

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez
Juan Carlos Ghirardi
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Gabriela Marta Alonsoperez
Carlos María Antuña Suárez
Juan Bautista Bardi
Cecilia Benetti
Gonzalo Bernal
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli
Leticia Núñez
Carlos Andrés Domínguez
Scheid
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Gastón L. Medina
Germán Giarrocco
Joao Alfredo Jiménez Salas
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel
Arturo Magno Quispe Quiroz
Emma M. Rodríguez Díaz
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Luis Diego Vargas
Bibiana Llaryora
Paola Acosta
Andrea Costa
Soledad Sandra Peralta

UFLO
UNIVERSIDAD

Una excepción a la regla por la que no se puede usucapir la cosa hurtada en el derecho romano justiniano

Por Luis Diego Vargas⁸²⁹

Resumen

En el presente trabajo el autor analiza la regla de derecho del *Corpus Iuris Civilis* que indica que las cosas muebles hurtadas no pueden ser usucapidas, ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6) y sostiene que dicha regla encuentra excepciones en el caso de la cría del ganado hurtado que si puede ser usucapido por un tercero de buena fe (D. 47. 2. 48. 5) y en el caso de los corderos de las ovejas hurtadas, toda vez que los corderos, al ser frutos, son del

⁸²⁹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Magíster en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Asociado del Estudio Avendaño.

poseedor de buena fe, quien hace suyo los frutos, sin necesidad de usucapirlos (D. 41. 1. 48. 2).

Palabras clave: usucapición; frutos; buena fe

I. Introducción

En el derecho romano justiniano (*Corpus Iuris Civilis*) existe una regla de derecho según la cual las cosas muebles hurtadas no pueden ser usucapidas, ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6).⁸³⁰ Para poder entender esta regla de manera clara veamos un ejemplo. Marco es dueño de una oveja. Julio roba dicha oveja y la vende a César, quien no tenía conocimiento alguno del robo, y, por el contrario, creía firmemente que Julio (ladrón) era el legítimo dueño. Aplicando la regla antes mencionada, en este caso no es posible que la oveja robada sea usucapida, ni siquiera por César que es un adquirente de buena fe.

Esta regla, que a primera vista parece ilógica e ineficiente desde una óptica actual, para la época de los romanos tenía un fundamento claro: la protección del derecho de propiedad del verdadero dueño, a quien le robaron la cosa mueble. En efecto, las cosas hurtadas no podían ser usucapidas, justamente, porque el hurto dejaba una “marca” insalvable en la cosa hurtada, por lo que ni el tercero de buena fe podía usucapirla. Los romanos tenían claro que el derecho de propiedad debía ser

⁸³⁰ Estas citas y todas las citas del *Corpus Iuris Civilis* del presente trabajo de investigación fueron obtenidas de la siguiente fuente bibliográfica: GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. A doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por D. Ildelfonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=cuerpo+del+derecho+civil&at=Justinia>.

protegido y no podía sucumbir ni siquiera frente un adquirente de buena fe de la cosa hurtada.

Estas ideas se pueden sustraer de Fuenteseca, quien indica que la prohibición de usucapir bienes hurtados permitía que el verdadero propietario pueda siempre reivindicar la cosa en cabeza de quien esté, ya sea quien cometió el hurto o incluso el adquirente de buena fe.⁸³¹ Así, es coherente señalar que, al funcionar siempre la reivindicación de las cosas hurtadas, se entiende que el hurto dejaba la denominada “marca” que no permitía que la cosa hurtada pueda ser usucapida. Había una clara intención de proteger al verdadero dueño frente a eventos ajenos a su voluntad, como el hurto.

Sin perjuicio de ello, en el Digesto se puede ubicar un supuesto que bajo nuestra lectura constituye una excepción a la regla descrita previamente. Concretamente, nos referimos a los frutos (crías del ganado hurtado, corderos nacidos de ovejas hurtadas) que sí podían ser adquiridos por el tercero de buena fe, aunque la cosa fructífera hurtada (oveja o vaca) no pueda ser usucapida, ni siquiera por el adquirente de buena fe, al estar “marcados” con el hurto (D. 47. 2. 48. 5 y D. 41. 1. 48. 2).

Siendo éste el escenario, en el presente trabajo de investigación nos ocuparemos de explicar las razones por la cuales entendemos que los frutos de la cosa fructífera hurtada constituyen una excepción a la regla de que no se pueden adquirir cosas muebles hurtadas en el derecho romano justinianeo. Para dichos efectos, primero analizaremos los requisitos para la usucapción de cosas muebles. Posteriormente, analizaremos la regla de derecho que indica que las cosas muebles hurtadas no pueden ser usucapidas, ni siquiera por el adquirente de buena fe, para finalmente analizar el punto central de la investigación, que es la excepción ubicada respecto de la regla general.

