



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Carvajal, Patricio-Ignacio

La compraventa a un impúber sin autorización del tutor. Un estado de la cuestión en torno a D.

41,4,2,15

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXIII, 2011, pp. 145-171

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173824127004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA COMPROVENTA A UN IMPÚBER SIN AUTORIZACIÓN DEL TUTOR

UN ESTADO DE LA CUESTIÓN EN TORNO A D. 41,4,2,15\*

[“Purchase and Sale Agreement Entered Into With an Underage without the  
Tutor’s Authorization. A Status Questionis on D. 41,4,2,15”]

PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### RESUMEN

El fragmento conservado en D. 41,4,2,15 ofrece un caso de fácil comprensión. El adquirente, en virtud de una compraventa celebrada con un impúber, puede adquirir la cosa por *usucapio* si acaso pensó que el vendedor era púber. Pero la justificación que ofrece Paulo: “*plus est in re quam in existimatione*”, se opone a la solución habitual, que vincula el caso con la buena fe-creencia del comprador. Por tanto, la solución resulta desvinculada de su motivación. Desde la Glosa se explicó el caso como de una compraventa *a non domino*. Para Cujacius y otros pensaron que el texto original debía decir: “*plus est in existimatione quam in re*”, u otras formulaciones similares. En el siglo XVII, José Fernández de Retes, inauguró una lectura objetiva del pasaje, que separa el problema presentado por el *dictum* del texto de la creencia del comprador. En el siglo XX se consideró corrupto el pasaje.

### ABSTRACT

The fragment kept in D. 41,4,2,15 offers a case that can be easily understood. The buyer, by virtue of a purchase and sale agreement entered into with an underage, can buy the thing based on *usucapio* as long as s/he thought that the salesperson was underage. However, the justification Paulo offers: “*plus est in re quam in existimatione*”, opposes to the common solution that links the case with the good faith-belief of the buyer. Therefore, the solution turns out to be unrelated to its motivation. From the commentary, we explain the case as a *a non domino* purchase and sale. Cujacius and others thought that the original text might have stated: “*plus est in existimatione quam in re*”, or other similar statements. In the 17<sup>th</sup> century, José Fernández de Retes submitted an objective reading of the text, which separates the problem presented by the *dictum* of the text from the buyer’s belief. The text was considered to be corrupt in the 20<sup>th</sup> century.

### KEYWORDS

Compraventa – Buena fe – Título –  
Causa *pro emptore* - Título putativo.

Purchase and sale – Good faith – Title –  
*pro emptore* Cause – Presumptive title.

RECIBIDO el 2 y ACEPTADO el 26 de agosto de 2011

\* Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 1095220. Asimismo, contiene parte de la conferencia ofrecida en el Acto en Homenaje al Profesor Álvaro D’Ors, celebrado en la Universidad de Piura, Perú, el 27 de agosto de 2010.

\*\* Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Avda. Bernardo O’Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: carvajal@uc.cl

## I. INTRODUCCIÓN

En materia de adquisición de una cosa comprada a un pupilo, sin la autorización del tutor, el Digesto nos ofrece el siguiente fragmento conservado en D. 41,4,2,15 (Paul., 54 *ed.*):

“Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucaptionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest”.

“Si comprara de un pupilo sin la autorización del tutor, a quien piense ser un púber, decimos que se sigue la usucapión, porque aquí se esté más a la realidad que a la opinión: puesto que si sabías que es pupilo, y sin embargo piensas que puede administrar sus bienes sin la autorización del tutor, no usucapes, porque el error de Derecho para nada aprovecha”.

Hay dos hipótesis claramente diferenciadas: una referida al error de hecho y otra, al de Derecho. De esas, sólo nos concentraremos en la primera; es decir, en el caso de haberse concluido una compraventa (y la correlativa tradición), con un pupilo, sin la autorización del tutor, en la creencia errónea de que se trataba de un púber.

Según se observa a primera vista en el pasaje, hay a su vez dos elementos fundamentales en la hipótesis tratada: por una parte, objetivamente ha habido una compraventa con un pupilo, por cuya apariencia el comprador pensaba que era púber; y, segundo, subjetivamente ha sido esta apariencia la que ha dado lugar a un error de hecho.

En suma, dogmáticamente el texto parece de fácil comprensión, en cuanto a la posibilidad de usucapir (*usucaptionem sequi*) que aquí se contempla.

Sin embargo, la inteligencia del pasaje se complica cuando se toma en consideración la motivación que nos entrega Paulo: “*ut hic plus sit in re quam in existimatione*”; es decir, “porque aquí se esté más a la realidad que a la opinión”<sup>1</sup>. Se trata de un *dictum* que aparece en nuestras fuentes otras cinco veces (FV. 260; Inst. 2,20,11; D. 22,6,9,4; 40,2,4,1; 41,4,2,2), más otra en su forma contraria, esto es, “*plus est in opinione, quam in veritate*” (D. 29,2,15).

Sin duda que esta afirmación de Paulo, en D. 41,4,2,15, cuanto menos preliminarmente (y para muchos, definitivamente, como veremos), resulta irreduciblemente contradictoria con la decisión de admitir la usucapión. Pues muchas fuentes históricas e incluso vigentes –también en Perú–, establecen la buena fe del poseedor como fundamento de la usucapión; entendida aquella como una

---

<sup>1</sup>Véase, con un completo estudio de este *dictum* en nuestras fuentes romanas y actuales: WACKE, A., “*Plus est in re quam in existimatione*”. Vale più la realtà che non l'opinione nel trasferimento di proprietà e nell'usucapione, en *Estudios de Derecho Romano y Moderno en Cuatro Idiomas* (Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”, 1996), pp. 139-162 [= en *Panorama. Riflessioni, Discussioni e Proposte sul Diritto e l'Amministrazione*, 7 (1995) pp. 143-168; versión alemana (más extensa), en *TR.*, 64 (1996), pp. 309-357]. He tenido ocasión de extender las consideraciones del Profesor Wacke hacia el Derecho chileno, CARVAJAL, P.-I., *Artículo 706 del Código Civil chileno, crítica como pretendido núcleo textual del principio de la buena fe*, en VARAS, J. A., y otros (editores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009* (Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, 2011), I, pp. 63-77.

creencia errónea o ignorancia<sup>2</sup>.

Así, para el lector moderno en realidad sería la opinión o estimación (*existimatio*), la que primaría sobre la realidad (*res*). Es decir, el fundamento sería exactamente lo contrario de lo que nos señala Paulo. De hecho, la función propia de la buena fe aparece reconocida como la de sustituir la verdad (*res*), por el propio Paulo en D. 50,17,136 (18 ed.):

“Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas [...]”. “La buena fe del poseedor otorga tanto cuanto la verdad [...]”.

Ante todo, se debe señalar que al menos los manuscritos no permiten dudar de la literalidad del texto de D. 41,4,2,15; pues la lección “*ut hic plus sit in re quam in existimatione*” es indudable en el *Codex Florentinus*<sup>3</sup>, al igual que en otras versiones vulgares<sup>4</sup>. Tampoco las fuentes bizantinas resultan de ayuda en este caso; pues al menos *Basilicorum liber* 50,4 (*Pro emtore*), dado su carácter de síntesis, presenta la solución paulina sin reproducir el *dictum* que nos ocupa<sup>5</sup>. Por último, la ubicación palingénética del fragmento no nos permite precisar mejor el caso resuelto por Paulo; pues según la reconstrucción de Lenel<sup>6</sup>, el texto de D. 41,4,2 constituye una unidad al menos en la parte que nos interesa.

## II. MAYER-MALY Y LA CRÍTICA DE INTERPOLACIONES

Evidentemente, es difícil coordinar la solución del caso en D. 41,4,2,15 con su motivación: “*plus est in re quam in existimatione*”; y no con la que pareciera

<sup>2</sup> Gai 2,43 (*cum crederemus*); D. 50,16,109 (Mod., 5 pandec.) (*ignoravit - putavit*); Inst. 2,6 pr. (*crederit*); Part. 3,29,12 (*cuydando - supiesse*); Part 7,33,9 (*creya*) Greg. López gl. a D. 50,16,109; VIDAURRE, “*Pyto. CC. Perú*” (1835), artículo 8: “*Poseedor de buena fe, es el que tiene la cosa con título cuyos defectos ignora –de mala fe el que conoce los defectos del título –Usurpador, el que retiene la cosa sin título*”; “CC. Perú, 1852”, artículo 467: “*La posesión es de buena fe, cuando el poseedor de la cosa cree tenerla bien adquirida, de aquel a quien consideraba ser su dueño ó estar facultado para disponer de ella. Es mala fe, cuando falta esa creencia*”; artículo 540: “*Consiste la buena fe en que el poseedor crea que la persona de quien adquirió era el verdadero dueño, ó que tenía la facultad de enajenarla*”; CC. Perú 1936, artículo 832: “*La posesión es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por error de hecho o de Derecho sobre el vicio que invalida su título*”; artículo 833: “*La buena fe dura mientras las circunstancias permiten al poseedor presumir que posee legítimamente o hasta que es citado en juicio*”; CC. Perú 1984, artículo 906: “*La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de Derecho sobre el vicio que invalida su título*”.

<sup>3</sup>Véase: CORBINO, A. - SANTALUCIA, B. (directores), *Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus* (Firerenze, Leo S. Olschki, 1988), II, fol. 268 r (col. derecha, penúltima línea).

<sup>4</sup> Véase en este mismo sentido: PULVAEUS, A., *Ad legem Atiniam, sive de rei furtivae prohibita usucapione liber singularis* (1558), en OTTO, E., *Thesaurus Juris Romani, Continens Rariora Meliorem Interpretum Opuscula, In Quibus Jus Romanum Emendatur, Explicatur, Illustratur; Itemque Classicis Aliisque Auctoribus Haud Raro Lumen Acceditur* (2<sup>a</sup> edición, ad Rhenum, 1733), IV, col. 344.

<sup>5</sup> Cfr. *Basilicorum libri LX* (ed. Heimbach, Leipzig, J. Ambrosius Barth., 1850), V, p. 65.

<sup>6</sup> LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000 [pero, 1889]), I, cols. 1067 a 1069 (§ 664).

mucho más natural: “*plus est in opinione quam in veritate*”<sup>7</sup>. Por ello, ya a fines del siglo XIX, desde el trabajo de Phillip Lotmar<sup>8</sup> (1850-1937), comenzaron a realizarse las primeras acusaciones de interpolación respecto de nuestro texto; las cuales serán predominantes hasta entrada ya la segunda mitad del siglo XX, de la mano de juristas como Beseler<sup>9</sup>, Pflüger<sup>10</sup>, Voci<sup>11</sup>, Van Warmelo<sup>12</sup>, Provera<sup>13</sup> y Zillett<sup>14</sup>.

Por otra parte, se entrecruza con la mencionada corriente general de la crítica interpolacionista, la corriente, digamos, particular, representada por una parte de la doctrina que comenzaba a aceptar el origen clásico del llamado título putativo; entre cuyos autores destacaron Rabel<sup>15</sup>, Ehrhardt<sup>16</sup>, von Lübtow<sup>17</sup>, Daube<sup>18</sup> y Kaser<sup>19</sup>.

