas pertenecientes a extranjeros, que no podrán ser usucapidas. Afirma d'Ors que el que vendía cosas que pertenecían a un extranjero quedaba obligado permanentemente respecto a su comprador, porque respecto al extranjero no hay usucapión. Esta teoría de d'Ors ya ha sido contradicha recientemente por CLEMENTE, A.I., *La auctoritas romana*, cit. p. 208 y 209.

*Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*

En consecuencia, también el extranjero necesitaba probar de alguna forma que había adquirido a título oneroso si alguien entablaba una acción reivindicatoria frente a él. La única forma de probarlo sería remitirse siempre al que le transmitió la cosa mediante *mancipatio* y a los testigos que intervinieron en ella.

En realidad, la imposición de la *aeterna auctoritas* al ciudadano romano frente al extranjero no fue más que una forma de proteger la seguridad del tráfico de bienes cuando intervenían los extranjeros en la *mancipatio*, gracias a la cual, en consecuencia, se fomentó y liberalizó la expansión del comercio entre Roma y otros pueblos. Se le aseguraba así al extranjero la prueba en juicio de su adquisición. Y esta prueba la podía necesitar tanto si actuaba como demandante como si era demandado por medio de una acción reivindicatoria. Es probable que la acción reivindicatoria del extranjero frente al ciudadano romano y viceversa haya sido la esfera de competencia del *praetor peregrinus*, cuya remota fecha de creación se sitúa en el 242 a.C.

Pero esta *aeterna auctoritas* exigible por el adquirente extranjero cayó en desuso a partir de la instauración del uso generalizado de la *emptio venditio* como contrato consensual de

buena fe, que se perfeccionaba con el acuerdo sobre la cosa y el precio.

Con la *emptio venditio* (o *traditio emptionis causa*) se producía la transmisión de la propiedad pretoria sobre la *res Mancipi* y *nec Mancipi* tanto a los extranjeros como a los ciudadanos romanos. La *emptio venditio* permitió el acceso de los extranjeros a la propiedad pretoria (no al *dominium ex iure Quiritium*) en pie de igualdad con los ciudadanos romanos mucho antes de que la constitución del emperador Caracalla del año 212 consolidase definitivamente el principio de territorialidad del Derecho romano<sup>14</sup>. Aquí la forma de adquirir el *dominium* (el *modus acquirendi*) sería la *usucapio*, esto es, la adquisición por el *possessor* que es *bona fides emptor* (o propietario pretorio)

---

<sup>14</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, *Gai Inst.* 2.40, p. 54: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* Afirma Gayo que para los extranjeros había un solo concepto de *dominium*, porque se entiende que uno es *dominus* o que no lo es. Esta era la norma jurídica que antiguamente usaba el pueblo romano: se entendía que uno era *dominus ex iure Quiritium* o que no era *dominus*. Pero más tarde se aceptó la división del concepto de *dominium*, de forma que uno podía ser *dominus ex iure Quiritium* y otro tener las cosas *in bonis*.

siempre si adquirió del verdadero dueño (*a domino*), se tratase o no de un ciudadano romano.

La necesidad de dotar de seguridad jurídica al tráfico comercial de bienes, en plena expansión desde la época republicana romana, fue la impulsora de la transformación y del florecimiento de las instituciones básicas del Derecho privado romano, como son la *usucapio* y la *emptio venditio*.

#### 4. La responsabilidad por *auctoritas*

Subsiste todavía hoy en día el enigma acerca de cómo se le exigiría al *mancipio dans* la responsabilidad por *auctoritas*.

De nuevo la respuesta se debe buscar en el contexto del arcaico formalismo procesal de las *legis actiones*. Si por medio del procedimiento reivindicatorio el demandante probaba su derecho de propiedad sobre la *res Mancipi* transmitida mediante *mancipatio* frente al otro litigante, éste debía restituirla, pero podía resarcirse del perjuicio causado llamando a juicio al que se la transmitió. Si el *mancipio dans* no comparecía o no demostraba que él era dueño en el momento de la transmisión (*auctoritatem defugere*)<sup>15</sup>, podía ejecutarse contra él el doble del valor de la cosa.

---

<sup>15</sup> Plaut. *Poen.* 147: *si auctoritatem postea defugeris...*

Aparece con claridad esta responsabilidad *in duplum* por *auctoritas* del vendedor en PS 2.17.3<sup>16</sup>. Es muy probable que fuese impuesta en escasas ocasiones, ya que no sería corriente que cinco ciudadanos romanos se prestasen a actuar como testigos en una *mancipatio* en la que el vendedor no era dueño, porque corrían el riesgo muy probable de ser llamados a juicio, exponiéndose a una acusación por falso testimonio.

No debió de tratarse propiamente de una *actio auctoritatis*, puesto que ésta no aparece en las fuentes. Probablemente haya sido una antigua *legis actio* ejecutiva (una *manus iniectio pro iudicato*), ya que, según Gayo 4.22<sup>17</sup>, existieron varias modalidades de ejecución directa en las que no era necesaria la celebración de un previo *iudicium*. En consecuencia, bastaría con que un procedimiento reivindicatorio fuese vencido el demandado -adquirente mediante *mancipatio*- por el reivindicante. Se producía entonces en el mismo juicio la llamada al transmitente de la cosa -responsable por *auctoritas*- y

---

<sup>16</sup> PS. 2. 17. 1: *uenditor si eius rei, quam uendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius aliter enim non potest obligari*; 3: *Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.*

<sup>17</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, *Gai. Inst.* 4.22, p. 154: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia....et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.*

a los testigos<sup>18</sup>. Su simple incomparecencia o la falta de prueba de su derecho dominical implicarían directamente la ejecución contra él del doble del valor de la *res* objeto de la *reivindicatio*, calificado como *poena dupli* por Sargenti<sup>19</sup>.

De esta forma se le exigía la responsabilidad por *auctoritas* al que había transmitido una *res Mancipi* ajena mediante *mancipatio* y quedaba plenamente garantizada la seguridad del tráfico comercial de bienes, porque se cerraba el círculo que conectaba a las tres personas cuyos intereses podían colisionar en la *mancipatio* (*Interessenkonflikt*, según v. Lübtow<sup>20</sup>): al *dominus* se le reconocía su derecho de propiedad y el adquirente a título oneroso, vencido en juicio, era resarcido del perjuicio que le había sido causado por el transmitente *a non domino*.

## 5. La problemática en torno a la ley Atinia

---

<sup>18</sup> En la *emptio venditio* el vendedor era llamado al juicio, para que compareciese a defender la cosa en cualquier momento, siempre antes de que recayese la *condemnatio* (D. 21.2.29.2, *Pomp. ad Sab.*). Análogamente, puesto que no tenemos información sobre la responsabilidad por *auctoritatis*, se haría una llamada a juicio del *auctor* para que compareciese en el juicio entablado entre el *dominus* de la cosa y el *mancipio accipiens*.

<sup>19</sup> Vid. SARGENTI, M., *Per una revisione della nozione*, cit. p. 30.

<sup>20</sup> Vid. v. LÜBTOW, U., *Hand wahre Hand. Historische Entwicklung*, cit. p. 120: “es liegt ein echter Interessenkonflikt vor, zu dem die Rechtsordnung Stellung nehmen muß”.

Encontrar el significado de la *lex Atinia* es uno de los problemas clave para la doctrina romanista. La tan escueta la información que nos ha sido transmitida sobre su contenido ha ocasionado continuos e intensos debates. Como hemos podido constatar, del precepto decenviral *usus auctoritas* ya se podía deducir que la limitación temporal de la *auctoritas* solo tenía lugar cuando estaba unida al *usus* del *mancipio accipiens*, que solo existía si el *mancipio dans* era el verdadero dueño. Por eso es necesario encontrar el motivo por el cual la ley Atinia impuso de nuevo la *aeterna auctoritas* al *mancipio dans* cuando se había transmitido una cosa ajena (*res subreptae*).

Vamos a analizar esta cuestión, pero previamente es necesario también pronunciarse sobre el presunto efecto retroactivo de la ley, otro problema que ha sido muy discutido en la doctrina romanista.