⁸³¹ FUENTESECA, M. (2015). “La exclusión del comprador a non domino de la usucapio”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 5, p. 34. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5712609.pdf>.

II. Requisitos para la usucapión de cosas muebles en el derecho romano justinianeo

La usucapión desde su concepción más general permite entender que es la adquisición de una cosa por su uso. Marcin (2020) sostiene que en una concepción general de la usucapión en el derecho romano se puede advertir que, desde su etimología, *usus capere* denotaba (significaba) *capere* (adquirir) *usus* (por el uso).⁸³²

En buena cuenta, la usucapión es un modo de adquirir del *ius civile* que permitía obtener el dominio de una *res* mediante su posesión de buena fe por un período de tiempo. La usucapión buscaba corregir determinadas situaciones de la realidad, en las que alguien de buena fe no había logrado adquirir el dominio, pese a actuar como el legítimo dueño de una cosa.⁸³³

En virtud de la usucapión, el derecho romano buscó proteger a quien no adquirió del legítimo dueño o no cumplió con todas las formalidades requeridas, pero tenía buena fe. Si una persona poseía la cosa de buena fe, de manera pacífica y pública, aunque no fuera el propietario, era factible que el tiempo le permita convertirse en el legítimo dueño. Es decir, su derecho transmutaba de la posesión (entendido como señorío de hecho) en *dominium*.⁸³⁴

Conforme entiende Pérez (2016), en caso de que el dominio no resultaba transmitido, ya sea porque el vendedor no era el dueño o debido a que no se realizó el acto formal preestablecido por el ordenamiento (defecto de forma), se considera que la venta es una auténtica *iusta*

⁸³² MARCIN, F. (2020). "Selección y breve comentario a alguna jurisprudencia relevante en la práctica forense de México sobre aspectos sustanciales, procesales y/o probatorios de la acción de prescripción adquisitiva o usucapión de buena fe (notas histórico comparativas)". En *Revista de Derecho Privado de la Universidad Autónoma de México*. Año VII, N° 17, p. 33. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/issue/view/670>.

⁸³³ MÉNDEZ, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (Colección lo esencial del Derecho), p. 140-141.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 141.

causa usucapionis, y, por tanto, en un corto espacio de uno o dos años el comprador se convertirá en dueño de la cosa.⁸³⁵

Nótese que la usucapión permitía que el poseedor se convierta en propietario. El uso de la cosa le permitía adquirir dominio, pese a que su título no provenía del legítimo dueño. Así, como indica Bernard, mediante la usucapión el derecho romano propiciaba un mecanismo con clara tendencia a conservar la propiedad, situación que incidiría en una gestión eficiente de los recursos.⁸³⁶

Ahora bien, para efectos de que se produzca esta transmutación de la posesión al dominium, era necesario que se cumplan una serie de requisitos que son los siguientes: *res habilis*, *bona fides*, *possessio*, *titulus* y *tempus*.

Sobre el primer requisito, Bernard anota que el requerimiento de *res habilis* exige que la cosa tiene que ser susceptible de ser usucapida.⁸³⁷ No todas las cosas son susceptibles de ser usucapidas, el ejemplo resalante para efectos de la presente investigación son las cosas hurtadas que no pueden ser usucapidas ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6). Únicamente habiendo determinado que estamos frente a una *res habilis* podemos evaluar el cumplimiento de los demás requisitos.

En relación al segundo requisito, la *bona fides* es entendida como la buena fe. En términos de Alvarado (2003), la buena fe en el marco del derecho romano consiste en la creencia de que se ha de convertir en el

⁸³⁵ PÉREZ, M. (2016). "La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo". En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 14, p. 207. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6128>.

⁸³⁶ BERNARD, R. (2019). "A propósito de una pretendida función social de la propiedad en el Derecho Romano: Una visión actual bajo el prisma del análisis económico del derecho (AED)". En *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 29, p. 108. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es/sumarios23.html>.

⁸³⁷ Citado en: GALLEGO, S. (2020). *La usucapio en Roma*. Tesis para optar el Grado en Derecho. Valladolid: Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, p. 20. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/46936>

legítimo dueño.⁸³⁸ En buena cuenta, y tal como advertimos previamente, la lógica de la usucapión en el derecho romano era justamente brindar una herramienta al adquirente que no adquirió del legítimo dueño, pero tenía la confianza que contrataba con el verdadero propietario. En esta confianza reside la buena fe, y este acto que implica honestidad es justamente el protegido por el Derecho Romano.