Por cierto, en este punto merece una mención especial Theo Mayer-Maly<sup>20</sup>; no sólo por la importancia de sus observaciones sobre el título putativo, sino porque él representa, en alguna medida, la superación del método de la crítica de interpolaciones en la lectura de D. 41,4,2,15.

En efecto, Mayer-Maly tendrá el mérito de rescatar varios fragmentos del texto que habían sido tachados de justinianeos<sup>21</sup>; y esto, especialmente respecto de la regla “*plus sit in re quam in existimatione*”. A nuestro juicio, lo anterior se puede explicar fundamentalmente por dos factores que influyeron en su trabajo. El primero, de orden exegético, fue precisamente el reconocimiento del carácter clásico de algunas formas de título putativo (pues ningún jurista llegó a concebir “el” título putativo)<sup>22</sup>, así como el contraste con otro texto paulino que recoge

<sup>7</sup>Véase, por todos, con la bibliografía allí citada: WINCKEL, L., *Error iuris nocet, Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (Zutphen, Terra Publishing Co., 1985), pp. 95 y 96.

<sup>8</sup>LOTMAR, Ph., Über “*plus est in re quam in existimatione*” und “*plus est in opinione quam in veritate*”, en *Münchener Festgabe für J. J. W. Planck* (München, 1887), pp. 59-115.

<sup>9</sup>BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, en *ZSS.*, 44 (1924), p. 380.

<sup>10</sup>PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1937), pp. 48 y 49.

<sup>11</sup>VOCI, P., *L'errore nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1937), pp. 25 a 28; VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)* (Milano, Giuffrè, 1952), pp. 199, 230-231.

<sup>12</sup>WARMELO, P. van, *Ignorantia iuris*, en *TR.*, 22 (1954), p. 15.

<sup>13</sup>PROVERA, G., *Note esegetiche in tema di errore*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci* (Milano, 1956), II, p. 174.

<sup>14</sup>ZILLETTI, U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1961), p. 274.

<sup>15</sup>RABEL, E., *Gundzüge des römischen Privatrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1915), pp. 441.

<sup>16</sup>EHRHARDT, A., *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht* (Berlin - Leipzig, De Gruyter, 1930), p. 32.

<sup>17</sup>LÜBTOW, U. von, *Hand wahre Hand*, en *Festschrift zum 41. deutschen Juristentag in Berlin* (1955), p. 166.

<sup>18</sup>DAUBE, D., *Mistake of law in usucaption*, en *Cambridge Law Journal* (1958), pp. 88-89.

<sup>19</sup>KASER, M., “*Iusta causa traditionis*”, en *BIDR.* 64 (1961), p. 90.

<sup>20</sup>MAYER-MALY, Th., *Das Putativtitelproblem bei der usucapio* (Graz - Köln, Böhlaus, 1962).

<sup>21</sup>Ibíd., pp. 103 a 105.

<sup>22</sup>Ibíd., p. 104.

nuestro *dictum* (D. 22,6,4,9). El segundo, de carácter metodológico, consistió en el declarado<sup>23</sup> influjo que ejerció sobre él la teoría de los estratos textuales de Wieacker<sup>24</sup>.

Sin embargo, sus observaciones no están exentas de problemas; y, además, aunque haya superado la crítica de interpolaciones, su actitud científica sigue siendo, a nuestro juicio, desmedidamente crítica.

Ahora bien, en la medida que la época de la crítica y la hipercrítica textual ya ha sido superada, resurge el interés de revisar las opiniones de los juristas anteriores, en busca de soluciones a los problemas que nos presentan nuestras fuentes.

### III. LAS INTERPRETACIONES DE D. 41,4,2,15 HASTA EL SIGLO XIX

A lo largo de nuestra historia del Derecho, las opiniones de los juristas se dividen entre quienes afirman la exactitud de la lección “*plus sit in re quam in existimatione*”, y quienes (sólo desde el siglo XVI en adelante), la sustituyen por “*plus sit in existimatione quam in re*” u otras formulaciones similares. Bajo estos dos grandes ejes se levantarán tres vías de interpretación fundamentales; haciendo abstracción, por supuesto, de las peculiaridades de cada jurista.

#### 1. Los glosadores y los comentaristas.

Durante la época de los glosadores y los comentaristas, primó la explicación siguiente: al texto subyace la hipótesis de que la cosa vendida por el pupilo era ajena.

El camino fue preparado por Irnerio<sup>25</sup> y Azo<sup>26</sup>; en cuanto, en época Medieval, la afirmación de la exactitud de la lección “*plus sit in re quam in existimatione*” de D. 41,4,2,15, se coordinaba con las demás normas que regulaban (restringían) las enajenaciones de los pupilos (especialmente de sus inmuebles) de una manera imperativa. Así, en una hipótesis como la compra a un pupilo de un bien que le perteneciera (*emptio a domino*), sin autorización del tutor, jamás podía primar la opinión del comprador; puesto que por esta vía siempre se viciaba el contrato y no podía tener lugar la adquisición.

Al hilo de lo anterior, Accursio, al comentar D. 41,4,2,15, advierte la contraposición de los *dicta* en las fuentes romanas y los consiguientes problemas para su interpretación aquí: “*alias est non, alias sine non*” (una veces está [con] ‘no’, y otras sin ‘no’). Es decir, se leía unas veces “*ut hic non plus sit in re quam in existimatione*” (“porque aquí no se esté más a la realidad, que a la opinión”); y otras “*ut hic sit in re, quam in existimatione*” (“porque aquí se esté más a la realidad, que a la opinión”)<sup>27</sup>. La explicación de Accursio sobre el texto, parte de la base

<sup>23</sup> Ibíd., p. 104 n. 115.

<sup>24</sup> WIEACKER, F., *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1960), pp. 244, 247 y 248.

<sup>25</sup> IRNERIUS, *Summa Codicis* (edición Fitting, J., Berlin, Guttentag, 1894), pp.159 a 161.

<sup>26</sup> Cfr. AZO, *Brocardica, sive generalia iuris* (Basilea, 1567), p. 844; Azo, *Ad singulas leges XII. librorum codicis iustinianei, commentarius et magnus apparatus, nunc primum in lucem editus* (Lugduni, J. Stoer, F. Fabrus, 1596), p. 651.

<sup>27</sup> ACCURSIUS, *Digestum nouum, seu pandectarum iuris civilis* (Lugduni, 1569), col. 495 glos. c “*Hic plus*”.

de la corrección del *dictum* tal cual nos es transmitido, “*ut hic plus sit in re, quam in existimatione*”<sup>28</sup>; el cual interpreta del siguiente modo:

“Sit in re<sup>1</sup>, plus enim est quòd res est aliena, quām opinari eam esse pupilli; ut. [s]upra ead. l. §. si sub conditione. &. [s]upra de ma. vindi. l. si pater. §. quotiens. alias est non, hoc modo, non plus est in re, scilicet quòd ille est pupillus, quām in existimatione, q[uod] creditur pùbes: & tunc est sic. [s]upra de acquiren. here. qui putat. & sic duo erant hic errores: primus de rei dominio, secundus de aetate”<sup>29</sup>.

“Se esté a la realidad’. Ciertamente se está más puesto que la cosa es ajena, que por opinarse ser aquella del pupilo: tal como arriba la misma ley §. *Si sub conditione* [= D. 41,4,2,2] y arriba *de ma. vindi. l. si pater. §. quotiens* [= D. 40,2,4,1]. Otras veces está ‘no’, de este modo, no se está más a la realidad, que el pupilo es tal, que a la estimación, puesto que se cree pùber; y entonces es así arriba *de acquiren. here. qui putat* [= D. 29,2,15]. Y así aquí eran dos los errores: primero, sobre el dominio de la cosa, segundo, sobre la edad”.

De esta manera, Accursio establece como supuesto del caso, que se trata de una venta de cosa ajena en la cual el pupilo participa como vendedor, sin la autorización del tutor; de tal modo que la opinión (el error sobre la edad) tiene menos relevancia que la realidad (se trataba de una venta de cosa ajena).

Bártolo, por su parte, al revisar D. 41,4,2,15, también reconoce las dificultades de su interpretación, y señala las diversas posiciones de la Glosa para justificar que aquí los juristas romanos hayan dicho que “se esté más a la realidad”. Dice:

“Difficilis est error. Error iustissimus p[rae]stat c[on]usa[m] usucapiendi in tit. p[ro] emptore [...] Gl[ossal] hic ponit duas sol[utiones]. Prima, q[uo]d res no[n] erat pupilli, sed alterius, vel hic in re mobili, ibi in re immobili. Tene ergo menti istam gl[ossal] q[ual] res pupilli mobilis potest] usucapi... Dico d[icit] l. bonae fidei. loquitur in re mobili. Et q[uod] sic debeat intelligi, no[tat] gl[ossam] clarius & apertius in l. iii. C. de auto. praestan. & sic illa importat aliquid, quia s[ecundu]m ista tempora poterat res mobilis sine decreto alienari, sed in pupillo non p[ossi]l] usucapi, in adulto sic. Qualiter r[esp]ondebimus ad hanc legem? Dic, q[uod] vendidit re[m] alienam non suam, quia sive est mobilis, sive immobilis, res pupilli non po[tes]t alienari [...]. Sol[utione] debet intelligi hic q[uod] erat res alterius et[iam] mobilis, & ideo p[ossi]t usucapi si erat adulti. alias iste §. non po[tes]t procedere”<sup>30</sup>.

“El error es difícil. El error justísimo sirve de causa para usucapir *in tit. p[ro] emptore* [= D. 41,4] [...]. La Glosa aquí propone dos soluciones. Primera, que la cosa no era del pupilo, sino de otro, o bien aquí que era una cosa mueble, allá que era una inmueble. Por lo tanto, ten en mente esta glosa, por la cual se puede usucapir las cosas muebles del pupilo [...] Digo sobre dicha norma de D.41.1.48 pr. que se habla sobre una cosa mueble. Y que así deba ser entendida, lo nota la glosa clara y abiertamente en C. 5.59.3. Y así esta disposición tiene algún efecto, porque según estos tiempos la cosa mueble podía ser enajenada sin decreto, pero en el pupilo no puede ser usucapida, en el adulto sí. ¿De qué manera responderemos a esta ley? Dí que vendió una cosa ajena no suya, porque sea mueble, sea inmueble, no puede enajenarse la cosa del pupilo [...] Como solución aquí debe ser entendido que era una cosa ajena también mueble, y por tanto puede ser usucapida si era de un adulto. De otra forma este párrafo no puede proceder”.

Esta interpretación persistió y, por ejemplo, Paulo de Castro, discípulo de Baldó, no hace otra cosa que seguir la explicación de Bártolo, el maestro de éste:

<sup>28</sup> Otro tanto de lo mismo se puede decir de sus observaciones sobre D. 41,4,2,2 y D. 22,6,9,4. Cfr. ACCURSIUS, *Digestum nouum*, cit. (n. 27) col. 491; ACCURSIUS, *Digestum vetus, seu pandectarum iuris civilis*, I (Venecia, Iuntas, 1592), col. 2477 (esp. glos. d “*Plus in re*”).

<sup>29</sup> ACCURSIUS, *Digestum nouum*, cit. (n. 27) col. 495 glos. d “*Sit in re*”.

<sup>30</sup> BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam digesti novi partem commentaria* (Augustae Taurinorum, apud Nicolaum Bevilaquam, 1574), fol. 112.