### 5.1. La presunta retroactividad de la ley Atinia

El debate sobre la eficacia retroactiva de la ley Atinia ha surgido porque de la obra de Aulo Gelio se han sacado de su contexto las palabras en las que explica la duda que se planteó a los hombres doctos respecto a la expresión *quod subruptum erit* contenida en la ley Atinia: si significaba que la ley se aplicaría a

los *furta* futuros *-post facta-* o también a los ya cometidos *-in ante facta-*. Sin embargo, esta pregunta que se plantea puede tener otro significado si se interpreta el sentido de estas palabras sin aislarlas del resto del texto de Aulo Gelio N. A. 17.7, que incluyo aquí con su traducción:

*Legis veteris Atinae verba sunt: Quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui? Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam "subruptum erit" utrumque tempus videretur ostendere tam praeteritum quam futurum. Itaque P. Negidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum. Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam. Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et "est"esse et "erit": quando per sese ponuntur, habent atque retinent tempus suum; cum vero praeterito iunguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt. Cum enim dico "in campo est" "in comitio est", tempus instans significo; item cum dico "in campo erit", tempus futurum demonstro; at cum dico: "factum est", "scriptum est", "subruptum est", quamquam "est" verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desidit. "Sic igitur" inquit "etiam istud, quod in lege est: si dividas separeque duo*

*verba haec "subruptum" et "erit", ut sic audias "subruptum erit" tamquam "certamen erit" aut "sacrificium erit", tum videbitur lex in postfuturum loqui; si vero copulate permixteque dictum intellegas, ut "subruptum erit" non duo, sed unum verbum sit idque unitum patiendi declinatione sit, tum hoc verbo non minus praeteritum tempus ostenditur quam futurum"*<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Trad: "Las palabras de la antigua ley Atinia son: *quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas*. ¿Quién podría imaginar que con esas palabras la ley se podría referir a otra cosa que no fuese al tiempo futuro? Pero Q. Scevola dice que su padre y *Brutus* y *Manilius*, hombres especialmente doctos, inquirieron y dudaron, si la ley sería válida para los *furta* futuros *-post facta-* o también para los *furta ante facta*: porque *subruptum erit* parece indicar ambos tiempos: tanto el tiempo pasado como el futuro. Por eso *P. Nigidius*, el más docto de la *civitas* romana, escribió sobre esta duda de ellos en el vigésimo tercer libro de sus comentarios gramaticales. Y también él mismo opina lo mismo, que la indicación del tiempo es incierta, pero él habla de forma muy concisa y oscura, para que veas que está más bien poniendo notas para apoyar a su propia memoria que para instruir al lector. Parecía que él decía que *est* es una palabra independiente y también *erit*: cuando se utilizan solas, tienen y conservan su propio tiempo, pero cuando se unen al pretérito, pierden la fuerza de su propio tiempo, y se trasladan al pretérito. Porque cuando digo *in campo est* o *in comitio est* (está en el campo, en la asamblea), me refiero al tiempo presente; asimismo cuando digo *in campo erit*, indico tiempo futuro; pero cuando digo *factum est, scriptum est, subruptum est*, a pesar de que está en presente, está fusionada con el pretérito y cesa de ser presente. "Asimismo, pues", dijo, "también sucede lo mismo con lo que está en la ley: si divides y separas estas dos palabras, *subruptum* y *erit*, de forma que entiendas *subruptum erit* igual que *certamen erit* o *sacrificium erit*, entonces parece que la ley habla en

El texto habla por sí mismo. Está claro que Aulo Gelio plantea el problema del significado de los tiempos de los verbos, un problema gramatical. No se debate si la ley Atinia tenía efecto retroactivo. Reiteradamente se hace referencia al tiempo de los verbos. La pregunta planteada a los hombres doctos –los juristas *Q. Mucius, Brutus* y *Manilius*– al inicio está bien clara: ¿habría alguien que imaginara que *subruptum erit* se refería a otra cosa que al tiempo futuro? El comienzo de la respuesta que dieron los juristas sí que podría inducir a error, porque, según palabras de Aulo Gelio, dudaron acerca de si la ley sería válida para los *furta* futuros –*post facta*– o también para los *furta ante facta* –, pero la parte final de la respuesta –de los juristas– se refiere de nuevo claramente al tiempo de los verbos: “porque *subruptum erit* parece indicar ambos tiempos: tanto el tiempo pasado como el futuro”.

Pero además, según Aulo Gelio, la controversia la resolvió *P. Nigidius*, que no era jurista, sino un filósofo y gramático del s. I. a. C., precisamente en un libro de gramática: las palabras *est* y *erit*, cuando se utilizan solas, conservan su propio tiempo, pero cuando se utilizan unidas al pretérito, se trasladan al tiempo

---

tiempo futuro; pero si entiendes las palabras como copuladas y mezcladas, de forma que *subruptum erit* no serían dos palabras sino una, en una única declinación pasiva, entonces esta palabra expresa no menos el tiempo pretérito como también el futuro”.

pretérito; de ahí que *subruptum erit* sea una única palabra que expresa tanto tiempo pasado como tiempo futuro.

Creo que es especialmente significativo que se atribuya a un gramático la resolución de la cuestión, lo cual ya es un indicio muy relevante de que no era la retroactividad de la ley el problema tratado. Además, su respuesta es exactamente la misma que la que dieron los juristas, ya que se trata de explicar que la forma verbal *subruptum erit* incluía tanto el tiempo (verbal) pasado como el futuro.

Del conjunto del pasaje de Aulo Gelio se deduce que el problema en cuestión no era la posible aplicación retroactiva de la ley, sino que se trataba de explicar un tiempo verbal tomando como ejemplo la expresión contenida en la ley Atinia, *subruptum erit*. Por eso seguramente se consultó a los juristas. Sería impensable que la discusión sobre el efecto retroactivo de la ley hubiese tenido lugar<sup>22</sup>, porque esto implicaría aceptar la

---

<sup>22</sup> El principio de irretroactividad de las leyes estaba indiscutiblemente arraigado en el ordenamiento jurídico romano como ya demostró BROGGINI, G., *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica, Coniectanea, Studi di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1966, p. 343-412. Sin embargo, todavía se sigue debatiendo sobre la pretendida eficacia retroactiva de la ley Atinia. Vid. CALZADA GONZÁLEZ, A., *A propósito de la retroactividad de la lex Atinia de rebus subreptis*, RIDA 57, 2012, p. 77 "no cabe duda de que su solución respecto a la *usucapio* de las *res furtivae* y *vi possessae* permite sostener su vigencia retroactiva...". Como hemos visto, del texto de Aulo Gelio no se puede deducir que la ley se aplicase

posibilidad de que antes de la ley Atinia se hubiesen podido usucapir las cosas ajenas *-res subreptae-*, y este caso, como hemos visto, estaba excluido desde las XII Tablas y su admisión crearía, además, un gravísimo problema para la seguridad del tráfico comercial de bienes.

Los juristas afirmaron con toda naturalidad que *subruptum erit* se refería tanto al tiempo pasado como al futuro, pero no porque la ley se aplicase con efecto retroactivo, sino porque lo dispuesto en la ley Atinia ya era un principio vigente desde las XII Tablas.

## 5.2. La justificación de la existencia de la *lex Atinia*

Como ya hemos visto, del propio precepto decenviral *usus auctoritas* se derivaba la imposición de la *aeterna auctoritas* al *mancipio dans* que transmitió una cosa ajena, y esto mismo se deducía, según Aulo Gelio, también de la *lex Atinia*, una antigua ley cuyo tenor literal habría sido: cuando la cosa ha sido obtenida subrepticamente, la *auctoritas* es eterna (N.A. 17.7: *Legis veteris Atiniaie verba sunt: Quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto*).

---

retroactivamente. Simplemente volvía a formular un principio ya vigente desde las XII Tablas.

Esta brevísima descripción que nos proporciona Aulo Gelio de la *lex Atinia* ha servido durante muchos años para fundamentar las más diversas teorías acerca del origen de la *usucapio* y también de la noción de *furtum* romano. Sobre todo se ha intentado encontrar una explicación a su propia existencia porque la mayoría de la doctrina reconoce que no debió ser una ley superflua, esto es, meramente repetidora de lo que ya establecían las XII Tablas.

De esta ley no consta la fecha, pero podemos situar su aparición en la primera mitad o, lo más tarde, a mediados del siglo II a. C., de acuerdo con De Visscher<sup>23</sup>, que ya afirmó que la fecha aproximada de esta ley permite situar en la misma época la aparición de la usucapión en su forma clásica<sup>24</sup>. El dato histórico-jurídico más determinante, a nuestro modo de ver, es que en ese momento se estaba produciendo el paso del sistema procesal de las *legis actiones* al procedimiento formulario. La ley

---

<sup>23</sup> DE VISSCHER, F., *De la défense d'usucaper les choses volées*, RIDA 5, 1958, p. 486, se basa para ello en la diatriba que existió respecto a dicha ley, según el relato de Aulo Gelio, entre los más famosos juristas de la época republicana romana (*Manilius, Junius Brutus* y *P. Mucius Scaevola*). Según De Visscher, esta discusión únicamente pudo surgir inmediatamente tras la aparición de la *lex Atinia*. Vid. también *Auctoritas et mancipium*, SDHI 22, 1956; *Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana*, SDHI 23, 1957. Sobre la fecha de la ley FRUNZIO GIANCOLI, M., *La lex Atinia de rebus subreptis: un'ipotesi sulla datazione*, Labeo, 43, 1997, p. 259 ss.

<sup>24</sup> DE VISSCHER, F., *De la défense d'usucaper les choses volées*, cit. p. 488.

Atinia apareció en el momento en que, gracias a la apertura del nuevo procedimiento, se abrió paso al uso generalizado de la *emptio venditio* y también a la interposición de la *actio furti* como acción reparadora del perjuicio causado por la privación de una cosa mueble.

Pero tampoco conocemos, porque no hay una idea clara ni unánime en la doctrina romanista, ni hay una descripción en las fuentes, qué es una *res subrepta*. Según las más recientes interpretaciones de los romanistas *quod subruptum erit...* significa lo que fue sustraído con ocultación (Fenocchio<sup>25</sup>, que sigue a Niederländer y von Lübtow: *das heimliche Wegnehmen*).