Sobre este asunto, Adame (2009) anota que el poseedor puede usucapir únicamente si es un poseedor civil de buena fe. Esto implica que el poseedor tiene la cosa (*corpus*) y el ánimo (*animus*) de actuar como el legítimo dueño, confiando en que con su posesión no lesiona algún derecho ajeno. Esta confianza (creencia) es un estado subjetivo del poseedor, que no puede conocer directamente, pero que sí puede presumirse en la medida de que el poseedor demuestre una justa causa al poseer.⁸³⁹

Asimismo, tal como afirma Gonzales, la *bona fides* sirve de base no solo para la *usucapio pro emptore*, sino que también para otros escenarios como la adquisición por parte del poseedor de la propiedad de los frutos.⁸⁴⁰ Nótese que la buena fe cumplió un rol preponderante en el derecho romano no solo para la usucapión, sino que también para la adquisición de frutos, relevancia que le llevó con el tiempo a ser considerado como un principio general del derecho.

⁸³⁸ ALVARADO, J. (2003). "La usucapión como modo de adquirir de la propiedad en el Derecho Romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana" (Primera Parte). En *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, N° 23, p. 31. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-2.pdf>. Cabe precisar que el texto del profesor Alvarado que ubicamos en nuestra investigación no cuenta con una numeración. Para efectos del presente trabajo, hemos colocado la numeración de 1 a 39, con la finalidad de que el lector pueda ubicar el lugar de donde se extrajo las partes citadas del texto del profesor Alvarado.

⁸³⁹ ADAME, J. (2009). *Curso de Derecho Romano Clásico I*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p.117. Disponible en: <https://docplayer.es/6657000-Curso-de-derecho-romano-clasico-i.html>.

⁸⁴⁰ Citado en: SALAZAR, M. (2015). "Formación en el Derecho Romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el Derecho Comunitario Europeo". En *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 14, p. 140. Disponible en: <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18062>.

Sobre el particular, Torres (2014) anota que la buena fe es justamente un requisito que se ha convertido en un principio general del derecho, el cual es exigido no solo en algunos casos de *usucapición*, sino también para determinados escenarios como acción publiciana.⁸⁴¹

Véase la importancia de la buena fe (*bona fides*) para efectos de la usucapición. Los romanos privilegiaban al poseedor *ad usucapionem*, siempre y cuando tenían la confianza que habían adquirido del dueño, aunque la realidad decía todo lo contrario, pues habían adquirido de un no propietario. Justamente, para curar esta situación existía la usucapición, como una herramienta que hacía que el poseedor de buena fe se convierta en el legítimo propietario.

Ahora bien, respecto de la *possessio*, ésta era entendida como un hecho. Así, Paulo afirmaba que la *possessio* era “una cosa de hecho (*res facti*)” (D. 41. 2. 1 .3) y Ulpiano anotaba que la misma “era un hecho (*est enim facti*)” (D. 41. 2. 29).⁸⁴² Esta *possessio* denominada posesión civil de la *res habilis* implicaba que quien poseía debía considerarse como el dueño de la cosa. Asimismo, era importante que la posesión sea ininterrumpida por un período de tiempo.⁸⁴³

Otro requisito adicional era el *titulus*, que tal como indica Valencia Restrepo era entendido como la situación objetiva que tenía que llevar a adquirir el dominio conforme a derecho y justificaba que el usucapiente creyera fielmente ser el dueño de la cosa.⁸⁴⁴ Nótese que el *titulus* es el antecedente del justo título que rige nuestro sistema legal, entendido como aquel acto traslativo de dominio que busca transferir la propiedad, pero no puede, al adolecer de algún vicio.

En esta línea, Adame (2009) indica que los títulos de la usucapición son los mismos que en la denominada *traditio*. Es decir, los títulos

⁸⁴¹ ATORRES, M. (2014). “Doble venta y venta a *non domino*: del Derecho Romano al Derecho Comunitario Europeo”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 12, p. 211. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es/sumarios12.html>.

⁸⁴² GALLEGO, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁴³ MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 142.

son el crédito, la compra, el pago, la donación y la dote. Sin embargo, también podían existir otros títulos, como, por ejemplo, el abandono de la cosa, en caso de que no fuera abandonada por su dueño y no se convirtió en *res nullius*, ni se puede adquirir por ocupación; el legado de efecto real, cuando el legatario no adquirió el dominio, por algún defecto legal; la herencia; el decreto del pretor; y en general, en otros casos en los que un sujeto tenía alguna causa para poseer una cosa como si fuera suya. En buena cuenta, para usucapir es necesario tener una causa que justifique la posesión, debido a que quien detenta una cosa no puede ser poseedor civil por su mera voluntad.⁸⁴⁵

Nótese que el profesor citado reconoce que el *titulus* de la usucapión puede ser el crédito, la compra, el pago, la donación, entre otros. En buena cuenta, lo importante es entender que para la usucapión era necesaria una causa que justifique la posesión. La razón que se encontraba detrás de esta exigencia era que quien no posee una cosa no podía convertirse en un poseedor civil apto para *usucapir* por su mera voluntad.