"P[ro]p[ter] hoc intellige ist[u]m textu[m] in re aliena, & mobili, in qua non requirebat decret[u]m un[um,?] sufficit emptore[m] crediisse iustè, q[uod] esset maior pupillo, ad hoc ut possit usucapere"<sup>31</sup>.

"Por esto se entiende este texto en cosa ajena, y mueble, en la cual no se requería (un?) decreto [sc. pues] bastaba que el comprador creyera justamente, que el pupilo era mayor, para esto y puede usucapir".

## 2. Las interpretaciones a partir del siglo XVI.

a) La interpretación de Cujacius. Las cosas sólo van a cambiar en época Moderna, desde el Humanismo, aunque ciertamente en un ambiente de debate. A partir de este momento, se va a plantear la necesidad de corregir el texto de D. 41,4,2,15; puesto que se va a considerar que su sentido no podía ser otro que el contrario a aquél indicado textualmente en la fuente.

La figura fundamental en esta nueva forma de comprender el pasaje es Jacobus Cujacius<sup>32</sup> (1520-1590). Éste, indica que lo que en el texto aparece como "*plus sit in re, quam in existimatione*" debe ser leído como "*plus est in existimatione mentis, quam in re*". Dice:

"Ut hīc plus sit'. Quis est qui non videat ordine converso legendum esse, ut hīc 'plus sit in existimatione, quām in re': tunc enim plus in re est, quām in existimatione, cūm emit à pubere, quem esse pupillum existimat. Sed hoc casu plus est in existimatione mentis, quām in re: quoniam accepit à pupillo re vera, qui non potest sine tutoris auctoritate tradendo in alium transferre possessionem. *l. pupillum. s[upral] de adq. rer. dom.* Sed hīc plus valet opinio, quām substantia. Huic similius est casus proximus, si rem alienam à furioso emerit, quem esse sanum existimabat"<sup>33</sup>.

"Porque aquí se esté más'. Quién hay que no vea que debe ser leído en el orden inverso, 'porque aquí se esté más a la estimación, que a la realidad': en consecuencia, ciertamente se está más a la realidad, que a la estimación, cuando compra de un púber, a quien estima ser pupilo. Pero en este caso 'se esté más a la estimación mental, que a la realidad': porque real y verdaderamente recibe del pupilo, quien no puede transferir la posesión haciendo tradición sin la autoridad del tutor, *l. pupillum. s[upral] de adq. rer. dom. [= D. 41,1,11]*. Por tanto, aquí vale más la opinión, que la substancia. A éste es similar el caso próximo, si compró una cosa ajena de un furioso, a quien estimaba estar sano".

En otro lugar también comenta D. 41,4,2,15 y 16<sup>34</sup>, bajo el concepto de utilidad de Horacio, como "*justi prope mater et aequi*"<sup>35</sup> ("propriamente la madre de lo justo y de lo equitativo"), y señala:

<sup>31</sup> Cfr. CASTRENSIS, P., *In primam digesti novi partem commentaria* (Venecia, 1582), p. 71.

<sup>32</sup> CUJACIUS, J., *Commentarius in quo hi pandectarum tituli explicantur (Ad tit. pro emptore L. II)* (Paris, Andrea Wechelum, 1556), p. 51.

<sup>33</sup> Ibíd., p. 51.

<sup>34</sup> CUJACIUS, J., *In lib. LIV. Pauli ad edictum, recitationes solemnes*, en *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatoria* (Prati, Off. Frate. Giachetti, 1838), V, col. 1196.

<sup>35</sup> Ibíd., col. 1197.

"Et haec vero utilitatis ratio [...] ut qui a pupillo rem emit sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putat, quamvis nulla sit emptio, tamen quia jure existimat se emere, ductus justa erroris causa, et reapse emit: ut pro empore usucapere possit, utroque casu, in pupillo scilicet, et furioso, inspecta existimatione potius et opinione emporis, qui putat se contrahere cum pubere, et sano, quam substantia veritatis; ut hic inquit: 'Plus sit in existimatione, quam in re'. Sic enim restituenda sunt verba, quae manifesto trajecta erant in hunc modum, ut hic plus sit in re, quam in existimatione. Quinimo hic, id est, in hac specie, 'Plus est in existimatione, quam in re': si existimationem emporis spectes, jure emit: si rem, non jure: et tamen procedit usucatio pro empore, quia plus valet quod est in opinione, quam quod est in re"<sup>36</sup>.

"Y realmente esta razón de utilidad [...] porque quien compra una cosa del pupilo sin la autorización del tutor, a quien piensa ser púber, aunque sea nula la compra, sin embargo porque estima comprar para sí en Derecho, conducido por una justa causa de error, y en los hechos compra: puede usucapir como comprador, en uno y otro caso, esto es en el del pupilo, y en el del furioso, inspeccionada más bien la estimación y opinión del comprador, quien piensa de sí contratar con un púber, y con un sano, que la substancia de la verdad; tal como aquí dice: 'Se está más a la opinión, que a la realidad'. Ciertamente así son restituidas las palabras, las cuales por el manuscrito eran transmitidas en este modo, 'porque aquí se está más a la realidad, que a la opinión'. Por el contrario aquí, esto es, en esta especie, 'Se está más a la opinión, que a la realidad': si observas la opinión del comprador, compra en Derecho; si la realidad, no en Derecho: y sin embargo procede la usucapión como comprador, porque vale más lo que está en la opinión, que lo que es en la realidad".

Gracias a la autoridad de Cujacius, esta interpretación va adquirir una gran preponderancia. Así se puede ver en autores contemporáneos como Julius Capra Vicentini<sup>37</sup>, Ludovicus Charondas<sup>38</sup> (1534-1613) y Dionysius Gothofredus<sup>39</sup> (1549-1622), acaso también Hugo Donelo (Hugues Doneau, 1527-1591), si bien con seguridad ya su anotador Osvaldus Hilligerus (Oßwald Hilliger, 1583-1619)<sup>40</sup>. Asimismo, en Antonius Faber (1557-1624)<sup>41</sup>, Julius Pacius (1550-1631)<sup>42</sup>, Hugo Grocio (1583-1645)<sup>43</sup>, Desiderius Heraldus (?-1649)<sup>44</sup>, Johannes a Sande

<sup>36</sup> Ibid., col. 1198.

<sup>37</sup> Cfr. CAPRA VICENTINI, J., *In XLI digestorum, seu pandectarum iustiniani sacratissimi imperatoris librum paraphrasis* (Basilea, Petrus Perna, 1560), cols. 782, 785 y 786.

<sup>38</sup> Véase SANDE, J. A., *Tractatus de prohibita rerum alienatione*, en *Commentarii duo singulares* (Leovardia, Gysbertus Sibonis, 1657), pp. 14-15. (I.I.39)

<sup>39</sup> GOTHOFREDUS, D., *Corpus iuris civilis romani* (Lipsia, Jo. Friderici Gleditschii B. Filii, 1720), p. 794.

<sup>40</sup> Cfr. DONELLUS, H., *Opera omnia. Commentariorum iuris civilis*, lib. V, cap. 5º, § 16 (Luca, Riccomini, 1762), I, col. 1056 n. 4.

<sup>41</sup> FABER, A., *Coniecturarum iuris civilis libri viginti, in quibus difficiles plerique iuris iustiniane loci, novis cùm emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectaque iuris principia stabiliuntur* (Lugduni, Phil. Borde. Lavr. Arnaud, et Claud. Rigaud, 1661), p. 186.

<sup>42</sup> PACIUS, J., *Enantiophanon seu legum conciliatarum centuriae VII* (4ª edición, Lugduni, ex officina Vicentii, 1606), pp. 419 y 420.

<sup>43</sup> GROTIUS, H., *Florum sparsio adjus justinianum* (Napoli, Vincentius Manfredis, 1777), p. 172.

<sup>44</sup> HERALDUS, D., *De rerum judicatarum auctoritate libri duo*, en OTTO, Everard, *Thesaurus iuris Romani continens rariora meliorem interpretum opuscula* (2ª edición, Rhenum, Johanem Broedelet, 1733), II, cols. 1069 a 1290, esp. col. 1265. (II.22.7).

(1568-1638)<sup>45</sup>, Everhard Otto (1685-1756)<sup>46</sup>, Antonius Schulting<sup>47</sup> (1659-1734), Alexandre Duranton (1783-1866)<sup>48</sup>, Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892)<sup>49</sup> y, entre nosotros, Alberto Burdese<sup>50</sup> (1927-2011).

b) La interpretación de Pulvaeus y su contradicción a Cujacius. Sin perjuicio del éxito de la proposición de Cujacius, Adrianus Pulvaeus (Adrien Poulvè), en 1558, retorna, contra la doctrina de aquél, a la explicación más difundida en época Medieval respecto de D. 41.4.2.15:

*"Quo tamen nihil expeditius aut facilius esse potest, si, ex Accursii sententia, pupillum hoc in loco rem alienam, non suam, distrahere intellexerimus. Ea enim adversus dominum usucapietur; non autem adversus pupillum; 'ut hic plus sit in re', id est, ex eo magis procedat usucatio, quod ea res aliena sit, & usucaptioni obnoxia, 'quam in existimatione', id est, quam impeditur ex eo, quod eam per errorem puberis esse credam, qui tamen pupillus sit. Sic enim legendum est, ut in Florentinis libris, & passim in vulgaribus exemplaribus legitur: tametsi speciosa sit haec illorum μετ θεοις, 'ut plus sit in existimatione, quam in re'. Quod si sciam pupillum esse, putem tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare; non capiam usu eam rem, quam mihi pupillus vendidit: quia juris error nulli prodest"<sup>51</sup>.*

"Por ello, sin embargo, nada puede ser más expedito o fácil, si, desde el parecer de Accursio, en tal lugar entendiéramos distraer al pupilo una cosa ajena, no suya. Aquella ciertamente se usurpa contra el dueño; pero no contra el pupilo; porque 'aquí se esté más a la realidad', esto es, por ello más bien proceda la usucación, porque aquella cosa sea ajena, y para la dañosa usuración, 'que a la opinión', esto es, que por ello se impida, porque por error crea ser púber, quien sin embargo sea pupilo. Ciertamente así hay que leer, en los libros Florentinos, y se lee generalmente en los ejemplares vulgares; aunque de aquellos sea aparente esta *metáthesis* [= cambio], 'porque se esté más a la opinión, que a la realidad'. Puesto que si supiera ser pupilo, piense sin embargo ser lícito al pupilo administrar las cosas suyas sin la autorización del tutor; no usurparé aquella cosa, la cual el pupilo me haya vendido: porque el error de Derecho no aprovecha para nada".

La crítica de Pulvaeus estaba llamada a surtir efecto en el futuro, especialmente entre juristas alemanes del siglo XIX como Unterholzner<sup>52</sup> (1787-1838), Glück<sup>53</sup> (1755-1831), Mühlenbruch<sup>54</sup> (1785-1843) y Savigny<sup>55</sup> (1779-1861).

<sup>45</sup> SANDE, *Tractatus de probibita rerum alienatione*, cit. (n. 38), pp. 14-15. (I, I, 39)

<sup>46</sup> OTTO, E., *Ad Fl. Justiniani PP. Aug. institutionum, sive elementorum libros IV a Cujacio emendatos, notae, criticæ et commentarius; in quo juris romani principia, rationes, progressus & meliores interpres indicantur* (Rhenum, Matthaeum Visch, 1734), p. 313 n. § XI.