Para la aclarar el significado de esta ley es necesario, en primer lugar, ceñirse estrictamente a las palabras expresadas por Aulo Gelio y situarlas en su contexto histórico-jurídico. Teniendo en cuenta que Aulo Gelio se refiere a la *aeterna auctoritas*, nos tenemos que situar, igual que en las páginas precedentes, en el ámbito de la *mancipatio* y buscar ahí el significado de la *res subrepta* en relación con el procedimiento de las *legis actiones*.

---

<sup>25</sup> FENOCCHIO, M. A., *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in diritto romano. Detrahere alteri aliquid'. Per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende*, Padova, 2008, p. 226. Véase también el extenso elenco bibliográfico que incorpora en las páginas 4-10.

Las *res subreptae* serían las cosas muebles o inmuebles respecto a las cuales existía un dueño o titular de la acción reivindicatoria, esto es, que podía probar su titularidad dominical en juicio. De forma análoga al supuesto que hemos analizado antes, la alusión a la *aeterna auctoritas* aquí se entiende como un caso de inaplicación del binomio *usus auctoritas*, es decir, en presencia de una *res subrepta* no hay adquisición por el *usus* del *mancipio accipiens*, y por este motivo la *auctoritas* del *mancipio dans* es *aeterna*.

La ley Atinia, entonces, no es más que un recordatorio de lo establecido en las XII Tablas. Es lo mismo afirmar, como hacen las XII Tablas, que solo cuando hay *usus* (adquisición *a domino*) hay limitación de la *auctoritas*, y afirmar, como hace la ley Atinia, que cuando hay una *res subreptae* (no hay *usus* y) la *auctoritas* es eterna.

Pero la existencia de esta ley adquiere sentido si tenemos en cuenta que en Roma, además de la *reivindicatio*, había otra forma de proteger al propietario cuando había sido privado de una cosa mueble (*reipersecutio*), consistente en la persecución o bien del propio ladrón por *furtum manifestum*, o bien de la misma cosa, allí donde estuviese (*furtum nec manifestum*). Acusado por *furtum* podía ser cualquiera en cuyo poder se hallase una cosa mueble ajena, que podía ser *res mancipi* - esclavos o animales- o *nec mancipi*.

La posibilidad de interponer la *actio furti* a partir de la existencia del procedimiento formulario es la clave que permite explicar la reiteración contenida en la ley Atinia. Solamente se trataba de recordar, varios siglos después de las XII Tablas, que, siempre que hubiese habido una *mancipatio* de una cosa ajena, había responsabilidad del transmitente por *auctoritas*. Es decir, si el poseedor de una cosa ajena era adquirente a título oneroso nunca podía ser acusado de *furtum*. En este caso también vencía el reivindicante en juicio, pero no podía ser acusado de *furtum* el demandado ni, a su vez, podía éste acusar por *furtum* a su transmitente. Así quedaba garantizada la seguridad del tráfico de bienes muebles en Roma y resulta justificada la reiteración contenida en la ley Atinia.

Esta ley no hace más que reafirmar que la responsabilidad por *auctoritas* era el elemento intrínseco e imprescindible en la *mancipatio* para la protección de la seguridad del tráfico comercial de bienes. Lo mismo sucedía en la *emptio venditio*, en la que solamente el *emptor a domino* podía usucapir porque el *dominus* vencía siempre frente al adquirente, aunque fuese poseedor buena fe, pero éste siempre podía a su vez exigirle siempre responsabilidad por evicción al vendedor. Gracias a esta responsabilidad por evicción, la compraventa se convirtió en la forma contractual que contribuyó decisivamente a la

expansión del comercio romano y, en definitiva, del imperio romano, hasta su máximo esplendor conocido.

Se justifica así que la ley Atinia contenga la repetición de un principio ya vigente desde las XII Tablas.

#### 6. La coexistencia del *usus* y la *usucapio*

Gayo 2.41<sup>26</sup> describe una primera forma de *usucapio* que tenía lugar en relación con el adquirente mediante *traditio*, que necesitaba el complemento de la *usucapio* para hacerse propietario de pleno derecho, esto es, propietario civil y pretorio a la vez, como si hubiese adquirido mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. No cabe duda que Gayo aquí se refiere al adquirente a título oneroso *a domino*, porque dice que la cosa continúa siendo propiedad del *dominus ex iure Quiritium* hasta que es usucapida por el adquirente.

Gayo describe aquí el caso paradigmático a partir del cual se desarrolló la *usucapio* de la época clásica: la adquisición por el *usus* del adquirente *a domino*. Este es exactamente el caso en el

---

<sup>26</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 54, *Gai Inst.* 2.41: *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipauero neque in iure cesserō, sed tantum tradiderō, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea premanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim inpleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata uel in iure cessa <esset.*

que en las XII Tablas admitían la adquisición por el *usus* y que se formuló *a contrario* en la ley Atinia: si el transmitente no es dueño, la *auctoritas* es eterna.

Tras la descripción de los plazos de la *usucapio* (Gayo 2.42<sup>27</sup>), afirma Gayo en el siguiente párrafo (2.43<sup>28</sup>): “por lo demás, también compete la *usucapio* respecto aquellas cosas que nos fueron entregadas *a non domino*, ya sean *res Mancipi* o *nec Mancipi*, si las hubiésemos recibido de buena fe, creyendo que el que las entregaba era el dueño de ellas”.

En este pasaje, en cambio, se refiere Gayo a la *usucapio* como forma de adquirir *a non domino*, que podía recaer sobre todo tipo de cosas, *res Mancipi* o *nec Mancipi*. La *usucapio* era, pues, un auténtico *modus acquirendi a non domino* cuando estaba desligado de la *mancipatio* (o adquisición a título oneroso) para el *possessor* de buena fe, que es el que creía que su transmitente es dueño de la cosa.

---

<sup>27</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 55, *Gai Inst.* 2.42: *Vusucapio autem> mobilium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.*

<sup>28</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 55, *Gai Inst.* 2.43: *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue Mancipi sint eae res siue nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.*

Se había producido, pues, una extensión del primer y originario caso de adquisición por el *usus*, admitido por el antiguo precepto decenviral, que era el ejercicio de la función de dueño por el adquirente a título oneroso cuando el transmitente era el verdadero dueño. El elemento clave aquí era el pago del precio, que, en aras de la protección de la seguridad del tráfico, significaba que el adquirente tenía que ser protegido en cuanto había realizado un acto de disposición patrimonial basado en la creencia de que adquiriría del verdadero *dominus*. Se puede considerar éste el caso más antiguo y genuino en que había una *iusta causa possidendi*.

A partir de este caso no se hizo más que reconocer que estaba en la misma situación que el comprador *a domino* cualquier poseedor de buena fe que creía que su transmitente era dueño. De esta forma se produjo la admisión de la adquisición por *usucapio a non domino* a favor del *possessor* de buena fe (excluido el adquirente a título oneroso). Para describirla no menciona Gayo la necesidad de que exista un título contractual, sino que describe como fundamento de la *usucapio* la *possessio* de buena fe del adquirente, esto es, la *possessio* del que cree que su transmitente es dueño.

En consecuencia, el *usus* fue el caso originario de *usucapio*, el genuino *modus acquirendi* (del comprador *a domino*), a partir del cual se habría admitido la existencia de la *usucapio* como

*modus acquirendi a non domino* en todos los demás casos en que existía un *possessor* de buena fe. Ambos supuestos tenían el mismo fundamento, que era la creencia, por parte del *possessor* de que su transmitente era dueño<sup>29</sup>.

Según los pasajes de Gayo aquí analizados, coexistían, pues, dos modalidades de *usucapio*: la del adquirente *a domino* a título oneroso (Gayo 2.41), que sería el originario caso de *usus* admitido en las XII Tablas, y la del *possessor* de buena fe, distinto del adquirente a título oneroso, que realizaba una *usucapio a non domino* (Gayo 2.43).

La consolidación de la institución de la *usucapio* se explica en virtud de la expresión gayana contenida en 2.44<sup>30</sup>: *quod ideo receptum est...* (esto fue así admitido o reconocido), que demuestra que no hubo una disposición legal expresa por la que se admitió la *usucapio* en Roma como *modus acquirendi a non domino*. Simplemente se admitió su existencia cuando existía un *possessor* de buena fe, cuya posición se consideraba equiparada e igual de merecedora de protección que la del comprador *a*

---

<sup>29</sup> Vid. VACCA, L., *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, en *Sodalitas* (Scritti in onore di A. Guarino) 4, Napoli, 1984.

<sup>30</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 55, *Gai Inst. 2.44: Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.*

*domino*. El que poseía de buena fe en la creencia de que su transmitente era dueño era el que tenía una *iusta causa possidendi* análoga al comprador *a domino*.

Hasta época justiniana siguió fundamentándose la *usucapio* en la *iusta causa possidendi* (que Gayo no menciona en estos pasajes, pero que sí se menciona como fundamento de la *usucapio* en I. 2.6.pr), que tenían el que adquiría *a domino* y el *possessor* de buena fe, adquirente por *traditio*, que no fuese adquirente a título oneroso. Por tanto, la *traditio* junto a la *iusta causa possidendi* configuraron la *usucapio* como genérico *modus acquirendi* como lo define Ulpiano: por medio de la *usucapio* se adquieren las *res Mancipi* y *nec Mancipi* (Ulp. Ep. 19.8 *Usucapione dominia adipiscimur tam Mancipi rerum quam nec Mancipi*).