Finalmente, se encontraba el *tempus*, que exigía que la posesión calificada para la usucapión dure mínimamente durante un plazo determinado. Así, en el *Corpus Iuris Civilis* se establece que, para el caso de las cosas muebles, el derecho civil exigía que quien de buena fe con justa causa se convertía en propietario de la cosa mueble por su uso durante 3 años (I. 2. 6. pr).⁸⁴⁶

En resumen, del análisis previamente realizado podemos concluir que el poseedor debía ser un poseedor *ad usucapionem*, es decir, tenía que ser un poseedor civil que actúa como el legítimo dueño y además cumple con los demás requisitos para convertirse en propietario por *usucapio*. En palabras de Díaz-Bautista, el poseedor civil es aquel que afirma y se presenta como el legítimo propietario ante la sociedad. Asimismo, el poseedor *ad usucapionem* es un tipo concreto de poseedor civil que afirma ser el propietario y tiene un título válido de dominio, en cuya

⁸⁴⁵ ADAME, *op. cit.*

⁸⁴⁶ MÉNDEZ, *op. cit.*

eficacia puede confiar en razón de las circunstancias del tráfico jurídico común (*bona fides*).⁸⁴⁷

Como hemos podido apreciar a lo largo del presente acápite, existían diversos requisitos para la usucapión de cosas muebles en el derecho romano. El poseedor debía cumplir todos los requerimientos antes explicados para convertirse en el legítimo propietario de la cosa, solo así podía denominarse un auténtico poseedor *ad usucapionem*. Sin perjuicio de ello, para efectos de esta investigación queremos centrar nuestro análisis en el requisito de la *res habilis*.

En base a la explicación previa, somos de la opinión de que este es el primer elemento a revisar en el caso de la usucapión, toda vez que, si no estamos frente a una cosa susceptible de ser adquirida vía *usucapio*, es inútil verificar el cumplimiento de los demás requisitos. Así, en el caso de las cosas muebles era importante determinar que la cosa no había sido hurtada, porque las cosas hurtadas no eran susceptibles de adquisición vía *usucapio*, ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6).

Nótese que las cosas muebles hurtadas no cumplían con el requisito de la *res habilis*, ergo no podían ser usucapidas. A continuación, veamos a detalle esta regla del derecho romano justiniano.

III. La regla por la que las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas

Conforme adelantamos previamente, en el derecho romano justiniano no era factible usucapir una cosa hurtada.⁸⁴⁸ En palabras de Cama-

⁸⁴⁷ DIAZ-BAUTISTA, A. (2021). "La protección del propietario pretorio en Derecho Clásico y su recepción en el Código Civil Español!" En *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, N° 43, p. 245. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552021000100241.

⁸⁴⁸ CAMACHO, D. (2010). "Transmisión y reserva de la propiedad en el contrato de compraventa?" En *Revista de Derecho UNED*, N° 7, p. 101. Disponible en: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/transmisión-y-reserva-de-la-propiedad-en-el/docview/1115582211/se-2>.

cho, la usucapción es enervable si se demuestra que la cosa es hurtada. Ni siquiera los terceros de buena fe podían adquirir el dominio de una cosa mueble hurtada (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6). En las siguientes líneas analizaremos el detalle de los fragmentos de las Instituciones y el Digesto que nos permiten llegar a esta conclusión.

III. 1. Las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas por quien las hurto

En las Instituciones del emperador Justiniano (I. 2. 6. 3), expresamente se indica lo siguiente en relación a la usucapio; “3. Mas lo que se ha dicho, de que está prohibida por las leyes la usucapción de las cosas hurtadas y de las poseídas por la fuerza, no significa que ni el mismo ladrón, o el que por violencia posee, pueda usucapir (porque a éstos no les compete por otra razón la usucapción, pues, a la verdad poseen de mala fe) (...)” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en las Instituciones del emperador Justiniano existía la prohibición de que las cosas hurtadas puedan ser usucapidas. De acuerdo al fragmento antes citado, el ladrón no podía usucapir toda vez que poseía de mala fe. Entendemos que justamente poseía de mala fe, porque es ladrón y usa el bien ajeno sabiendo que no le pertenece, conociendo que la cosa es del dominio de otro sujeto. En esta circunstancia recaería su mala fe.