<sup>47</sup> Cfr. SCHULTING, A., *Notae ad Digesta Seu Pandectas*, lib. XLII, tit. 4º, I. II, § 15 (Lugduni Batavorum, Luchtmans, 1828), VI, p. 436.

<sup>48</sup> DURANTON, A., *Cours de code civil suivant le code français* (4ª edición, Mannheim, Schwan et Gotz, Libraires de la Cour, 1841), XI, p. 466 y n. 1.

<sup>49</sup> IHERING, R. von, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 2 (Jena, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, 1858), pp. 156-158.

<sup>50</sup> BURDESE, A., *Il cd. "error in dominio" nella "traditio" classica*, en *Archives de Droit Privé*, 16 (1953), pp. 42 a 50.

<sup>51</sup> PULVAEUS, *Ad legem Atiniam*, cit. (n. 4), col. 344.

<sup>52</sup> UNTERHOLZNER, K. A. D., *Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz, Dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechts* (Breslau, Korn, 1815), p. 153 n. d.

<sup>53</sup> GLÜCK, C. F. von, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar* (Palm'schen Verlag-Buchhandlung, 1820), XXII, p. 302 n. 64.

<sup>54</sup> MÜHLENBRUCH, C. F., *Doctrina pandectarum in usum scholarum* (Halis Saxonum, Hemmerde et Schwetschke, 1823), I, pp. 234 y 236 n. 10.

<sup>55</sup> SAVIGNY, F. C. von, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit und Comp., 1840), III, p. 373; Ibíd. (1841), IV, p. 115 n. i.

Especialmente Unterholzner<sup>56</sup>—y con él, Stephan<sup>57</sup>, señalarán que ya el propio Cujacius se sintió persuadido por esta interpretación. Lo anterior, de acuerdo a la obra de Cujacius, *Observationum liber XXIV* (cap. 14º: *An res pupilli usucapi posset* [= “Si la cosa del pupilo pueda ser usucapida”]):

“Probo distinctionem Irnerii inter rem mobilem & immobilem. Rem pupilli immobilem non posse usucapi, *l. bonae f. De adq. rer. dom.* quae palam scripta est de re immobili cum de fructibus sit, quia à solo separantur, non de mobili [...]. Constat etiam alienam quamcumque rem à pupillo bona fide possessam usucapi posse etiam si venierit, quasi pupillaris bonae fidei emptori in facto erranti justa ex causa, *l. 2. §. tutor & §. Si à pupillo, Pro emp.* [...]”<sup>58</sup>.

“Pruebo la distinción de Irnerio entre cosa mueble e inmueble. No puede ser usucapida la cosa inmueble del pupilo, *l. bonae f. De adq. rer. dom.* [= D. 41,1,48] en el cual paladinamente está escrito respecto de la cosa inmueble cuando se trate sobre los frutos, que por sí solos se separan, no respecto de la mueble [...]. Consta también que puede ser usucapida cualquier cosa ajena del pupilo poseída con buena fe incluso si vendiera, como popular al comprador errante en el hecho por justa causa, *l. 2. §. tutor & §. Si à pupillo, Pro emp.* [= D.41,4,2,8 y 15] [...].”

En esta “observación”, Cujacius analiza la posibilidad de usucapir las cosas muebles del pupilo, sin autorización del tutor, poniendo a prueba una tradición doctrinal que se remontaba hasta Irnerio. Aprueba la señalada interpretación, afirmando que no se puede usucapir sólo la cosa inmueble del pupilo; y que la prohibición para usucapir tanto bienes muebles como inmuebles, corresponde en realidad sólo a la pupila. Además —y aquí comparece D. 41,4,2,15—, indica que puede ser usucapida cualquier cosa ajena (mueble e inmueble), que el pupilo venda a un comprador que incurra en error de hecho por una justa causa. Con esto, Cujacius acoge la interpretación que ya estaba presente en Accursio y Bártolo. Ciertamente aquí sí se aviene, en consecuencia, el texto sin modificar “*plus sit in re, quam in existimatione*”; con lo cual queda contradicha la interpretación que antes había ofrecido a este mismo respecto. En su favor, acaso se pueda señalar, por un lado, que está tratando de probar la tesis de Irnerio, no la propia. Y, por el otro, que la posibilidad de usucapir la cosa ajena vendida por el pupilo no ha sido antes negada por Cujacius (y allí, en efecto, “*plus est in re*”); sino que sólo se ha dicho que en el caso específico de D. 41,4,2,15 (“*Sed hoc casu*”, “*in hoc specie*”), prefiere la interpretación ya antes señalada. Así, probablemente en este punto simplemente ha parafaseado a Irnerio dentro de un tema general más amplio. Es decir, hace aquí una recepción dogmática de una doctrina que consideraba acertada; y, tal vez, no estimó oportuno, en este contexto, oponer aquí los argumentos de su propio trabajo exegético sobre uno solo del conjunto de textos pertinentes.

### 3. La interpretación “ecléctica” de Pothier.

Hacemos ahora un salto en el tiempo, hasta Robert Joseph Pothier (1699-

<sup>56</sup> UNTERHOLZNER, *Die Lehre von der Verjährung*, cit. (n. 52), p. 153 n. d.

<sup>57</sup> STEPHAN, W., *Zur Lehre von der Ersitzung*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 34 (1851), pp. 361-384 (esp. 369 y 370).

<sup>58</sup> CUJACIUS, J., *Observationum et emendationum liber vigesimus quartus*, en *Operum Priorum* (Napoli, Typis ac Sumptibus Michaelis Aloysii, 1722), III, col. 698.

1772)<sup>59</sup>. Puesto que este jurista intentó una vía intermedia entre las dos interpretaciones al uso de D.41.4.2.15, al tratar la buena fe en la usucapión, al interior de D. 41, 3 (*De usurpationibus et usucaptionibus*).

“§. I. Quid sit bona fides.

LXXVII. Bona fides nihil est aliud quam justa opinio quaesiti dominio [...]. Ex hac definitione bonae fidei, sequuntur tria consecutaria [...].

LXXVIII. Consecutarium primum. Ad bonam fidem requiritur ut quis existimet eum a quo rem comparat, jus eam alienandi habere.

Hinc ‘si ab eo emas quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potest<sup>60</sup>, l. 12. *Paulo lib. 21 ad ed.* [...].

Item is quidem ‘qui a qualibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit. At qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit’, l. 27. ff. 18.1. *de contrah. empt. Paul. lib. 8. ad Sab.*

Consequens est quod ‘eum qui a pupillo sine tutoris auctoritate distractamente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit’. l. 9. cod. 7. 26. *de usucap. pro empt. Philippos* [...].

LXXIX. Contra, si eum a quo comparo cediderim jus alienandi habere, licet non habuerit, bona fides adfuisse videtur.

Hinc ‘si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucacionem sequi (5); ut hic plus sit in re, quam in (6) existimatione’. l. 2. §. 15. ff. 41. 4. *pro empt. Paul. lib. 54. ad ed.*

“§. I. Qué sea la buena fe.

LXXVII. La buena fe no es otra cosa que la justa opinión de la cuestión del dominio...

Desde esta definición de buena fe, se siguen tres consecuencias [...].

LXXVIII. Primera consecuencia. Para la buena fe se requiere que alguien estime a aquél de quien compra la cosa, tener Derecho para enajenarla.

De aquí ‘si compras de aquél a quien el pretor vetó enajenar, y esto tu sabías, no puedes usucapir’, l. 12. *Paulo lib. 21 ad ed.* [= D. 41,3,12] [...].

También ciertamente ‘quien compra una cosa de cualquiera, en cuanto piensa ser del mismo, compra con buena fe. En cambio, quien compra de un pupilo sin autorización del tutor, o con autorización de un falso tutor que sabe no ser el tutor, no parecerá comprar con buena fe, como también escribió Sabino’, l. 27. ff. 18.1. *de contrah. empt. Paul. lib. 8. ad Sab.* [= D. 18,1,27].

La consecuencia es que ‘aquél que compró de un pupilo enajenante sin la autorización del tutor, ningún espacio de largo tiempo lo defiende’ l. 9. cod. 7. 26. *de usucap. pro empt. Philippos* [= CI. 7,26,9] [...].

LXXIX. Contra, si creyera tener aquél de quien compro Derecho para enajenar, aunque no lo tuviera, parecerá que la buena fe compareció.

De aquí ‘si comprara de un pupilo sin la autorización del tutor, a quien piense ser un píber, decimos que se sigue la usucapión (5); porque aquí se esté más a la realidad que a (6) la opinión, l. 2. §. 15. ff. 41. 4. *pro empt. Paul. lib. 54. ad ed.* [= D. 41,4,2,15].

(5) Nec obstat quod res pupilli non potest usucapi: supra, sect. praeced. Nam in hac specie non res pupilli empta est, sed res quam pupillus alienam possidebat.

(6) Mendosa lectio. Legendum, in existimatione quam in re, ut recte observat Cujacius<sup>61</sup>.

(5) No obsta que la cosa del pupilo no pueda ser usucapida: secc. preced. Pues en esta especie la cosa del pupilo no es comprada, sino la cosa que el pupilo poseía como ajena.

(6) Lección falsa. Se debe leer, a la opinión que

a la realidad, como rectamente observa Cujacius”.

Como se observa –y es bien sabido–, Pothier sitúa la creencia u opinión del adquirente en el núcleo de la buena fe; *justa opinio quaesiti dominii* (justa opinión de la cuestión del dominio). Por ello, no sorprende que declare el *dictum* de D. 41,4,2,15 como una lección *mendosa*; y que la sustituya, con Cujacius (en la nota 6), por “*ut hic plus sit in existimatione quam in re*” (porque aquí se esté más a la opinión que a la realidad). Hasta aquí, todo parece perfectamente organizado; y se observa la tendencia que podemos tener por más difundida en Francia hasta ese

<sup>59</sup> DURANTON, A., *Cours de code civil suivant le code français* (4<sup>a</sup> edición, Mannheim, Schwan et Gotz - Libraires de la Cour, 1841), XI, p. 466 y n. 1.

<sup>60</sup> En la edición de Pothier se dice “*potest*”, sin embargo el texto citado indica “*potes*”.

<sup>61</sup> POTHIER, R. J., *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogant*, lib. XLI, tit. 3º, art. 4º, § I, Consec. I, LXXVII-LXXIX (4<sup>a</sup> edición, Paris, Belin-Leprieur, 1821), III, p. 55 y nn. 5 y 6.

momento. Sin embargo, la armonía de su explicación se quiebra al añadir (en la nota 5), que la hipótesis decidida en el texto no es la compra de una cosa propia del pupilo, sino ajena. Lo cierto es que si este fuera el caso, el *dictum* tal cual como aparece en las fuentes, “*plus sit in re*”, estaría correcto; pues se habría estado más a la realidad de que la cosa era ajena, que a la opinión del comprador. Así eran las cosas, por cierto, ya desde las doctrinas medievales que explicaban el texto en este sentido, y también en Pulvaeus. Con todo, acaso las dudas que despertaba el propio tratamiento de Cujacius (especialmente en sus *Observaciones*), provocaron este resultado peculiar en la exposición de Pothier.