Pero no era indiferente el tipo de cosas sobre las que recaía la *usucapio*, sino que ésta transcurrió por caminos distintos según se tratase de bienes muebles o de inmuebles. Las cosas muebles podían ser objeto de *furtum* y esto marcó una profunda diferencia respecto a la admisión de la *usucapio* sobre bienes muebles o inmuebles, como vamos a ver a continuación.

## II. *Usucapio* de bienes muebles

### 1. Prohibición de usucapir las *res furtivae*

Gayo 2.45 nos recuerda que existían las prohibiciones, según la ley de las XII Tablas, de usucapir las *res furtivae*, y, según la ley Julia y Plautia, de usucapir las *res vi possessae*. Y en 2.49<sup>31</sup> describe la tajante prohibición de usucapir las *res furtivae* y *vi possessae res*: se imponía no sólo al que comete el *furtum* (el *fur*) o al que posee por la fuerza por el motivo de que posee de mala fe, sino que ningún otro puede usucapir aunque hubiera comprado de él de buena fe. Exactamente lo mismo se repite en I.2.6.3.

Para que haya una *res furtiva* tiene que haberse cometido un *furtum*, que describe por Gayo en el siguiente pasaje (2.50<sup>32</sup>) refiriéndose exclusivamente a las cosas muebles (*in rebus mobilibus*): comete *furtum* el que vende una cosa ajena y la entrega, y lo mismo ocurre cuando es entregada -la cosa mueble- por cualquier otra causa (*quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur*= I. 2.6.3).

---

<sup>31</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 55, *Gai Inst.* 2.49: *Quod ergo uulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quiue per uim possidet, usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet); sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.*

<sup>32</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 55 y 56, *Gai Inst.* 2.50: *Vnde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem uendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur...*

Hay *furtum*, por tanto, cuando el transmitente entrega una cosa mueble ajena, tanto si lo hace *emptiois causa* (transmisión a título oneroso), o por cualquier otra causa (*ex alia causa*). En ambos casos el transmitente de una cosa ajena comete *furtum*, con lo cual el poseedor no puede adquirir por usucapión la *res furtiva*.

El problema con la seguridad del tráfico de bienes surge en relación con el adquirente a título oneroso de una cosa mueble ajena. En este caso la definición de *furtum* y la prohibición de adquirir una *res furtiva* por *usucapio* encajan plenamente con lo establecido en las XII Tablas y en la ley Atinia: sólo cuando compra del dueño (en la adquisición *a domino*) hay *usucapio* por parte del adquirente a título oneroso. Por tanto, cuando el *possessor* era un comprador *a non domino*, el *verus dominus* vencería siempre en juicio con la acción reivindicatoria, porque el comprador no podía usucapir la cosa mueble ajena (*res furtiva*) y tenía que restituirla.

La seguridad del tráfico de bienes muebles exigía que el vendedor de cosa mueble ajena no fuese acusado de *furtum*, sino que se le impusiese la responsabilidad por *auctoritas* (o por evicción, derivada del propio contrato de compraventa), lo cual ya se dispuso por medio de las más antiguas leyes protectoras de la seguridad del tráfico, las XII Tablas y la ley Atinia. Por

tanto, el vendedor de una cosa mueble ajena no respondía por *furtum*, sino por *auctoritas* o evicción, aunque resultase probado en juicio que vendió y transmitió una cosa ajena (hecho calificado como *furtum* por Gayo 2.50). Aunque en ambos casos respondía el vendedor por el doble del valor de la cosa, se evitaba así la infamia que llevaba aparejada la *actio furti*<sup>33</sup>, y en el propio acto mismo de la venta asumía el vendedor la responsabilidad por el negocio jurídico celebrado.

Pero además, por otra parte, si este vendedor había adquirido a su vez la cosa a título oneroso de otra persona, podría resarcirse con la *actio furti* frente a su transmitente (también por el doble). Porque en este caso interponía la acción no como comprador, sino en concepto de reparación del perjuicio que le fue causado por la transmisión de una cosa ajena. Pero para eso era necesario siempre probar que había habido una adquisición a título oneroso<sup>34</sup>. De esta forma se

---

<sup>33</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 191, *Gai Inst.* 4.182, *quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi...*

<sup>34</sup> Por eso se consideró que la emisión de un recibo en la compraventa de bienes muebles garantizaba la *firmitas contractus*: el poseedor de una cosa mueble que se veía privado de ella, si podía probar que había adquirido a título oneroso, siempre podía exigirle reparación del daño sufrido (por tener que restituirla o por haber tenido que responder por evicción) a su transmitente. Vid. Nov. Th. 27.3: *Omnis autem contractus, qui clanculario vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate. Quod ne fiat,*

lograba en Roma la plena seguridad del tráfico de bienes muebles. El comprador estaba protegido gracias a la responsabilidad por evicción del vendedor, y también lo estaba el vendedor, si no era él el que había cometido el *furtum*.

En definitiva, como regla general, todo *dominus* que se había visto privado de una cosa mueble vencía siempre con la acción reivindicatoria frente al *possessor*, aunque fuese de buena fe, incluido el adquirente a título oneroso, porque las *res furtivae* no pueden ser usucapidas. Por tanto, respecto a los bienes muebles, solo cabía *usucapio* del *possessor* de buena fe en los casos muy excepcionales de que el transmitente no hubiese cometido *furtum*, como vamos a ver a continuación.

## 2. La excepción a la prohibición

Hay ciertos casos en que se pueden adquirir por usucapión las cosas muebles ajenas, y esto sucede cuando el transmitente no comete *furtum*, esto es, cuando cree que la cosa es suya. No

---

*ea ratione prospicimus (...) mobilia vero emissis pittaciis transigatur.* No resulta fácil ponerle una fecha exacta, pero esta novela es muy tardía, posterior al *Codex Theodosianus* (año 438) y anterior a la muerte de Valentiniano III (año 455). HAENEL, G., *Corpus Iuris Romani Anteiustiniani III, Novellae Constitutiones*, reed. de Scientia Verlag Aalen, 1987, de la ed. de Iacobus Sirmondus, p. 119 y 120.

hay *furtum*, y, por tanto, tampoco hay *res furtiva*, y es entonces cuando puede tener lugar la *usucapio*.

Pero son excepcionales estos casos, porque debe resultar probado que el transmitente creía que la cosa era suya. Los describe Gayo a continuación, en el mismo pasaje ya citado 2.50<sup>35</sup>: si un heredero vende o dona una cosa dada al difunto en comodato, en arrendamiento o depósito, creyendo que pertenece a la herencia, no comete *furtum*; del mismo modo, el que tiene el usufructo de una esclava y vende o dona el parto, creyendo que le pertenece, no comete *furtum*, pues no hay *furtum sine adfectu furandi*. Y añade Gayo: “también de otras formas puede ocurrir que uno transmita a alguien una *res aliena* sin el vicio del *furtum*, de forma que ésta pueda ser usucapida por el poseedor”.

Para eliminar el *furtum* tenía que probarse que el transmitente creía que la cosa era suya, y sólo con esta prueba se eliminaba el *animus furandi*. Por tanto, eran excepcionales los

---

<sup>35</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 56, *Gai Inst.* 2.50: *...sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam uel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam, uendiderit aut donauerit, furtum non committit; item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens uendiderit aut donauerit, furtum non committit; furtum enim sine adfectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat ut a possessore usucapiatur.* (= I. 2.6.4; I. 2.6.5; I. 2.6.6).

casos en que se podía usucapir una cosa mueble ajena. Así se explica la afirmación de Gayo 2.50 (cit.): la *usucapio* del poseedor de buena fe sobre bienes muebles no es fácil que tenga lugar, *unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat*. Exactamente las mismas palabras se repiten en I. 2.6.2.

La *usucapio* de cosas muebles ajenas siempre estuvo prohibida en Roma desde las XII Tablas. Solo excepcionalmente, cuando no se había cometido *furtum*, esto es, cuando se probaba que el transmitente creía que la cosa era suya, no había *animus furandi* ni tampoco, en consecuencia, *res furtiva*, y solo entonces se admitía la usucapición.

Esta prohibición se completó, además, con la prohibición de usucapir las *vi possessae res*, como vamos a ver.

### 3. Prohibición de usucapir las *vi possessae res*

Según Gayo 2.45<sup>36</sup>, la ley de las XII Tablas prohibió usucapir las *res furtivae* y la *lex Iulia et Plautia* las cosas poseídas con violencia (=I. 2.6.2). Con esta segunda ley se produjo la extensión de la prohibición de usucapir las cosas muebles ajenas a todas las cosas poseídas con violencia (*vi possessae res*).

---

<sup>36</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 55, *Gai Inst.* 2.45: ...*(rem) furtiuam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia*.

La extensión de la prohibición se hizo necesaria cuando, a partir del originario caso de adquisición *a domino* por el *usus* se admitió también la adquisición por usucapión *a non domino* de todo poseedor de buena fe, que he descrito en las páginas precedentes.

Por medio de la ley Julia y Plautia introdujo esta nueva prohibición. No sólo no se podían usucapir las *res furtivae*, esto es, las cosas muebles ajenas transmitidas a título oneroso o por cualquier otra causa, sino que tampoco se podía usucapir ninguna cosa por la fuerza o a espaldas del dueño (*vi possessae res*).