Nótese que, al poseer de mala fe, no cumpliría con una de los elementos determinantes para que opere la *usucapio* que hemos explicado en el acápite anterior: la *bona fides*. Recordemos que uno de los requerimientos para que se configure un supuesto de usucapción en el derecho romano justiniano era justamente que el poseedor actúe de buena fe, entendida ésta como aquella situación en la cual el poseedor tenía la convicción de que poseía como el legítimo dueño de la cosa. Es lógico que el ladrón no pueda usucapir si su mala fe está claramente acreditada con su propia acción de hurto.

En línea con la explicación previa, en el Digesto (D. 41. 3. 4. 6) de manera literal se anota: “6. Mas lo que dice la ley Atinia, que la cosa hurtada no se adquiere por usucapión, si no volviera a poder de aquel a quien le fue substraída, se entendió de modo que deba volver a poder de su dueño, no ciertamente al de aquel, a quien le fue hurtada” (el subrayado es nuestro).

Como se puede advertir, de acuerdo al fragmento antes citado, desde la Ley Atinia existía la regla de que la cosa hurtada no podía ser adquirida vía usucapión. La marca de hurto no permitía que estos bienes puedan ser usucapidos, salvo que vuelvan a poder del dueño. Este fragmento del Digesto sigue la misma lógica del fragmento de las Instituciones previamente citado. Así, queda claro que en el derecho romano justinianeo no era posible usucapir las cosas muebles hurtadas.

Sin embargo, y como ya hicimos notar previamente, no solo el ladrón no podía usucapir la cosa hurtada, sino que incluso el adquirente de buena fe no podía usucapir dicha cosa. Veamos este segundo supuesto específico a continuación.

III. 2. Las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas por los terceros de buena fe

La regla que indica que las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas por los terceros de buena fe también se encuentra en las Instituciones del emperador Justiniano (I. 2. 6. 3), donde expresamente se indica: “3. (...) sino que otro ninguno, aunque de ellos las hubiere comprado de buena fe o por otra causa recibido, tenga el derecho de usucapirlas. Por lo que, en las cosas muebles no sucede fácilmente que competa la usucapión al poseedor de buena fe; porque el que vendió una cosa ajena o por otra causa la transfirió, comete el hurto de ella” (el subrayado es nuestro).

Nótese que en el fragmento antes citado se indica expresamente que quien hubiere comprado o hubiera recibido la cosa hurtada por otra

causa, no tiene derecho a usucapirla. La primera lectura que se le puede dar a este fragmento podría ser planteada en términos de interrogante: ¿por qué el adquirente de buena fe no puede usucapir la cosa mueble hurtada? ¿Acaso no se debería premiar su actuación honesta?

Para responder dichas preguntas es importante partir de la premisa de que el adquirente es de buena fe justamente, porque no tiene conocimiento del hurto. Su buena fe reside en esta confianza, pese a ello no se le permite usucapir. Somos de la opinión que el hurto generaba una marca que perseguía a la cosa, y, por lo tanto, no podía ser usucapida, ni siquiera por el adquirente de buena fe. Sobre este asunto, Fuenteseca anota que cuando el poseedor era un comprador a *non domino*, el *verus domino* siempre podía plantear la acción reivindicatoria toda vez que el comprador no podía usucapir la cosa hurtada y, por el contrario, tenía la obligación de devolverla.⁸⁴⁹

Como se puede observar, de acuerdo a la profesora citada, el *verus dominus* siempre vencía al comprador a *non domino*. Esta situación se producía independientemente de su buena fe toda vez que la cosa mueble ajena (*res furtiva*) tenía la mancha del *furtum* (hurto), por tanto, no podía ser usucapida por nadie.

La protección del *verus domino* se imponía a través de la acción reivindicatoria que el legítimo dueño podía utilizar para recuperar la cosa en manos de quien esté (quién cometió *furtum* o del tercero que adquirió). El *furtum*, como señala Guarino por una definición originaria, era justamente el acto ilícito en virtud del cual se sustraía voluntariamente sin violencia una cosa mueble a su detentador, que podía ser el dueño o un detentador.⁸⁵⁰

La lógica que se encontraba detrás de esta regla era la protección del legítimo dueño, quien había sufrido el hurto. El propietario no dejaba

⁸⁴⁹ FUENTESECA, M., *op. cit.*, p. 34.

⁸⁵⁰ Citado en TORRENT, A. (2021). "Concurrencia y paralelismos entre *actio legis aquiliae* y la *actio furti*!" En *Revista Internacional de Derecho Privado*, N° 26, pp. 20. Disponible en: <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18172>.

de ser el dueño por el hecho de que le hurten la cosa. Para los romanos era un despropósito que el ladrón puede adquirir el dominio del bien que éste había hurtado. Se protegía al verdadero propietario. E incluso en el conflicto existente entre el dueño y el adquirente de buena fe, los romanos preferían proteger al dueño antes que al adquirente, pese a su buena fe. Claramente, tenían una perspectiva de protección del dominio bien asentada.