#### 4. La posible influencia de Fernández de Retes y el desarrollo en el área germánica.

Más allá del intento (fallido) de Pothier, tanto las interpretaciones de Cujacius como las de Pulvaeus tenían inconvenientes. Y así lo va a destacar posteriormente Stephan. Primero, contra la interpretación que señala que el púber vendió una cosa ajena, indica:

“Gegen diese Erklärung spricht offenbar, daß die Stelle nicht an einen Irrthum hinsichtlich des veräußerten Objects, sondern ausdrücklich an einen Irrthum über das Alter, resp. die Ummündigkeit des veräußernden Subjects (“quem puberem esse putem”), ihre Entscheidung anknüpft”<sup>62</sup>.

“Aparentemente habla contra esta declaración, que el pasaje no vincula su decisión a un error relativo al objeto vendido, sino explícitamente a un error sobre la edad, relativo a la minoridad del sujeto vendedor (“quem puberem esse putem”).”

Luego observa, sobre la inversión en la formulación de nuestro *dictum*:

“Gegen die Emendation des Cujas, welche dieser selbst später aufgab, um der Erklärung des Pulvæus beizutreten, spricht die Uebereinstimmung der Handschriften in jener Lesart und, wie ich glaube, die Möglichkeit einer einfacheren und befriedigenderen Auslegung”<sup>63</sup>.

“Contra la enmienda de Cujacius, que este mismo más tarde abandonó, para adherir a la explicación de Pulvæus, habla la coincidencia de los manuscritos en aquella lección y, como yo creo, la posibilidad de una interpretación sencilla y satisfactoria”.

Nosotros compartimos las críticas relativas al carácter insatisfactorio de ambas explicaciones sobre D. 41,4,2,15. Y, de hecho, probablemente algo similar a lo señalado por Stephan, ha de haber estado, ya en el siglo XVII, en mente del civilista salmantino José Fernández de Retes; cuya importancia puede reflejarse en Savigny, quien, para dar cuenta de la literatura fundamental, señala:

“Beylage VIII. Num. XV.a. —Man kann das, mit einem anderwärts vorkommenden Ausdruck, so bezeichnen: ‘plus est in re quam in extimatione’. — Vergl. Faber *conject.* VII.13. Retes *de don. int. vir.* C. 10 § 5 (Meerm. T. 6). Glück B. 26 S. 41—46. Unterholzner *Verjährung* B. 1. S. 395”<sup>64</sup>.

“Anexo VIII. Núm. XV.a. —Uno puede, con una expresión que se encuentra en otro lugar, señalarlo de este modo: ‘plus est in re quam in extimatione’. — Comp. Faber *conject.* VII.13. Retes *de don. int. vir.* C. 10 § 5 (Meerm. [an] T. 6). Glück L. 26 p. 41-46. Unterholzner *Verjährung* L. 1. p. 395”.

<sup>62</sup> STEPHAN, *Zur Lehre von der Ersitzung*, cit. (n. 57), p. 370.

<sup>63</sup> Ibid., p. 370.

<sup>64</sup> SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit und Comp., 1841), IV, p. 115 n. i (§156). Con todo, Savigny no trata explícitamente el *dictum* en el lugar anunciado “Beylage VIII.”, dedicado a su importantísimo tratamiento del error y la ignorancia “*Irrthum*

Se debe entender la alusión a Faber como referida a Cujacius; y la mención a Glück y Unterholzner, a Pulvaeus (y en último término a los glosadores y los comentaristas). Así, en esta nota se refleja las tres posiciones que Savigny consideraba más importantes: Cujacius, Pulveaus y Fernández de Retes. Veamos ahora en qué consistía la interpretación de este último.

Fernández de Retes, hacia 1659, señala en su *Ad Orationem Severi Imperatoris, De prohibita alienatione rerum minorum*:

"36. Neque etiam obstat text. in l. ult. Cod. eod. tit. de usucap. pro emtore, ubi decidit nullo spatio temporis posse illum usucapere, qui à pupillo sine tutoris auctoritate aliquid comparavit. Facile enim respondeatur, id non accidere propter qualitatem rei, aut vitium reale proveniens ex aliqua juris dispositione, sed propter vitium personale emtoris. Cura enim jure statum sit, ut pupillus nihil alienare possit absque tutoris auctoritate, princ. inst. de auct. tutor. §. nunc admonendi inst. quibus alien. licet. vel non l. oblig. 9. de auct. tut. cum alisi: qui contra interdictum juris mercatur, non habet bonam fidem l. qui à quolibet 27. de contrah. emt. cap. qui contra 82. de regulis juris in Sexto. Qui est communis, & verus intellectus.

37. Per consequens, si quis emat à furioso, pupillo sine tutoris auctoritate rem aliquam, sed bona fide, existimans furiosum sanae mentis esse, cum esset in suspectu inumbratae quietis, ut alias *dicitur in l. quod meo nomine* 18. §. 1. *de acquir. possess.* vel pupillum jam adolevisse, qui res suas administrare posset sine curatore, *l. si curatorem habens* 3. C. de in integr. restit. procul dubio procedet usucatio. Non quidem statim consequitur dominium rei (quod recte admonuit Ant. Fab. lib. 7. Conject. cap. 13.) quia emtio non valuit: & plus est in re, id est, in rei veritate, quam in existimatione, & opinione emtoris: ut textus ait sic intelligendus; unde nuda traditio, nullo praecedente contractu, non potuit efficaciter dominium transferre, *l. nunquam nuda* 31. *de acquir. rerum dominio.* Sed ex justa ignorantia emtoris, aequitate suadente, oritur titulus generalis pro suo, *l. hominem* 3. l. ult. *pro suo*, *l. Proculus 67. de jure dot.* Ex quo usucatio etiam sequitur, qua mediante fide dominus emtor, si per constitutum tempus rem possederit: hoc tamen si erret in facto; caeterum si erret in jure, existimans pupillo, vel furioso licere res suas distrahere, non poterit usucapere, quia juris error supinus est, & mala fides censemur, *l.*

"36. Tampoco obsta el texto en la l. ult. Cod. eod. tit. de usucap. pro emtore [= Cl. 7,26,9], donde se decide que en ningún espacio de tiempo puede usucapir aquél, quien compró algo de un pupilo sin autorización del tutor. Ciertamente, se responde fácilmente, esto no se acepta en razón de la calidad de la cosa, o por un vicio real proveniente de alguna disposición de Derecho, sino en razón de un vicio personal del comprador. Ciertamente se procura en Derecho que sea establecido, que el pupilo no puede enajenar nada sin la autorización del tutor, princ. inst. de auct. tutor. §. nunc admonendi inst. quibus alien. licet. vel non l. oblig. 9. de auct. tut. [= Inst. 1,21 pr.; 2,8,2; D. 26,8,9 pr.], con otros: quien comercia contra la prohibición de Derecho, no tiene buena fe, *l. qui à quolibet 27. de contrah. emt. cap. qui contra 82. de regulis juris in Sexto* [= D. 18,1,27, Bonifacio VIII, Lib. Sextus, tit. *De regulis juris* 82 = 'Qui contra jura mercatur, bonam fidem praesumitur non habere' ('Quién contra los derechos comercia, no se presume tener buena fe')]. Que es el común, y verdadero intelecto.

37. Por consecuencia, si alguien compra de un furioso, o de un pupilo sin la autorización del tutor una cosa, pero con buena fe, estimando al furioso estar sano de mente, cuando estaba en apariencia de ensombrecida quietud, como se dice entre otros en la l. *quod meo nomine* 18. §. 1. *de acquir. possess.* [= D. 41,2,18 pr. y 1], o ya haber alcanzado la adulteria el pupilo, quien las cosas suyas puede administrar sin curador, *l. si curatorem habens* 3. C. de in integr. Restit. [= Cl. 2,21,3], sin duda alguna procede la usucapión. Ciertamente no se consigue inmediatamente el dominio de la cosa (como rectamente advierte Antonius Faber, lib. 7 Conject. cap. 13) porque la compra no valió: & 'se está más a la realidad', esto es, a la verdad del asunto, *que a la estimación*, y a la opinión del comprador: como el texto dice así se debe entender; de donde la nuda tradición, sin ningún contrato precedente, no pudo transferir el dominio eficazmente, *l. nunquam nuda* 31. *de acquir. rerum dominio.* [= D. 41,1,31 pr.]. Pero por una justa ignorancia del comprador, con persuasiva equidad, se origina el título general como suyo, *l. hominem* 3. l. ult. *pro suo*, *l. Proculus 67. de jure dot.*

---

*und Unwissenheit*" (§115), Num. XV.a. Cfr. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 3, cit. (n. 55) p. 371.

*nunquam* 31. *hoc tit. Donell. lib. 1. Comment. cap. 20. §. 1. Cujac. lib. 7. QQ. Papin. in l. juris 7. de juris, & facti ignor. Assin. in Rubr. C. de usucap. pro empt. ex num. 312.* Ita deciditur in l. 2. §. si à pupillo 15. D. pro emptore. Unde etiam Ulpian. hanc consequentiam deducit in l. sed & si 7. §. *Marcellus*, alias, à furioso, de publiciana in rem act. Procedit in hoc casu usucapio emptori. Igitur, & Publicianam habebit. Est enim perpetua regula, qui potest usucapere, potest Publicianam intendere, quam fundat post veteres *Bened.* *Pinell. lib. 1. Select. cap. 17. num. 28. & 29*<sup>65</sup>

[= D. 41,10,3; 41,10,1 pr.; 23,3,67]. Por lo cual también se sigue la usucapión, mediante la cual el comprador se hace dueño, si poseyera la cosa por el tiempo establecido: esto, sin embargo, si yerra en el hecho; distinto si yerra en el Derecho, estimando al pupilo, o al furioso distraer lícitamente las cosas suyas, no podría usucapir, porque el error de Derecho es supino, y se considera mala fe, *l. nunquam* 31. *hoc tit.* [= D. 41,1,31 pr.]; *Donelo lib. 1. Comment. cap. 20. § 1; Cujac. Lib. 7. QQ. Papin. In l. juris 7. de juris, & facti ignor. Assin. In Rubr. C. de usucap. pro empt. ex num. 312.* Así se decide en la l. 2. §. si à pupillo 15. D. pro emptore [= D. 41,4,2,15]. De donde Ulpiano también deduce esta consecuencia en la l. *sed & si 7. §. Marcellus*, [= D. 6,2,7,2], entre otros, de un furioso. Procede en este caso la usucapión para el comprador. En consecuencia, también tenía la publiciana. Ciertamente es una regla perpetua, que quien puede usucapir, puede intentar la publiciana, como fundamenta después de los antiguos *Bened.* *Pinell. lib. 1. Select. cap. 17. num. 28 y 29*".