De esta forma no se dejó resquicio alguna a la prohibición general de adquirir por usucapión las cosas muebles ajenas, salvo los casos excepcionales, que he descrito en el epígrafe anterior, de que el transmitente no hubiese cometido *furtum*, esto es, que se probase que creía que la cosa era suya<sup>37</sup>.

Pero resulta extraño que Gayo en 2.49, en contradicción con un pasaje anteriormente mencionado (2.45), atribuya la prohibición de usucapir los dos tipos de cosas muebles, las *res furtivae* y *vi possessae res*, a las XII Tablas. Según Gayo, se decía

---

<sup>37</sup> Tampoco podía ser usucapida la *res pignori obligata* vendida después de la *conventio pignoris* por el deudor, porque se trataría de una *res quasi furtiva* (C. 7.26.6).

vulgarmente que la prohibición emanaba de las XII Tablas: *quod ergo uulgo dicitur furtiuarum rerum et ui possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse...*

En realidad, como hemos visto en las páginas precedentes, el precepto decenviral *usus auctoritas* contenía el reconocimiento de la adquisición por el *usus* por parte del *mancipio accipiens* solo si compraba del verdadero dueño. Resultaba lógico que si no podía usucapir una cosa ajena el que había pagado un precio por ella, menos aún podría cualquier otro *possessor* de una cosa mueble ajena. Este es el motivo por el cual las XII Tablas podrían considerarse en sentido vulgar (como contrapuesto al sentido más científico) como el origen de la prohibición de usucapir en general las cosas ajenas y así lo pone de manifiesto Gayo.

En cambio, esta simplificación gayana no se recoge por los compiladores postclásicos, que, más fieles en este caso a la tradición clásica, describen en toda su extensión las leyes que contenían la prohibición de usucapir. En I. 2.6.2 se afirma que la prohibición de usucapir las *res furtivae* se impuso por la ley de las XII Tablas y por la ley Atinia, y que la ley Julia y Plautia fue la que impuso la prohibición de usucapir las *vi possessae res*<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> I. 2.6.2: *...nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem, vi possessarum lex Iulia et Plautia.*

#### 4. Dos casos especiales de *usucapio* de cosas muebles

##### 4.1. El parto de la *ancilla furtiva*

Se plantea por Juliano en D. 41.3.33.pr un caso especial de *usucapio*, concretamente si sería posible usucapión del parto de una *ancilla furtiva*: *Iulianus lib. XLIV. Non solum bonae fidei emtores, sed et omnes, qui possident qua ex causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillam furtivae usu suum faciunt; idque ratione iuris introductum arbitror; nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim Tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.*

A la cuestión responde el jurista afirmativamente: podrán usucapirlo no sólo los compradores de buena fe, sino todos los que poseen por una causa a la que suele seguir la *usucapio*; y esto por la misma razón por la que se puede usucapir la esclava, siempre que a ello no se oponga la ley de las XII Tablas o la *lex Atinia*, esto es, si fue concebido y parido en el momento en que ignoraba que la madre era furtiva.

Se detecta en esta respuesta de Juliano la existencia de las dos modalidades de *usucapio* admitidas en Derecho romano clásico: la del comprador *a domino*, con salvedad de que se tratase de una cosa ajena (caso éste prohibido por las XII Tablas

y la ley Atinia) y la del *possessor* de buena fe (distinto del adquirente a título oneroso), con la misma salvedad.

En este supuesto concreto considera Juliano que hay *usucapio* en ambos casos, ya que el hijo fue concebido y parido cuando el poseedor ignoraba que la madre era furtiva<sup>39</sup>. Pero no es este un caso excepcional de usucapión de una *res furtiva*, que estaba prohibida desde las XII Tablas y en la ley Atinia, porque el hijo no se puede considerar *res furtiva* ya que él no había sido propiamente objeto de *furtum*, pero sí se trata de un caso especial en que la *usucapio* sería admisible porque desde su nacimiento el *possessor* era de buena fe. Por eso Juliano dice que esto fue así admitido por la propia razón del derecho (*idque ratione iuris introductum arbitror*)<sup>40</sup>.

Un caso distinto es aquél en el que dejaba de ser furtiva una cosa mueble, esto es, cuando volvía de nuevo bajo el poder del *dominus*, que analizo a continuación.

#### 4.2. La *reversio in potestatem domini*

---

<sup>39</sup> BĚLOVSKÝ, P., *Usucapio of stolen things and slave children*, RIDA, 49, 2002, 57-99.

<sup>40</sup> Este mismo caso especial de usucapión, el del parto de la esclava furtiva por el que compró la madre de buena fe, se admite expresamente en la C. 7.26.3.

La *lex Atinia* habría contenido, además de la prohibición de usucapir las *res furtivae*, una excepción: *nisi in potestate eius, cui subrupta est revertatur*, según afirma Paulo en D. 41.3.4.6 *lib. LIV ad. Edictum: Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestate eius, cui surrepta est revertatur, sic acceptum est ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.*

Según Paulo, la *lex Atinia* imponía la prohibición de usucapir la *res furtiva* a no ser que volviese al poder de aquél de quien fue sustraída. Pero añade que esta disposición se deberá entender en el sentido de que ésta debe revertir a la potestad del *dominus*, y no a la potestad de quien fue sustraída<sup>41</sup>. En consecuencia, dice Paulo, si la cosa fue sustraída a un acreedor o al que la recibió en comodato, debe volver bajo la potestad del *dominus* para poder ser usucapida.

En otro pasaje el mismo jurista trata de esta misma cuestión, citando además como apoyo de su tesis a Sabino y a Casio. Afirma Paulo en D. 50.16.215<sup>42</sup>: Sabino y Casio dicen que,

---

<sup>41</sup> NICOSIA, G., *Acquisto del possesso 'per procuratorem' e 'reversio in potestatem domini' delle 'res furtivae'*, IVRA 11, 1960.

<sup>42</sup> D. 50.16.215, *Paul. lib. sing. ad leg. Fusiam Caniniam: In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Casius aiunt...*

según la *lex Atinia*, la *res furtiva* se sometió a la potestad del *dominus*, también cuando éste hubiera tenido la potestad para reivindicarla.

En ambos casos remite Paulo la prohibición de usucapir las *res furtivae* a la *lex Atinia*, que, además habría contenido la excepción a la prohibición: puede ser usucapida la *res furtiva* cuando vuelve al poder del dueño. Y el dueño se identifica por tener la cosa en su poder, o bien por ser el titular de la acción reivindicatoria, cuando es otro el que la tiene en su poder en concepto distinto de dueño, como el acreedor o el comodatario.

No es determinable con seguridad si realmente esta excepción estaba o no contenida en la ley *Atinia*, porque Paulo podría remitirse a ella por motivos retóricos. En todo caso existió lógicamente la posibilidad de que el propio *dominus* usucapiera la cosa mueble que volvía a su poder, y esto no era propiamente una excepción a la prohibición de usucapir las *res furtivae*, porque para el *dominus* la cosa no era una *res furtiva*. Se había purgado el vicio, como se afirma en I. 2.6.8: *Aliquando etiam re furtiva vel vi possessa res usucapi potest. Veluti si in domini potestatem reversa fuerit, tunc enim vitio rei purgato procedit eius usucapio.*

## 5. Origen de la prohibición de usucapir las *res furtivae*

Hay una aparente contradicción entre los pasajes de las fuentes ya mencionadas que se refieren a la ley Atinia. Como hemos visto, Aulo Gelio N.A. 17.7 atribuye a la ley Atinia la imposición de la *aeterna auctoritas* (al *mancipio dans*) cuando había sido despojado alguien de su propiedad: *quod subruptum erit*. Pero, en cambio, Paulo, en el pasaje analizado en el epígrafe anterior (D. 41.3.4.6), atribuye a esta misma ley el origen de la prohibición de usucapir las *res furtivae*.

*Quod subruptum erit* era una forma genérica de designar todas las cosas, muebles o inmuebles, respecto a las cuales había un dueño que podía interponer la acción reivindicatoria. Como hemos visto, la ley Atinia imponía una prohibición de adquirir por medio del *usus* en general todas las cosas ajenas (*res subreptae*).

Dentro de esa prohibición estaba incluida la de usucapir las *res furtivae*, que se refería a las cosas muebles ajenas transmitidas a título oneroso y también a las transmitidas por cualquier otra causa, casos en los que se cometía *furtum*, según Gayo 2.50. Respecto a estas últimas se entendía que si estaba prohibida la adquisición por el *usus* de todas las cosas ajenas, también estaba prohibida la adquisición de una cosa ajena mueble por quien no había pagado un precio por ella. No cabe duda de que toda *res furtiva* era también *res subrepta*, siendo el

de *res furtiva* un concepto más restringido dentro de las *res subreptae*.

De esta forma se puede explicar la atribución a la ley Atinia que hace Paulo de la prohibición de usucapir las *res furtivae*. Y se explica también que en otras fuentes se haga la misma remisión, como Juliano, en D. 41.3.33, y en I. 2.6.2 e Inst. de Teófilo 2.6.2<sup>43</sup>.