Asimismo, es importante resaltar el fraseo de la última parte del fragmento citado que indica: “Por lo que, en las cosas muebles no sucede fácilmente que competa la usucapión al poseedor de buena fe; porque el que vendió una cosa ajena o por otra causa la transfirió, comete el hurto de ella”. Véase que esta sección del fragmento se indica que quien vende una cosa ajena comete hurto de ella. Es decir, si el ladrón enajena la cosa robada, comete hurto de ella y, por tanto, el adquirente de buena fe adquiere un bien manchado con dicho hurto.

En esta línea, en el Digesto (D. 41. 3. 10. 2) expresamente se indica: “2. (...) Pero escribe Scévola, que él opina que puede usucapir también el parto; porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Mas si formase parte, ni, aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en el Digesto también se encuentra la regla de que ni siquiera los adquirentes de buena fe pueden usucapir una cosa hurtada. En opinión de Scévola, el parto de una esclava no forma parte de la esclava hurtada. Pero si se considerara que formare parte de la cosa hurtada, no podría ser adquirido ni siquiera por un adquirente de buena fe. Véase que la regla es clara: los romanos buscaban proteger el derecho de propiedad del legítimo dueño y evitar que el ladrón o el adquirente de éste puedan apropiarse del bien ilegítimamente sacado del patrimonio del propietario.

IV. La excepción a la regla: adquisición de los frutos de las cosas hurtadas

En el acápite previo hemos analizado la regla del derecho romano justiniano que establece que las cosas hurtadas no pueden ser adquiridas por usucapión, ni siquiera por los terceros de buena fe que pudimos identificar en el Digesto, así como en las Instituciones del emperador Justiniano. Sin embargo, debemos precisar que en nuestra investigación también encontramos fragmentos del Digesto que no guardan coherencia con la regla de derecho antes descrita, los cuales, según nuestro punto de vista, regulan una excepción a la referida regla.

Concretamente, nos referimos al caso de la cría del ganado hurtado que sí puede ser usucapida por un tercero de buena fe (D. 47. 2. 48. 5). Asimismo, el fragmento del Digesto que regula el caso de los corderos nacidos de las ovejas (aun si hubieran sido hurtadas) indica que son frutos y, por tanto, el poseedor de buena fe hace suyos dichos frutos, sin necesidad de usucapirlos (D. 41. 1. 48. 2).

Veamos la regulación de estos dos fragmentos. El primero de ellos, D. 47. 2. 48. 5, expresamente indica:

Si fuera hurtada una esclava embarazada, o si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado a luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; mas si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en el parto se ha de observar también en cuanto a los ganados y a sus fetos (el subrayado es nuestro).

Nótese que en este primer fragmento se regula el supuesto de una esclava embarazada, pero se extiende la solución al caso de la cría del ganado. Concretamente, respecto de la esclava embarazada hurtada, o si concibió en poder de ladrón, el parto es furtivo y por tanto no puede ser usucapido. Sin embargo, si da a luz en poder de un poseedor de

buena fe, deja de tener lugar la acción de hurto, y por tanto puede ser usucapido. La misma lógica aplica para la cría del ganado hurtado.

Somos de la opinión de que el fragmento previamente citado nos permite apreciar una excepción a la regla general que es materia del presente trabajo de investigación. Si analizamos concretamente el supuesto de la cría del ganado hurtado, podemos llegar a la conclusión de que las crías constituyen frutos, por lo tanto, le pertenecen al poseedor (adquirente) de buena fe, ergo, es una excepción a la regla de que no se podían adquirir cosas hurtadas.

Esta posición se condice con la regulación del fragmento (D. 41. 1. 48. 2) que expresamente indica: “También son frutos los partos de las ovejas, y pertenecen por lo tanto al comprador de buena fe, aunque hayan sido vendidas o hurtadas estando preñadas. Y a la verdad, no se puede dudar que haga suya también la leche, aunque hayan sido vendidas teniendo llenas las ubres; y el mismo derecho hay respecto a la lana” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, son frutos los corderos de las ovejas o las crías del ganado, y, por tanto, le pertenecen a adquirente de buena fe, aunque la oveja o el ganado hayan sido hurtados. Véase que en este caso el derecho romano justiniano entendía que los frutos le pertenecen al poseedor de buena fe y por este motivo, aunque la cosa fructífera hubiera sido hurtada, esta situación no impedía que el adquirente de buena fe haga suyos los frutos (crías o corderos).