Sostiene, Fernández de Retes, aquí, la corrección de la lección “*plus sit in re, quam in existimatione*” en D. 41,4,2,15. Pero su interpretación presenta una peculiaridad respecto de las anteriores. Ya no supone, como hipótesis, la venta de cosa ajena por parte de un pupilo sin autorización del tutor; sino que sostiene (como la doctrina inaugurada por Cujacius), que se trata de una cosa propia del pupilo. La novedad estriba en señalar que el *dictum* se aplica a la *traditio*, no a la subsecuente *usucapio*. La adquisición ha sido ineficaz, porque no hay un contrato que sirva de *causa traditionis*. Así, “*plus sit in re*”: el enajenante es un pupilo no autorizado por el tutor; “*quam in existimatione*”: el comprador pensó erróneamente que era púber. La interpretación misma, aunque ingeniosa, es difícil de aceptar. En el texto la motivación de Paulo parece más bien fundar la pertinencia de la usucapión (*usucaptionem sequi*) que la impertinencia de la tradición; como viene a afirmar Fernández de Retes. De hecho, el caso de error de Derecho que se contrapone inmediatamente por Paulo (“*Quod si scias pupillum esse... non capies usu*”) sirve para demostrar que la posibilidad de usucapir es el hilo conductor de la exposición. Lo más interesante (y sugerente para futuras interpretaciones), en cualquier caso, es que decididamente introduzca la consideración de que la *causa usucaptionis* no sea *pro emptore* (como comprador), sino *pro suo* (como suyo); puesto que no vale la venta tanto aquí como en el caso del furioso, al cual se refiere Paulo inmediatamente después en D. 41,4,2,16. Con esto, Fernández de Retes inaugura un tercer tipo de interpretación en que la “*res*” no es ni la “cosa ajena” ni la “situación” en general; y, al contrario de todos sus predecesores, denota la necesidad de ciertos elementos objetivos en el negocio (en su caso en la *traditio* y el título genérico *pro suo*), por sobre aquellos de carácter subjetivo.

En este mismo sentido, en el área germánica es muy interesante la opinión

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ DE RETES, J., *Ad legem scriboniam, sive de prohibita usucapione servitutem realem, personaliumque, succisiva selectio* (pp. 436-488), en *Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici [...] ex colectione et museo Gerardi Meerman* (Haga, Petrum de Hondt, 1753), VI, pp. 472 y esp. 473 y 474.

de Samuel von Cocceius<sup>66</sup> (1679-1755) –redactor del *Project des Corporis Iuris Fridericiani* (1749-1751)<sup>67</sup>. Sobre D. 41,4,2,15, dice:

“Sed ais, hic plus esse in opinione, quam re, minus enim in re videtur, quia pupillus est, non pubes.

Resp. Plus juris omnino hic est in re, quam opinionem: nam jus oritur ex bona fide, quae valet, etsi opinio falsa sit: neque haec opinio jus dat, sed negotium, & res bona fide gesta. Alia exempla, ubi plus est in rei veritate, quam opinione, vide in L. 2 pro emt.

Exc. Si id, quod putat, & opinione est, turpe aut illicitum, aut contra formam iure praescriptam sit: tum enim, esti plus sit in veritate, & facultas non desit, deest tamen honesta voluntas [...]”<sup>68</sup>.

Cocceius, indica que la “res” (*plus sit in re [...]*) es el negocio y a la vez, la buena fe, que aparece como una misma cosa que el primero. Aquí la buena fe no es la opinión, sino un hecho (el negocio: *causa usucaptionis*) completamente independiente de la opinión y del error. Por tanto, para él se trata de una “res” que no corresponde a la verdad material, sino a la verdad del Derecho (negocio / buena fe); y, en consecuencia, se distingue netamente de las estimaciones subjetivas (*existimatio*). Es también, por así decir, una de las primeras cristalizaciones hacia la objetivación en la negocialidad que se puede detectar en el “área germana”. Como sea, desde su perspectiva se afirma la corrección del texto en cuanto señala “*plus sit in re, quam in existimatione*”.

Por su parte, Stephan también defenderá la lección “*plus sit in re quam in existimatione*”, desde una posición idéntica a la de Fernández de Retes:

“Zunächst wird die Frage erhoben, welchen Einfluß der factische Irrthum des Käufers hat, welcher den unmündigen Verkäufer für bereits mündig hielt? Ein *pubes* kann ohne *tutoris auctoritas* gilfig veräufern und Eigenthum durch Tradition übertragen; ein *impubes* nicht, der unter Vormundschaft steht. Im obigen Falle kann der Käufer die von dem Unmündigen ihm verkauftte Sache usucapiren (*usucacionem sequi*); er bedarf aber auch der Usucaption, um daran das Eigenthum zu erwerben; denn sein Irrthum kann ohne Weiteres diese Wirkung nicht hervorbringen, weil es wegen der Richtigkeit der Veräußerung in Folge der Unmündigkeit des Verkäufers an einer *justa causa traditionis* fehlt. — *Plus est in re quam in existimatione* — konnte und mußte es deshalb heißen”<sup>69</sup>.

“En primer lugar se plantea la pregunta, ¿qué influencia tiene el error práctico del comprador, el cual tenía ya por mayor al vendedor menor de edad? Un púber puede enajenar válidamente sin *tutoris auctoritas* y transferir la propiedad por tradición; un impúber no, el cual está bajo tutela. En el caso anterior el comprador puede usucapir la cosa que le compró al menor (*usucacionem sequi*); pero él también necesita la usucapión, para adquirir la propiedad: porque su error no puede producir sin algo más este efecto, ya que respecto a la corrección de la enajenación como consecuencia de la minoridad del vendedor falta una *justa causa traditionis*. — *Plus est in re quam in existimatione* — por tanto, podría y tendría que decirse”.

<sup>66</sup> COCCEIUS, Samuel de, *Ius civile controversum* (4ª edición, Frankfurt - Leipzig, Societas, 1779), pp. 323 y 324.

<sup>67</sup> Véase GUZMÁN, A., *Codificación del Derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX* (Madrid, Iustel, 2011), pp. 231-232.

<sup>68</sup> COCCEIUS, *Ius civile controversum*, cit. (n. 66), p. 324.

<sup>69</sup> STEPHAN, *Zur Lehre von der Ersitzung*, cit. (n. 57), pp. 369 a 373.

En este caso, también se señala que por el error del comprador (*existimatio*), falta una *justa causa traditionis (res)* y, por tanto, “*plus sit in re*”, ya que no adquirirá inmediatamente la propiedad.

También conviene recordar aquí la opinión de Stintzing, quien se opone a los postulados de Savigny, en especial en cuanto a la necesidad de un título (negocio)<sup>70</sup> para la usucapión. En este contexto, dice respecto de D. 41,4,2,15:

“Zu dem Fall, wenn man einen Pupillen für volljährig gehalten, bemerkt Savigny: „Natürlich wird vorausgesetzt, daß die irrite Annahme durch das täuschende äußere Ansehen der Person unterstützt wurde; sonst würde derselbe (?) dennoch als leichtsinnig anzusehen sein und zur Usucaption nicht genügen“. Was uns betrifft, so halten wir dies nicht für so ‘natürlich’, daß wir nicht die Anführung irgend eines Grundes sehr gern gesehen hätten, zumal da wir in den Quellen auch nicht die leiseste Andeutung dieses Satzes finden. Es liegt aber in dieser Bemerkung das Zugeständniß, daß das Rechtsgeschäft, in welchem der titulus besteht, zur Rechtfertigung dieser bona fides nicht ausreicht, sondern, daß dazu noch gleichsam ein zweiter Titel „das täuschende äußere Ansehen der Person“ erforderlich ist. Die Consequenz also, welche wir oben aus dem Savigny’schen Princip zogen, ist hier concedirt”<sup>71</sup>

Observa Stintzing<sup>72</sup>, que el título en la usucapión no aparece en las fuentes como un negocio perfecto, sino todo lo contrario. Al analizarlas, comienza por el título del Digesto *pro emptore*, donde hace ver, además del caso de la compra al furioso (D. 41,4,2,16) y otros, el nuestro de D. 41,4,2,15<sup>73</sup>. Esto acredita, en su opinión, la ausencia de una teoría de los romanos a este respecto<sup>74</sup>. Después, atendiendo a la cuestión del acto de transferencia imperfecto y el error de Derecho, recuerda, entre otras fuentes, lo atestiguado en D. 41,4,2,15, y señala:

“Eben daher kann es heißen, daß der Rechtsirrhum nicht nütze, weil sich bei ihm die thatssächlichen Verhältnisse als irrelevant, als ungünstig darstellen; daß dagegen der factische Irrhum nütze, weil er das Bild eines vollgültigen Rechtsactes hervorbringt. Dies Letztere aber läßt sich wiederum nur dann sagen, wenn der Irrhum ein ‘probabilis’, also die tatsächliche Sachlage so beschaffen ist, daß wirklich eine täuschende Ähnlichkeit mit den normalen Verhältnissen vorliegt”<sup>75</sup>.

La cuestión es que, tal como aceptaba el propio Savigny (desde una teoría

“Para el caso, en que alguien tuvo a un pupilo por adulto, advierte Savigny: “Naturalmente se asume, que la errónea suposición fue apoyada por la engañosa apariencia exterior de la persona; lo contrario sería lo mismo (?), sin embargo, que ser descuidado al observar y para la usucapión no es suficiente”. Lo que a nosotros preocupa, dado que esto no se sostiene tan ‘naturalmente’, es que no hemos visto para nada ninguna cita de algún fundamento, especialmente en la medida que en las fuentes tampoco encontramos el menor indicio de esta regla. Pero se encuentra en esta nota la concesión, de que el negocio jurídico, en que el *titulus* consiste, no es suficiente para justificar esta *bona fides*, sino, que para ello además es requerido por así decir un segundo título “la engañosa apariencia exterior de la persona”. Aquí está concedida la consecuencia, por tanto, que se confronta desde el principio savigniano”.

“Precisamente por eso puede decirse, que el error de Derecho no beneficia, porque en él las circunstancias de hecho se presentan como irrelevantes, como insuficientes; que en cambio el error de hecho beneficia, porque produce la imagen de un acto jurídico perfecto. Pero por otra parte este último sólo se puede decir entonces, cuando el error es uno ‘probabilis’, pues la situación de hecho está constituida de tal forma, que realmente presenta una similitud engañosa con las relaciones normales”.

<sup>70</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit. (n. 55), III, p. 373 n. f.

<sup>71</sup> STINTZING, J. A. R., *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre* (Heidelberg, Academische Anstalt für Literatur und Kunst, K. Groos, 1852), pp. 70/71.

<sup>72</sup> Ibíd., pp. 89 a 97.

<sup>73</sup> Ibíd., p. 90.

<sup>74</sup> Ibíd., p. 100.

<sup>75</sup> Ibíd., p. 110.

totalmente contraria), en D. 41,4,2,15 se debe atender a la apariencia de los hechos. Stintzing cree que el problema en la usucapión se resuelve precisamente en esto: la apreciación casuista de hechos objetivos (la imagen de un acto perfecto, allí donde no lo hay). La conclusión final de Stintzing es la siguiente:

“Wir haben nachgewiesen, daß der subjektive Standpunkt bei Beurtheilung des *titulus* im Prinzip und in den Consequenzen unrichtig ist...