#### 6. *Usucapio* de muebles en época postclásica

Para equilibrar el conflicto de intereses que entraban en colisión fue necesario aumentar a tres años el plazo para que el *possessor* de buena fe adquiriese por usucapión de la cosa mueble en época postclásica (C. 7.31.2, año 531 e I. 2.6pr.). Aunque la *usucapio* de bienes muebles tenía lugar en casos muy excepcionales, como hemos visto, el verdadero dueño de la cosa tendría así más tiempo para reivindicarla.

Pero resulta relevante para la *usucapio* de bienes muebles una constitución de Justiniano del año 528 (C. 7.39.8.pr<sup>44</sup>), que

---

<sup>43</sup> Inst. de Teófilo 2.6.2: *...nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem...*

<sup>44</sup> C. 7.39.8pr, *Imp. Iustinianus A. Mennae P.P.- Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores*

concedió la acción reivindicatoria al que poseyó de buena fe una cosa cualquiera (*rem aliquam*) durante diez o veinte años por causa de venta, de donación, o por cualquier otro título contractual, en caso de pérdida fortuita de la posesión de la cosa.

Justiniano se refiere a una *res aliqua*, a una cosa cualquiera, por tanto, mueble o inmueble, y poseída con un título contractual. En consecuencia, introduce novedades muy importantes en relación con la *usucapio* de bienes muebles.

Como hemos visto, regía el principio general de que las cosas muebles ajenas (*res furtivae* o *vi possessae res*) no se podían adquirir por usucapión, salvo, excepcionalmente, que el transmitente no hubiese cometido *furtum*. Además en I. 2.6.2 se subrayaba que no podrán ser usucapidas ni aunque hubiesen sido poseídas de buena fe por el predicho largo tiempo (*furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt*), que era el de diez años entre presentes y veinte entre ausentes al que se hace referencia en el párrafo precedente (en I. 2.6.pr.).

---

*hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus.*

Pero Justiniano introduce una novedad con gran sutileza. Sin derogar expresamente la prohibición de usucapir las *res furtivae*, le concedía, sin embargo, al *possessor* de buena fe con título contractual la acción del propietario, la *reivindicatio*, una vez pasados ese plazo más largo, en el caso de que hubiese perdido fortuitamente la *possessio* de la cosa.

Se remite Justiniano en esta misma disposición a las antiguas leyes: esto también lo disponían las antiguas leyes, si se examinan convenientemente (*hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant*). Esta afirmación es cierta, porque Justiniano no deroga expresamente la prohibición de usucapir las cosas muebles ajenas, sino que admite el ejercicio de la acción reivindicatoria al que ha poseído una cosa mueble con cualquier título contractual durante largo tiempo.

Esta es una importante novedad, ya que se permite al *possessor* por largo tiempo adquirir el *dominium* siempre que tenga un título contractual, y aquí se consideraba incluido también el adquirente *a non domino*, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

#### IV. *Usucapio* de bienes inmuebles

##### 1. Distinción entre bienes muebles e inmuebles

Como hemos visto a lo largo de las páginas precedentes, del precepto decenviral *usus auctoritas* arranca la distinción entre fundos y todas las restantes cosas, ya que se establecen plazos distintos para usucapir los unos y las otras.

En derecho clásico se detecta una variación en la clasificación de las cosas sobre las que podía recaer la *usucapio*. El término *fundus*, proveniente de las XII Tablas, se amplió a *res soli* (Gayo 2.54 y también 2.42), término que incluía los edificios<sup>45</sup> y se contraponía, igual que en las XII Tablas, a todas las restantes cosas (Gayo 2.54: *ceterae res*<sup>46</sup>), pero también, en

---

<sup>45</sup> En Cicerón *Top.* 4.23 se encuentra la explicación de la extensión del precepto *usus auctoritas* a los edificios: *quod in re pari valet, valeat in hac quae pars est; ut: Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium; at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annus est usus.*

<sup>46</sup> La bipartición entre fundos y todas las restantes cosas a efectos de la *usucapio* planteaba problemas en relación, por ejemplo, de la usucapición de la herencia. Vid. Gayo 2.54 (FIRA<sup>2</sup>, p. 56): *ergo hereditas in ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. <Et> quamuis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.* La herencia estaría comprendida en la categoría de “todas las restantes cosas”, porque, afirma Gayo, ni es inmueble y ni tampoco es cosa corporal. Según Gayo, a pesar de que después se pensó que las mismas herencias no se podían usucapir, finalmente prevaleció la usucapición anual, sobre todas las cosas hereditarias, incluso las cosas inmuebles. El problema que se plantea en este pasaje se suscita por tratarse de una universalidad de cosas,

otros casos, a cosas muebles (Gayo 2.42:...*mobiliium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio*).

Es Ulpiano el que introduce decididamente la contraposición entre bienes muebles e inmuebles en la definición de la *usucapio*: *Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis annii vel bienii rerum mobiliium anni immobiliium bienii* (Ep. Ulp. 19.8). Esta bipartición se mantuvo por Justiniano (I. 2.6.pr) y es la que ha perdurado hasta hoy en día.

La diferencia esencial entre estas dos categorías de cosas es que el plazo para que *dominus* ejercitase la *reivindicatio* tenía necesariamente que ser más amplio en el caso de los inmuebles, puesto que debía disponer de un tiempo razonable para comprobar que otra persona ejercía la *possessio*, apoderándose de los frutos del fondo, y esto dependía de muchos factores, como las condiciones agrícolas, el tipo de cultivo y hasta de la ubicación del fondo.

---

constituida por muebles, inmuebles y cosas incorporales. Por eso, se optó por no admitir la *usucapio* de la herencia, sino de las cosas hereditarias. Según Gayo 2.54, se admitió la usucapión de todas las cosas hereditarias (*in omnibus rebus hereditariis...usucapio*), respecto a las cuales la *usucapio* anual, como dice también Gayo 2.55, tan poco escrupulosa (*tam inproba*), fue una medida para apresurar la aceptación de las herencias.

En cambio, respecto a una cosa mueble, un año se consideró inicialmente suficiente para que el *dominus* detectase la privación de la *possessio* e interpusiese la correspondiente acción reipersecutoria. Sobre todo teniendo en cuenta que respecto a los bienes muebles la *usucapio* solo se admitió en casos muy excepcionales, como hemos visto. En época postclásica se amplió el plazo a tres años, como hemos visto.

Pero la *usucapio* de inmuebles, además, transcurrió por caminos distintos a la de bienes muebles, principalmente porque no había *furtum* respecto a los inmuebles, como vamos a ver a continuación.

## 2. Inexistencia de *furtum* de inmuebles

Es conveniente recordar que Gayo 2.50 (cit.) se refiere a las cosas muebles cuando afirma que quien vende una cosa ajena y la entrega comete *furtum* (*qui alienam rem uendidit et tradidit, furtum committit*), y lo mismo ocurre cuando es entregada -la cosa mueble- por cualquier otra causa (*idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur*).

En cambio, en relación con los bienes inmuebles afirma Gayo 2.51 que es rechazable la opinión de quienes opinaban que sería *furtum* la transmisión de un fundo ajeno (*...inprobata sit eorum sententia, qui putauerint furtiuum fundum fieri posse*). Y

reitera Gayo en otro pasaje que está derogada la opinión de algunos antiguos de que podía cometerse *furtum* del fundo (D. 41.3.38: *abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri*).

Lo mismo opina Ulpiano. Le parece más cierta la postura mayoritaria de que en el caso del fundo no cabía *furtum* (Ulp. D. 47.2.25pr.: *Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse*).

De estos pasajes se deduce que había existido entre los juristas antiguos la idea de que era posible el *furtum* de un inmueble, opinión que para Gayo y Ulpiano ya estaba superada, así como en época postclásica, según se deduce de I. 2.6.7, donde se repiten las mismas palabras de Gayo (*abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri*).

El fundamento de esta más antigua opinión se puede encontrar en el ámbito de la *mancipatio*, que, como negocio abstracto y formal del *ius civile*, admitía su celebración incluso aunque el *mancipio dans* no fuese dueño. Podría suceder, por tanto, que se vendiese por *mancipatio* un fundo ajeno o bien que se vendiese el mismo fundo a dos personas distintas.

Es posible que los juristas calificasen este caso como *furtum* de inmueble. Pero, como se deduce de los pasajes antes reproducidos, en realidad esta era una denominación de tipo doctrinal, proveniente de la elucubración de los juristas. Sería posible calificar de *furtum* la *mancipatio* de un fundo ajeno pero el problema era que no había una acción para perseguirlo como *furtum*, porque el titular dominical solo podía interponer, desde las más arcaicas *legis actiones* (*legis actio sacramento*), la *reivindicatio* frente al que le privaba de la *possessio* del fundo, esto es, frente al que estaba actuando como *possessor* de los frutos del fundo.

Por tanto, aunque hubiese tenido lugar una venta *a non domino* no cabía iniciar una *reipersecutio* del fundo, ni frente al que lo transmitió ni frente al que lo adquirió, salvo que éste actuase como *possessor*. Pero entonces la acción del propietario del fundo era la reivindicatoria, como ya hemos dicho. Con esta acción obtenía el *dominus* la *restitutio* de la *possessio* del fundo, esto es, del derecho a la obtención de los frutos del fundo, que llevaba aparejada la reparación del perjuicio causado porque se realizaba la *restitutio* de todos los frutos (naturales o civiles), incluidos los dejados de obtener. La acción reivindicatoria, configurada como acción arbitraria, continuó siendo en el procedimiento formulario el único modo de exigir el

reconocimiento de la titularidad dominical sobre los inmuebles, igual que lo había sido originariamente<sup>47</sup>.