Entendemos que nos encontramos frente una excepción a la regla antes descrita. En estos casos la marca del hurto no alcanza a las crías o corderos de los ganados u ovejas hurtados. Al no haber hurto de por medio es coherente de que se permita que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos. Y nótese que en esta excepción se premiaba la actuación de buena fe del poseedor, justamente porque no tenía idea del hurto, a diferencia de la regla general donde la buena fe del adquirente poco importaba para poder usucapir la cosa hurtada.

V. El caso del parto de la esclava embarazada

En el transcurso de nuestra investigación identificamos el caso de la esclava embarazada que, si bien no es el objeto central de la presente investigación, consideramos importante hacer referencia a este supuesto y mostrar las interesantes discusiones a las que puede llevar este caso problemático. Sobre este asunto, podemos encontrar contradicciones en los siguientes fragmentos: D. 47. 2. 48. 5; I. 2. 1. 37; y D. 20. 1. 15. pr. Veamos el tenor de estos fragmentos, para después poder analizarlos:

Si fuera hurtada una esclava embarazada, o si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado a luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; mas si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en el parto se ha de observar también en cuanto a los ganados y a sus fetos (D. 47. 2. 48. 5) (el subrayado es nuestro).

Entre los frutos de los ganados está también la cría, como la leche, el pelo y la lana: y así los corderos, los cabritos, los becerros, los potros, y los lechones, son desde luego por derecho natural del dominio del usufructuario. Mas el parto de una esclava no se considera como fruto, y pertenece por tanto al dueño de la propiedad: pues parecía absurdo que el hombre estuviese en calidad de fruto, cuando la naturaleza ha producido todos los frutos para beneficio de los hombres (I. 2. 1. 37) (el subrayado es nuestro).

15. Gayo; De la fórmula hipotecaria, libro único. También pueden darse en hipoteca las cosas que aun no existen, pero que han de existir, de suerte que los frutos pendientes, el parto de las esclavas, el feto de las reses, y lo que nace, queda obligado en hipoteca; y esto se ha de observar, ya si o sobre el usufructo, o sobre lo que nace, hubiese convenido el dueño del fundo, ya si aquel que tiene el usufructo, como escribe Juliano (D. 20. 1. 15. pr) (el subrayado es nuestro).

Nótese que en D.47. 2. 48. 5 se indica que el parto de una esclava embarazada dejará de ser furtivo si nace en poder del poseedor de buena fe, y, por tanto, puede ser usucapido. Y se indica que lo mismo pasará con las crías de los ganados. En relación a las crías queda claro que son frutos tal como explicamos en el acápite precedente que se condice con I. 2. 1. 37, donde expresamente se indica que entre los frutos se encuentran los corderos, cabritos, becerros, potros y lechones que son frutos y, por tanto, le corresponden al poseedor de buena fe.

Al ser frutos son una excepción a la regla general materia de la presente investigación. La lógica que se encuentra detrás es que los frutos le corresponden al poseedor (adquirente) de buena fe, independientemente de si el bien fructífero fue hurtado. Acá la marca del hurto desaparece y el adquirente de buena fe puede ser dueño de estas cosas. Sin embargo, no podría ser aplicable la misma lógica para los partos de las esclavas, toda vez que en I. 2. 1. 37 se indica que el parto de una esclava no puede ser considerado como fruto, lo cual por lo demás es contradictorio con D. 20. 1. 15. pr, donde se da a entender que hay un listado de frutos que incluye al parto de las esclavas.

Esta situación es apreciada por Alvarado (2003), quien indica que existían posiciones en los juristas romanos como Scevola que seguirían la opinión de Quinto Mucio, que asimilaba al parto de la esclava con los frutos. Aun con esta lógica, no se explicaba como el parto era no furtivo en casos donde nacía en poder del ladrón. Se podría entender que el parto no es parte de la cosa hurtada (es autónoma).⁸⁵¹

Como se puede advertir, el autor citado permite apreciar la opinión de Scevola. La única forma que podría entenderse que el parto puede ser usucapido es si es considerado como bien autónomo a la madre embarazada. El autor previamente citado da cuenta de este problema analizando dos fragmentos controversiales que son D. 41. 3. 10.²⁸⁵² y D.

⁸⁵¹ ALVARADO, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁵² "Escribe Scevola en el libro undécimo de las Cuestiones, que opinó Marcelo, que, si una vaca se hizo preñada en poder del ladrón, ó en el heredero del ladrón, y pariese en poder del heredero del ladrón, no se podía usucapir por el heredero el becerro enajenado, así como tampoco el parto de la esclava. Pero escribe Scevola, que él opina puede usucapir también el parto, porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Mas si formase parte, ni, aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido."