Das richtige Verständniß ist daher nur von dem objectiven und praktischen Standpunkte des Prätors zu gewinnen. Es werden Thatsachen verlangt, aus welchen ein Eigenthumserwerb geschlossen werden kann; das Verhältniß dieser Thatsachen, nicht zur Meinung des concreten Subjects, sondern zur richterlichen Überzeugung, ist das Entscheidende; und dürfte man hier einen prozessualischen Begriff einmengen, so könnte man den *titulus* füglich als einen zu bescheinigenden Erwerbsgrund des Eigenthums charakterisiren — allein wir müssen uns gegen zu strenge Deutung dieses Ausdrucks verwahren. Nur darin liegt die Analogie, daß zur Ersitzung nicht der Beweis eines vollwirksamen Erwerbsgrundes gefordert wird, sondern daß der Nachweis von Thatsachen genügt, welche die Wahrscheinlichkeit eines rechtlichen Erwerbes begründen. So wenig aber sich stricte Regeln der Wahrscheinlichkeit aufstellen lassen, ebensowenig haben unsere Quellen den Begriff des *titulus* in strenge Gränzen eingeschlossen; sie wollen nicht binden und zwingen, sondern dem juristischen Urtheile als Weisung und Anleitung dienen”<sup>76</sup>.

“Nosotros hemos demostrado, que es incorrecto el criterio subjetivo en la apreciación del *titulus* en principio y en las consecuencias...

La correcta comprensión desde allí sólo se consigue por el criterio objetivo y práctico del pretor. Se requerirá que los hechos, puedan concluirse desde una adquisición de propiedad; la relación de estos hechos, no por la opinión de los sujetos concretos, sino por la sentencia judicial, es la decisiva; y podría intervenir aquí un concepto procesal, de modo que se podría caracterizar el *titulus* convenientemente como un fundamento para acreditar la propiedad — pero nosotros debemos mantenernos en contra de una explicación estricta de esta expresión. En esto sólo opera la analogía, que para la prescripción no se requiere la prueba de un fundamento de la adquisición plenamente eficaz, sino la demostración suficiente de los hechos, que justificaría la verosimilitud de una adquisición jurídica. Pero se puede establecer muy pocas reglas estrictas de la verosimilitud, tampoco nuestras fuentes han circunscrito el concepto de *titulus* en límites estrictos; ellas no quieren vincular ni obligar, sino que los criterios justinianos sirven como orientación y guía”.

Lo cierto es que Stintzing no ofrece una interpretación precisa de nuestro *dictum*, pero sí viene a afirmar cuestiones muy importantes sobre D. 41,4,2,15 en general. En suma indica que la usucapión no requiere un título entendido como negocio válido, sino de unos hechos con la suficiente verosimilitud para este efecto. Así, la compraventa al menor sin autorización del tutor, descrita en nuestro texto, se presenta como el producto de un error “*probabilis*”, en cuanto dotado de verosimilitud por su apariencia engañosa de una relación normal (lo cual, señala, está presente incluso en Savigny). No se trata aquí por tanto, de entender la cuestión de acuerdo a la excusabilidad del error (cuestión que no es tratada por las fuentes); vale decir, lo que resuelve el pretor sobre la *usucapio*, con un sentido práctico, no se refiere a la *existimatio* (excusabilidad del error, opinión de los sujetos), sino a la *res* (las circunstancias objetivas del caso). En suma, hay que concluir que para él la lección “*plus sit in re quam in existimatione*” es exacta, pues nada tiene que ver la opinión del comprador, sino sólo la apreciación de las circunstancias.

La explicación de Stintzing será bien acogida por la doctrina. Así, por ejemplo Pfeiffer, en 1857, señala sobre el título *pro suo* en la usucapión:

---

<sup>76</sup> Ibíd., pp. 123 a 125.

"In ea alio titulo deficiente ad usucaptionem proficiendam sufficere omnes consentiunt, quod omnino justa causa modo extiterit, quae in possessore opinionem illam dominum se factum esse sane creare possit. Hujus modi causas in concreto quidem pro ceteris rarius evenirent et tantum quasi vi exceptionis respici jam concedere possumus; sed ex vis ac pondus usucaptionis pro suo non minuitur. Jam sufficit nobis ex eo consequens ratio generalis, titulum, qualis requiri solet, utique deesse posse et tamen usucaptionem proficere, dummodo objectiva –ut ita dicam– causa bonae fidei probari possit.

[...] item quum pupillus sine tutoris auctoritate alienavit, L. 2. §. 15 D. pro emtore; [...] Jam ergo titulum verum et putativum sic, ut fieri solet, opponi non posse, facta vero ex fontibus procul dubio necessaria nullam vim nisi ex ratione erroris firmamentum bonae fidei habere videmus.

[...] Ut enim bonam fidem (praeter tempus expendum ac possessionem) principale usucaptionis momentum, semper autem factis firmandam esse vidimus; ita titulum utique factis illis bonam fidem firmantibus contineri invenimus"<sup>77</sup>

Por último, debemos recordar que así como Savigny –conocedor de Fernández de Retes<sup>78</sup> finalmente siguió la interpretación de la Glosa<sup>79</sup> (claro que intermediado por Unterholzner<sup>80</sup>, quien a su vez la siguió por intermedio de Pulvaeus<sup>81</sup>); Ihering tampoco se va a alinear con estas interpretaciones que nosotros –más allá de las diferencias que se observa en los autores entre sí–, hemos hecho derivar desde el civilista salmantino. Por el contrario, va a seguir la línea de Cujacius (aunque también lo reciba indirectamente, por Schulting<sup>82</sup>).

Esto, en Ihering, es bastante peculiar, considerando su visión objetiva del Derecho; en la cual, precisamente la dicción "plus est in re" tendrá gran importancia, tanto en materia de posesión<sup>83</sup> –en lo cual de alguna forma sigue a Stintzing<sup>84</sup>–, como en general en su visión de los negocios jurídicos<sup>85</sup>. Veamos:

"Todos consienten bastar en aquella con otro título deficiente para hacer prosperar la usucapión, que en absoluto existiría inmediatamente como una justa causa, que en opinión del poseedor sin duda pueda aquella dar lugar a hacerse dueño. De tal modo que ahora podemos conceder para las causas en concreto ciertamente advenir por otras más singulares y en tanto revisarse como por fuerza de excepción; pero aquella fuerza y eficacia de la usucapión *pro suo* no se aminora. Ahora basta para nosotros por ello la consiguiente razón general, el título, el cual suele ser requerido, sin más puede faltar y sin embargo prosperar la usucapión, [que] puede ser probada como causa objetiva –por decir así– de la buena fe.

[...] también cuando el pupilo enajenaba sin la autorización del tutor, L. 2. §. 15 D. pro emtore [= D. 414,2,15]; [...] Ahora, por tanto, el título así verdadero y putativo, como suele ocurrir, no puede ser opuesto, verdaderamente vemos que sin duda desde las fuentes los hechos no tienen ninguna fuerza si no en razón del error fundamento de la buena fe.

[...] Porque ciertamente la buena fe (además el cumplimiento del tiempo y la posesión) [es el] principal momento de la usucapión, pero vimos que siempre es afirmada en los hechos; así descubrimos que se contiene el título sin más en aquellos hechos que afirman la buena fe".

<sup>77</sup> PFEIFFER, G., *De bona fide in praescriptione XXX vel XL annorum acquisitiva* (Cassel, T. Fischer, 1857), pp. 23 a 26.

<sup>78</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit. (n. 64), IV, p. 115 n. i (§156). Con todo, Savigny no trata explícitamente el *dictum* en el lugar anunciado "Beylage VIII.", dedicado a su importantísimo tratamiento del error y la ignorancia "Irrthum und Unwissenheit" (§115), Num. XV.a. Cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit. (n. 55), III, p. 371.

<sup>79</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit. (n. 55), III, p. 373.

<sup>80</sup> UNTERHOLZNER, *Die Lehre von der Verjährung*, cit. (n. 52), p. 153 n. d.

<sup>81</sup> PULVÆUS, *Ad legem Atiniam*, cit. (n. 4) col. 344.

<sup>82</sup> Cfr. SCHULTING, *Notae ad Digesta Seu Pandectas*, lib. XLI, tit. 4º, l. II, § 15, cit. (n. 47), p. 436.

<sup>83</sup> Véase, a manera de ejemplo: IHERING, R. von, *La posesión* (trad. A. Posada, 2ª edición, Madrid, Reus, 1926), pp. 491 y esp. 532.

<sup>84</sup> STINTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus*, cit. (n. 71), p. 60, 61 y 83.

<sup>85</sup> IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik*, cit. (n. 49), pp. 149 ss. (esp. 156 a 158).

"Geben wir dem Gedanken, der sich darin ausspricht, eine allgemeinere Fassung, so lautet er: beim objectiven Vorhandensein der Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts ist das subjective Nichtwissen derselben und mithin der Glaube an die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts völlig unschädlich. Wir haben damit die römische Parömie gewonnen: *plus est in re, quam in existimatione* (85), d. h. der Nachdruck ruht auf dem objectiven Dasein, nicht auf dem subjectiven Glauben".

"(85) L. 9 § 4 de jur. ign. (22, 6), L. 4 § 1 de man. vind. (40, 2). Eine andere Fassung s. bei Paulus in L. 2 § 2 pro emt. (41, 4) [...] secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem. Vat. fragm. § 260 rei substantia plus pollet existimatione falsa u. § 11 J. de leg. (2, 20) plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. In der obigen Fassung kommt sie noch vor in dem § 15 der citirten L. 2 pro emtore von Paulus, allein in einer Anwendung, die gerade das Gegentheil von ihr enthält. Die Ausleger (s. Schulting, *Notae ad Digesta* ad h. I.) haben durch Umstellung der Worte re und existimatione helfen wollen, es ließen sich aber auch pupillus und pubes umstellen. Wie Sintenis im deutschen Corpus iuris die Stelle so, wie sie lautet, hat übersetzen mögen, ist schwer zu begreifen"<sup>86</sup>.

"Nos da la idea, de que en ella se expresa, una versión más amplia, que reza así: cuando se da la existencia objetiva de los requisitos de un negocio jurídico es totalmente inofensiva la ignorancia subjetiva de los mismos y por consiguiente la creencia en la ineeficacia del negocio jurídico. Así hemos alcanzado la paremia romana: *plus est in re, quam in existimatione* (85), es decir, el énfasis descansa en la existencia objetiva, no en la creencia subjetiva".

"(85) D. 22,6,9,4; D. 40,2,4,1. Una versión distinta, ver en Paulus in L. 2 § 2 pro emt. [= D. 41,4,2,2] [...] secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem. Frag. Vat. § 260 rei substantia plus pollet existimatione falsa y Iust. Inst. 2,20,11: plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Viene en la versión anterior incluso en el § 15, pro emptore del citado Paulo [= D. 41,4, 2], sólo que en una aplicación, que contiene exactamente lo contrario de ella. El intérprete (ver Schulting, *Notae ad Digesta* ad h. I.) tiene que permitir la inversión de las palabras *re* y *existimatione*, pero también puede invertirse las palabras *pupillus* y *pubes*. Como Sintenis en el *Corpus Iuris* alemán, como sea que diga el pasaje, es difícil de entender la traducción que podría tener".

En suma, Ihering sostiene la necesidad de coordinar el caso con su solución cambiando el *dictum* a "plus sit in existimatione quam in re". Hasta aquí, se observa una apreciación subjetivista de la cuestión (la cual es llamativa en él). Pero, además, Ihering recoge la solución adoptada en *Das Corpus Iuris Civilis*, por su traductor, Sintenis. Esto es, dejar intacto el *dictum*, "plus sit in re quam in existimatione", y cambiar el caso intercambiando los lugares de *pubes* y *pupillus* de la siguiente forma: "si a pubere emero sine tutoris auctoritate, quem pupillum esse putem...". Como sea, esta reconstrucción del texto es bastante difícil de aceptar; pues la proposición del caso ("si comprara de un púber sin autorización del tutor...") sería absurda. Probablemente Ihering sabía que en este último caso, si bien podía salvar un *dictum* más próximo a sus planteamientos generales, en realidad estaba presentando una hipótesis muy débil. Por ello termina señalando, simplemente, que la traducción del pasaje es muy difícil.