Por eso Gayo 2.50 no admite la existencia del *furtum* de inmuebles y añade en 2.51<sup>48</sup> que no había *furtum* del poseedor de buena fe incluso aunque su transmitente supiese que el fundo era ajeno: el poseedor de buena fe de un fundo puede usucapirlo, aunque su transmitente sepa que es ajeno, ya que no es admisible la opinión de los que creyeron que un fundo era

---

<sup>47</sup> Esta *restitutio rei* también se podía exigir respecto a los bienes muebles por medio de la *reivindicatio* del procedimiento formulario, pero no en el de las *legis actiones*, ya que el procedimiento que originariamente solo podía iniciar el propietario que había perdido la *possessio* de una cosa mueble era el reipersecutorio, Por eso Ulpiano en D. 6.1.1, libro XVI ad *Edictum*, recuerda expresamente que la acción reivindicatoria tenía lugar en relación con las cosas muebles: *quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his, quae solo continentur.*

<sup>48</sup> Vid. FIRA<sup>2</sup>, p. 56, *Gai Inst.* 2.51: *Fundi quoque alieni potest aliquis sine ui possessionem nancisci, quae uel ex negligentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit uel longo tempo afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamuis ipse, qui uacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, <cum> inprobata sit eorum sententia, qui putauerint furtiuum fundum fieri posse.*

susceptible de *furtum* (*id.* en Gayo, D. 41.3.38<sup>49</sup>, Ulpiano D. 47.2.25pr. e I. 2.6.7).

Gayo aquí alude a la consecuencia directa que se deriva de la inexistencia del *furtum* de inmuebles: era admisible la *usucapio* de un fundo ajeno por el *possessor* de buena fe. Pero debemos recordar que continuaba vigente la *aeterna auctoritas* establecida por las XII Tablas y la ley Atinia en el caso de una *res subrepta*. Siempre que el *dominus* de un fundo lograba probar su derecho dominical en juicio, vencía frente al adquirente a título oneroso, estando el vendedor obligado a responder por *auctoritas* en la *mancipatio* o por evicción en la *emptio venditio*.

Por tanto, era admisible la *usucapio* del fundo ajeno por el *possessor* de buena fe, excluido el adquirente *a non domino*. Regía, en consecuencia, una regla general distinta que respecto a los bienes muebles: las cosas muebles ajenas reivindicadas por el *dominus* se consideraban *res furtivae* y, como regla general, no podían ser usucapidas salvo casos muy excepcionales. En cambio, respecto a los bienes inmuebles sucedía lo contrario: puesto que la cosa inmueble no podía ser objeto de *furtum*, sería entonces admisible la *usucapio* del *possessor* de buena fe, con la excepción del comprador *a non domino*.

---

<sup>49</sup> D. 41.3.38: ...*sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri..*

Pero la inexistencia de *furtum* de inmuebles no ha sido una cuestión indiscutida para la doctrina, principalmente porque consta un caso en las fuentes de *furtum fundi*, que analizo a continuación.

### 3. Un caso de *furtum possessionis*

Este único caso de *furtum fundi* se encuentra en Aulo Gelio N.A. 11.18.12-13: *inveniet Sabrini librum, cui titulus est de furtis. 13 In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset.*

En este libro (el libro *De furtis* de Sabino), afirma Aulo Gelio, hay algo que ha pasado desapercibido, esto es, que no sólo existía *furtum* respecto a los esclavos y las cosas muebles, que se pueden llevar oculta y subrepticamente, sino también de los fundos y de los edificios. Describe como ejemplo el caso en que se condenó por *furtum* al colono que, tras venderse el fundo que tenía arrendado, privó al nuevo dueño de la *possessio* del mismo.

Esta privación de la *possessio* aludida por Aulo Gelio consistía en que el colono no pagaba la renta al nuevo dueño. En este caso podía el comprador del fundo interponer la *actio furti* frente al colono por la cuantía de la renta que no le pagó.

La descripción de este caso por Aulo Gelio confirma que se trata de un caso especial de *furtum fundi* (y de los edificios: *fundi et aedium furtum*), que “habría pasado desapercibido para todos”. Aulo Gelio quiere llamar la atención sobre la existencia de un único caso de *furtum* relacionado con un bien inmueble, pero en realidad lo que describía era un *furtum possessionis*, esto es, una inversión del estado posesorio (*interventio possessionis*), que el colono realizaba al privarle al *dominus* de las rentas del fundo (o edificio).

Aquí no se litiga entre dos personas sobre la titularidad dominical sobre un inmueble, sino por el reconocimiento del derecho del propietario a recibir las rentas del *colonus* o inquilino. La *actio furti* tiene aquí el sentido que adquirió en el procedimiento formulario, esto es, como acción que persigue la reparación de un perjuicio causado (I. 4.2.19), en este caso, por la privación de la *possessio* de un inmueble. El propietario de un fundo podía interponer sólo y únicamente en este caso la *actio furti* cuando exigía el resarcimiento del perjuicio que le fue causado como titular dominical del fundo.

Esta modalidad de *furtum possessionis* se encuentra incluida en la definición de *furtum* descrita por Paulo en D. 47.2.1.3 (=I. 4.1.1): el *furtum* se define por la *contrectatio* (uso, manipulación, manejo) fraudulenta de una cosa, con la finalidad de obtener lucro, ya sea de la propia cosa, o bien de su uso o posesión. Por tanto, cometía *furtum* el que se lucraba con la privación de los frutos o rentas, esto es, de la *possessio*, al propietario de un inmueble.

#### 4. *Exceptio y praescriptio longi temporis*

Era posible, pues, la *usucapio (a non domino)* de inmuebles por parte del *possessor* de buena fe con *iusta causa possidendi* (esto es, distinto del adquirente *a non domino*) a la que se aplicaba el plazo, ya establecido en las XII Tablas, de dos años, como recuerda Gayo en 2.42. En 2.44 añade Gayo que estos plazos parecieron suficientes para que el propietario inquiriera o vigilase su cosa (*cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium...*). Y todavía Ulpiano se refiere a la vigencia de estos plazos en *Ep. Ulp.* 19.8 cit.

Pero este plazo de dos años resultaba demasiado corto para que el propietario se percatase de que otra persona estaba poseyendo el fundo, esto es, que estaba apoderándose de los frutos o actuando como titular de la explotación económica del mismo, sobre todo a finales de la época clásica cuando el

imperio romano había experimentado su enorme expansión territorial. El propietario del fundo tendría solamente dos años para interponer la acción reivindicatoria frente al *possessor*, salvo que se tratase de un adquirente a título oneroso. Como hemos dicho, quedaban fuera de la *usucapio* (igual que en el caso de los bienes muebles) los inmuebles adquiridos *a non domino* (por ausencia de *iusta causa possidendi*), excepción que estaba vigente desde las XII Tablas y la ley Atinia.

Pero aunque esta excepción era beneficiosa para el *verus dominus*, por otra parte, creaba un problema para la seguridad del tráfico de inmuebles. El adquirente *a non domino* de un inmueble estaba eternamente expuesto a ser vencido por la *reivindicatio* del *verus dominus*, aunque tendría en este caso la posibilidad de exigirle responsabilidad por *auctoritas* o por evicción al vendedor (según el negocio jurídico que se hubiese celebrado), cuya responsabilidad en este caso era asimismo eterna.

Por ese motivo el comprador del inmueble necesitaba estar seguro de que adquiriría del verdadero dueño, pero la cuestión presentaba la dificultad adicional, que no existía en relación con los bienes muebles, y es que la persona del *dominus*, que podía actuar como vendedor, podía no coincidir con el *posseessor*, que

era el titular de los frutos del fundo, p. ejemplo, el acreedor pignoraticio<sup>50</sup>.

Este fue el motivo determinante para que, por la vía de hecho, esto es, por medio de una excepción procesal, se introdujese la posibilidad de poner fin a la vinculación eterna entre el comprador y el vendedor de un inmueble. La *exceptio longi temporis* la podía oponer el *possessor* de buena fe del

---

<sup>50</sup> En el s. II d. C. las ventas *a non domino* de bienes inmuebles ya se habían convertido en un problema que debía ser erradicado. Para conseguir la completa seguridad del tráfico de inmuebles el comprador tenía que estar seguro, desde el momento mismo de la venta, de que había adquirido del verdadero dueño, porque con la *reivindicatio* el verdadero propietario podía exigirle en cualquier momento la *restitutio rei*, lo cual podía resultar muy gravoso aunque el comprador tuviese la *actio empti* frente al vendedor para exigirle responsabilidad por evicción. La comprobación por parte del comprador de que el vendedor era el verdadero dueño ya resultaba muy complicada a finales de la etapa clásica, principalmente debido a la enorme expansión del territorio del imperio romano. Por este motivo impuso Constantino, según consta en Fr. Vat. 35,4-7, que las ventas de inmuebles fuesen acompañadas de la prueba de la propiedad del vendedor (*probatio proprietatis*) por medio de los vecinos presentes en la venta. Por primera vez se impuso, por disposición legal, una medida para dotar de seguridad a las ventas de inmuebles, que no subsistió en época postclásica romana, en la que la *fides publica* se obtenía a través de la confirmación de la venta ante los magistrados con el *ius conficiendorum actorum*, esto es, ante los magistrados que daban testimonio de los hechos acaecidos. Vid. *La fides publica romana*, RIDA 60, 2013, p. 131-162.

inmueble frente a la *reivindicatio* del *dominus*. Pasados los plazos de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, el *possessor* de buena fe podía paralizar la acción reivindicatoria del *verus dominus*. No se admitía que el *possessor* de buena fe de un inmueble lo había adquirido por usucapión, sino que con la *exceptio* se alegaba que el derecho del propietario a interponer la *reivindicatio* había prescrito. Por eso, como contrapartida, se establecieron plazos más largos.