47. 2. 48. 5.⁸⁵³,⁸⁵⁴ Esta situación problemática nos permite concluir que el caso del parto de la esclava embarazada no puede ser considerada claramente como una excepción a la regla estudiada en esta investigación, tanto es así que incluso choca con I. 2. 1. 37, donde se indica que los partos no son frutos, y no podría utilizarse el razonamiento antes explicado para las excepciones que proponemos.

Sin perjuicio de ello, es importante ver detenidamente el fragmento D. 41. 3. 10. 2 que expresamente indica: “(...) Pero escribe Scevola, que él opina puede usucapir también el parto, porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Más si formase parte, ni, aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido” (el subrayado es nuestro).

Veáse que Scevola opina que el parto de la esclava puede ser usucapido porque no forma parte de la cosa hurtada. En otras palabras, si no es parte de la cosa hurtada no tiene la marca del hurto, ergo, puede ser usucapida. Ante este panorama controversial, somos de la opinión de que si bien había posiciones disparejas respecto de si el parto de la esclava era o no un fruto, lo cierto es que podría explicarse en base a este fragmento que el parto de la esclava no era parte de esta última, y, por lo tanto, podía ser usucapido.

En conclusión, sostenemos que el caso de los corderos de las ovejas y las crías de los ganados sí pueden ser adquiridos por un tercero de buena fe, aunque las cosas fructíferas (ganados y ovejas) hayan sido hurtadas y posteriormente transferidas al adquirente de buena fe. El derecho romano justiniano premiaba la actuación honesta de estos adquirentes ciñéndose, además, a la regla de que los frutos les pertenecen a los poseedores de buena fe.

En buena cuenta, aplicaba la lógica que hemos querido hacer notar en este trabajo: los frutos le corresponden al adquirente de buena fe. Esta

⁸⁵³ “Si fuera hurtada una esclava embarazada, o si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado a luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; más si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en el parto se ha de observar también en cuanto a los ganados y a sus fetos.”

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 16-17.

lógica no es precisa para el caso los partos de las esclavas hurtadas que de acuerdo a I. 2. 1. 37 no pueden ser considerados como frutos. Sin embargo, como vimos previamente juristas como Scevola igualmente consideraban que los partos de las esclavas eran diferentes a las madres, por lo tanto, la “marca” del hurto no le alcanzaba, ergo, podían ser usucapidos.

VI. Conclusiones

1) La usucapión en el derecho romano justiniano era un mecanismo que permitía al poseedor convertirse en dueño. En otras palabras, era una forma de adquirir propiedad. Concretamente, se buscaba premiar al poseedor que había adquirido de un non domino, pero creía que había adquirido del verdadero dueño y se le permitía adquirir el dominio, siempre y cuando cumpliera cabalmente con una serie de requisitos, que son los siguientes: *res habilis*, *bona fides*, *possessio*, *titulus* y *tempus*.

2) En la presente investigación hemos centrado nuestro análisis en el requisito de la *res habilis*, que, en buena cuenta, establece que únicamente pueden ser usucapidas las cosas susceptibles de usucapión. Dentro de las cosas que no podían ser usucapidas se encuentran las cosas muebles hurtadas. Esta es una regla que hemos identificado tanto en el Digesto como en las Instituciones del emperador Justiniano y que alcanzaba incluso a los adquirentes de buena fe, quienes no podía usucapir la cosa hurtada, a pesar de desconocer dicha situación (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6).

3) Creemos que en el Digesto existe una excepción a la regla de que el tercero de buena fe no podía adquirir una cosa mueble hurtada. Puntualmente, nos referimos al caso de los frutos de la cosa hurtada. Las

crías del ganado hurtado y los corderos nacidos de ovejas hurtadas sí podían ser adquiridos por el tercero de buena fe, aunque la cosa fructífera hurtada (oveja o vaca) no pueda ser usucapida, ni siquiera por este adquirente (D. 47. 2. 48. 5 y D. 41. 1. 48. 2). La lógica que se encontraba detrás de la excepción que hemos identificado es que los frutos en el derecho romano justiniano le pertenecen al poseedor (adquirente) de buena fe. Consideramos que se premiaba esta situación subjetiva de creencia y de honestidad *bona fides* y, por este motivo, se permitía que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos de las cosas fructíferas, incluso si estas últimas habían sido hurtadas.

4) En el transcurso de nuestra investigación identificamos el caso controvertido del parto de la esclava hurtada que consideramos importante mencionar en el presente trabajo. Puntualmente, ubicamos que existe una controversia y contradicciones en el *Corpus Iuris Civilis*. Únicamente, si se considera que los partos son frutos aplica la lógica estudiada en esta investigación y el adquirente de buena fe se convierte en dueño de dichos partos. Caso contrario, si no son frutos, como se reconoce en I. 2. 1. 37, no puede aplicar dicha lógica.