Ya en las *Pauli Sententiae* aparecen los nuevos plazos (PS 5.2.3: *longi autem praescriptio inter praesentes continui decenni spatio, inter absentes vicennii comprehenditur*, asimismo PS.Int 5.2.3.4). Justiniano justifica esta ampliación, desde la perspectiva de la decadencia del derecho del propietario, en C. 7.31.1pr.: nada era tan inhumano como que un hombre ausente y desconocedor decayera de sus posesiones en tan corto tiempo (*quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus*).

Y puesto que se consideraba prescrito el derecho del propietario a interponer la *reivindicatio*, tenía que admitirse que, en esos mismos plazos, el poseedor de buena fe con *iusta causa* había usucapido. Por este motivo los mismos plazos de la *praescriptio* se trasladaron a la *usucapio* de inmuebles. En I. 2.6pr se explica la introducción de esta innovación: la *usucapio* del antiguo *ius civile* se habría referido a los inmuebles sitios en

suelo itálico (*in Italico solo*), y se habría admitido por los antiguos para que el dominio de las cosas no quedase en la incertidumbre. Por eso se habría promulgado una constitución, según la cual los bienes inmuebles se usucapían por la *possessio longi temporis*, de diez años de duración entre presentes y veinte entre ausentes, de forma que, no sólo en Italia, sino en todo el territorio del imperio, se adquiriese el dominio de las cosas, precediendo una *iusta causa possidendi*.

De este pasaje se deduce claramente que se mantuvo la institución de la *usucapio* siempre basada en una *iusta causa possidendi*, y esto significa que continuaban excluidos de ella, por tanto, el adquirente *a non domino* y cualquier comprador cuyo título fuese inválido o ilícito<sup>51</sup>. Pero gracias a la *exceptio*

---

<sup>51</sup> Aunque he centrado el tema de este artículo en la exclusión del adquirente *a non domino* de la *usucapio*, también estaban excluidos de la *usucapio* –por no tener una *iusta causa possidendi*–, los casos en que el comprador tenía un título inválido o ilícito, Prueba de ello es la antigua prohibición de usucapir las *res mancipi* vendidas por una mujer sin la *auctoritas* del tutor (Gayo 2.47). En las constituciones imperiales se confirma que no solo el adquirente *a non domino* estaba excluido de la *usucapio*, sino también cualquier comprador de cosa mueble o inmueble cuyo título fuese inválido o ilícito. Así se excluyen de la usucapición los esclavos vendidos por quien no tenía derecho a ello (venta ilícita, en C. 7.26.1). Tampoco pueden ser usucapidos los esclavos vendidos por los tutores en contra de la voluntad del difunto (C. 7.26.2). ni tampoco se podrá usucapir la cosa adquirida del pupilo sin la autorización del tutor

*longi temporis* se logró introducir un importante cambio, porque el demandado no alegaba que había adquirido por usucapión, sino que había prescrito el derecho del propietario a interponer la *reivindicatio*. Con la *exceptio longi temporis* se abrió una vía de hecho por medio de la cual todo el que poseyese de buena fe durante un largo tiempo, ya fuese adquirente *a non domino* o no, pudiese considerarse propietario. El reconocimiento oficial de esta forma de adquisición de la propiedad se produjo más tarde, en época justiniana, por medio de la institución de la *possessio longi temporis*.

#### 5. La *possessio longi temporis*

Justiniano no transformó la institución de la *usucapio*, que continuaba vigente como *modus acquirendi* del *possessor* con una *iusta causa*, exceptuado, por tanto, el adquirente *a non domino*. Lo que hizo fue configurar la *possessio longi temporis* como *modus acquirendi* genérico, incluyendo al adquirente *a non domino*: al que ejercía la *possessio* durante largo tiempo, basada en un título contractual, se le concedía la acción del propietario -la *reivindicatio*- frente a cualquiera.

---

(C. 7.26.9). En cambio, se admite expresamente la usucapión del que adquirió del dueño, esto es, no prosperará la *reivindicatio* del vendedor - dueño- que quería retractarse de la venta (C. 7.26.4).

Así lo dispone Justiniano en la constitución del año 528 (C. 7.39.8.pr, cit.<sup>52</sup>): el que por causa de venta, de donación, o por cualquier otro título contractual poseyó de buena fe durante diez o veinte años alguna cosa (*rem aliquam*) y adquirió para sí la *exceptio longi temporis* contra el *dominus* de ella y contra los acreedores hipotecarios que la pretendían, puede, en caso de pérdida fortuita de la posesión de la cosa, interponer la acción reivindicatoria.

Justiniano, pues, concede a todo *possessor* de buena fe durante largo tiempo que tuviese un título contractual, y, por tanto, también al comprador *a non domino*, la acción reivindicatoria del propietario. Transcurridos los plazos mencionados, este *possessor* de buena fe no sólo adquiere la *exceptio* frente al propietario y a los acreedores hipotecarios, sino que tiene la acción reivindicatoria cuando ha perdido la cosa. Por tanto, la *possessio longi temporis* justiniana era el *modus acquirendi*, cuando iba unido a la existencia de un título contractual -incluido el del adquirente *a non domino*-. La reunión de la *possessio longi temporis* (*modus acquirendi*) y del *titulus* contractual determinaban la adquisición del *dominium* en época justiniana.

---

<sup>52</sup> Vid. C. 7.39.8pr. en nota nº 43.

Y puesto que el título contractual lo tenía también el que adquiriría de un no dueño, no resultó difícil admitir la adquisición del *dominium* por el poseedor sin necesidad de buena fe ni justo título con el transcurso de treinta años. Esta admisión se produjo indirectamente al establecerse este plazo general de prescripción para todas las acciones, reales y personales (C. 7.39.3, año 424). Por tanto, también prescribía en ese plazo la acción del propietario frente al poseedor de la cosa mueble o inmueble, sea de buena o mala fe, con título o sin él.

## V. Conclusiones

El caso más antiguo de adquisición por el *usus* fue el del comprador *a domino*, del cual se dedujo una prohibición que estuvo vigente siempre en derecho romano, que era que las cosas ajenas muebles o inmuebles (*res subreptae*) no podían ser usucapidas por el comprador.

A partir de este caso originario de adquisición por el *usus* (*a domino*) se admitió análogamente que tenía una *iusta causa possidendi* todo el que poseía creyendo que su transmitente era dueño (poseedor de buena fe), que, por este motivo, podía usucapir *a non domino*. Estas dos formas de *usucapio* coexistieron en la época romana clásica, ya que en ambas tenía lugar el ejercicio de la *possessio* unida a una *iusta causa possidendi*.

El comprador de una cosa ajena mueble o inmueble nunca podía usucapirla. El verdadero dueño siempre vencía con la *reivindicatio*, y el comprador le podía exigir al vendedor responsabilidad por *auctoritas* -en la *mancipatio*-, o responsabilidad por evicción -en la *emptio venditio*-. Esta exclusión de la *usucapio* encaja con la prohibición de que las cosas muebles ajenas, transmitidas por causa de venta o por cualquier otra causa, eran *res furtivae* y no podían ser usucapidas. En cambio, sobre los bienes inmuebles ajenos, que no eran susceptibles de *furtum*, cabía la *usucapio* del *possessor* de buena fe, salvo la mencionada excepción del adquirente *a non domino*, que quedaba eternamente expuesto a una posible *reivindicatio* por el verdadero dueño.

Por exigencias de la seguridad del tráfico de bienes inmuebles, a finales de época clásica se reconoció, por medio de un instrumento procesal, la *exceptio longi temporis*, a favor de todo *possessor* de buena fe de un inmueble, adquirente a título oneroso o no, la posibilidad de paralizar la acción reivindicatoria del *dominus*, cuyo derecho se consideraba prescrito transcurridos unos plazos más amplios (diez años entre presentes y veinte entre ausentes). Con la *exceptio longi temporis* no se alegaba que el demandado había adquirido por usucapición, sino que el derecho del *dominus* había prescrito.

Finalmente, sin derogar la institución de la *usucapio*, que seguía fundamentada en una *iusta causa possidendi*, dispuso Justiniano que, por medio de la *possessio longi temporis* adquiriría la acción del dueño -la reivindicatoria- el *possessor* de buena fe de una cosa cualquiera que tuviese un título contractual. La *possessio longi temporis* se convirtió así en un *modus acquirendi* genérico para todos los poseedores de buena fe de una cosa, mueble o inmueble, siempre que se basasen en un título contractual, cualquiera que éste fuese. Por medio de la *possessio longi temporis*, finalmente, podía también adquirir el *dominium* también el comprador *a non domino*.