Hasta aquí nuestro recorrido histórico.

#### IV. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE MAYER-MALY

Después de este breve repaso histórico, podemos volver sobre las observaciones de Mayer-Maly que, a nuestros fines, se revelan como las más importantes: "Die berühmte Regel vom Vorrang der *res* gegenüber der *existimatio* spricht für Ablehnung, nicht für Zulassung der *usucapio* [...]. Die offensbare Unlogik der Begründung

<sup>86</sup> Ibíd., pp. 156 y 157 n. 85.

der Zulassung einer *usucapio* mit dem Vorrang der *res* vor der *existimatio* reizte zur Kritik. Cuiaciüs wollte zu *plus quam in re sit in existimatione* emendieren, seit Lotmar wird meist die Annahme einer von ut hic bis existimatione reichenden Interpolation vorgezogen. Beides ist verfehlt: Die in Frage stehende Regel lautet nun einmal *plus est in re quam in existimatione* und wird durch D. 22,6,9,4 als paulinisch gesichert; man kann eine Regel nicht in ihr Gegenteil verkehren, um einen durch sie zu begründenden Text zu retten. Die nun gängige Interpolationsbehauptung wiederum scheitert daran, daß bestimmt kein justinianischer Kompilations-kommissar, aber auch kaum ein Bearbeiter der nachklassischen Zeit so dumm sein konnte, die Bevorzugung der *res* statt der *existimatio* für eine Begründung der Zulässigkeit einer sich eben auf *existimatio* stützenden *usucapio* zu halten... In Wahrheit kann es für den unerträglichen Widerspruch zwischen Zulassung der *usucapio* und Hintersetzung der *existimatio* nur eine Erklärung geben: Durch Zeilenausfall oder sonstige Textverderbnis [...]. In unserem Fall entstammt der Hinweis auf den Vorrang der *res* gegenüber der *existimatio* wahrscheinlich dem Argument eines Gegners der Meinung des Paulus; Paulus wird dieses im Zug seiner Polemik für die Zulässigkeit der *usucapio* angeführt haben, um es dann zu entkräften; denkbar wäre auch, daß Paulus unseren Fall einem anderen gegenüberstellt und dann zu diesem gesagt hätte, hier komme es mehr auf die *res* als auf die *existimatio* an”<sup>87</sup>

La primera y fundamental cuestión que plantea Mayer-Maly, es la defensa de la genuinidad del *dictum* “*plus sit in re quam in existimatione*”. Para ello, recurre a la confrontación con el sustancialmente idéntico *dictum* “*plus in re est, quam in existimatione mentis*”, también enunciado por Paulo en D. 22,6,9,4. Esto demuestra que, sea cual sea el contexto, en D. 41,4,2,15, nuestro *dictum* pertenece al original.

La segunda, es su hipótesis de un error mecánico; una corrupción textual que no ha dependido de la intervención deliberada de algún editor postclásico ni de un

<sup>87</sup> MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem*, cit. (n. 20), pp. 103-104: “La famosa regla de la primacía de la res frente a la existimatio habla para el rechazo, no para la aprobación de la usucapio [...]. La aparente falta de lógica de la motivación de la admisión de una usucapio con la prioridad de la res antes de la existimatio movida por la crítica. Cujacius quería enmendar plus quam in re sit in existimatione, desde Lotmar en su mayoría se prefirió llegar a la aceptación de una interpolación desde ut hic hasta existimatione. Ambos están equivocados. La regla vigente en cuestión dice ahora una vez plus est in re quam in existimatione y está asegurada por D. 22,6,9,4 como paulina; uno no puede convertir una regla en su contraria, para rescatar un texto basado en ella. La ahora común afirmación de interpolación a su vez falla en, que ciertamente ningún comisario de la compilación justiniana, sino que incluso difícilmente un editor de la época postclásica podía ser tan estúpido, para mantener la preferencia de la res en vez de la existimatio en una motivación de la admisibilidad de una usucapio a sí precisamente apoyada en la existimatio [...]. En verdad puede darse sólo una explicación para la contradicción intolerable entre la admisión de la usucapio y la postergación de la existimatio, por falla lineal u otra corrupción textual [...]. En nuestro caso el dato de la primacía de la res frente a la existimatio probablemente viene del argumento de un adversario de la opinión de Paulo; Paulo habría recogido esto al hilo de su polémica sobre la admisibilidad de la usucapio, para entonces refutarlo; también sería conceible, que Paulo en nuestro caso había dicho otra contraposición y entonces sobre esto, aquí se está más a la res que a la existimatio”.

comisario justinianeo (pues, en este caso, hubiese sido “*so dummm*”, tan estúpido). En este punto no estamos de acuerdo.

Mayer-Maly dice que Cujacius yerra al invertir una regla para salvar el texto. Pero lo cierto es que él salva la regla para invertir completamente el caso; lo cual es mucho más radical<sup>88</sup>. De hecho, lejos de haber renunciado a las exageraciones de la hipercrítica, en sus manos, las herramientas de la teoría de los estratos textuales le permiten manipular aun más textos que los del solo *Corpus Iuris*<sup>89</sup> (de hecho, lo hace respecto de nuestro *dictum* en *Fragmenta Vaticana* 260)<sup>90</sup>.

Lo mismo puede decirse en esta exégesis de Wacke, quien sigue la opinión de Mayer-Maly, señalando lo siguiente: “Rinunciando ad avventurose congettura dobbiamo presumere che... sia caduta la menzione di una variante del caso esaminato all'inizio... consistente in un'ipotesi specularmente inversa rispetto ad esso: il compratore era ‘apparentemente in mala fede’; egli riteneva erroneamente *pupillus* il venditore, in realtà pienamente capace”<sup>91</sup>.

A nosotros nos parece que esto sí es una conjetura aventurada. Cuanto menos, supone dar por seguro todo un párrafo inexistente que exponga toda una completa “hipótesis especulativa” contraria a la que actualmente podemos leer. Tal proximidad hay entre Mayer-Maly y los críticos de interpolaciones, que, a fin de cuentas, esta interpretación se coordina perfectamente, al menos aquí, con lo que ya habían señalado Pflüger<sup>92</sup> y Voci<sup>93</sup>. Para éstos, la hipótesis a la que se conectaba originalmente el *dictum* de Paulo también debió haber sido exactamente inversa a la que aparece ahora en el Digesto.

Pero la tesis del caso contrario, tampoco es original. Como ya hemos visto, Ihering<sup>94</sup> ya había sugerido que en D. 41,4,2,15 se podía dejar intacto el *dictum*, simplemente intercambiando los lugares de *pupillus* y *pubes*. Esta corrección textual (a pesar de los problemas que presentaba en sí), es mucho más sutil que la de Mayer-Maly. Y sin embargo, Ihering no se atrevió a sostenerla más que al pasar. Esto, creemos, da buena cuenta de las cautelas de los juristas antes de la irrupción definitiva de la crítica textual.

Por otra parte, cuando Mayer-Maly reconoce que el caso expresamente regis-

<sup>88</sup> Cujacius, como se ha visto, solo se atreve a decir que “en doctrina” –para usar una expresión actual– se está más a la realidad” cuando el comprador ha comprado de un púber a quien creía pupilo; pero no llega a proponer una corrección textual, o a suponer una suspensión en el fragmento, en este sentido. Cfr. CUJACIUS, *Commentarius (Ad tit. pro emptore L. II)*, cit. (n. 32), p. 51.

<sup>89</sup> Véase también criticando las exageraciones críticas: JAKOBS, H. H., “*Error falsae cause*”, en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Köln, Schmidt, 1978), I, p. 60.

<sup>90</sup> MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem*, cit. (n. 20) p. 123.

<sup>91</sup> WACKE, “*Plus est in re*”, cit. (n. 1), p. 155: “Renunciando a conjeturas aventuradas debemos presumir que... se haya caído la mención de una variante del caso examinado al inicio... consistente en una hipótesis especulativamente inversa respecto a éste, el comprador estaba ‘apparentemente de mala fe’; él creía erróneamente *pupillus* al vendedor, en realidad plenamente capaz”.

<sup>92</sup> PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums*, cit. (n. 10), pp. 48 y 49.

<sup>93</sup> VOCHT, *Modi di acquisto della proprietà*, cit. (n. 11), p. 199.

<sup>94</sup> Véase IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik*, cit. (n. 49), p. 157 n. 85.

trado en D. 41,4,2,15 (el vendedor pupilo al que se pensó púber), se aviene mejor con la dicción propuesta por Cujacius, la enuncia de la siguiente forma: “*plus quam in re sit in existimatione*”. Ahora bien, tal como advierte Jakobs<sup>95</sup>, y con él Winckel<sup>96</sup>, aunque no haya diferencia sustancial, esto no es lo que señaló Cujacius, quien realmente propuso: “*plus sit in existimatione quam in re*”, o bien “*plus est in existimatione mentis, quam in re*”. ¿De dónde recogió, entonces, Mayer-Maly dicha formulación? Ciertamente no de Cujacius: la formulación propuesta es, con toda evidencia, la realizada por Grocio<sup>97</sup>. Pero el profesor austriaco tampoco parece haberla tomado directamente de allí, puesto que en dicha obra no se cita para nada a Cujacius; sino que probablemente de Schulting<sup>98</sup>, quien cita tanto a Cujacius como a Grocio, pero (probablemente por ser sustancialmente iguales), sólo transcribe la formulación de este último.

Más allá de las distintas exégesis del texto, la descoordinación entre el caso y el *dictum* ha sido el pensamiento compartido por la gran mayoría de los juristas que han intentado resolver la cuestión; vale decir, desde la Glosa a Pulvaeus, y desde Cujacius hasta sustancialmente el propio Mayer-Maly. Sólo hace excepción, la interpretación iniciada por Fernández de Retes. También nosotros hemos comenzado este artículo señalando que esta es la impresión que se forma a primera vista cualquier lector actual.

Sin embargo, cuando se observa este problema con mayor detenimiento, se advierte que esta actitud ante las fuentes no es más que un prejuicio; o, técnicamente, una anticipación histórica. Ante todo, creemos que se debe evitar aproximarse al texto suponiendo que está transmitido de forma errada (en esto consiste, precisamente, la superación de la crítica textual). Y, desde esta perspectiva, lo cierto es que este prejuicio no tiene respaldo en las fuentes. En éstas, sólo comparece una vez la dicción “*plus est in opinione quam in veritate*”, en un supuesto completamente diferente<sup>99</sup>. En suma, hay que intentar comprender el texto en el estado en que se encuentra.

En nuestra opinión, una contribución muy importante y duradera de Cujacius a la discusión, es haber conectado (como, por lo demás, también lo admite el análisis palingénético) nuestro texto con el párrafo inmediatamente siguiente, de D. 41,4,2,16:

“Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio [...]”.

“Si de un furioso, a quien piense de mente sana, comprara, consta que puedo usucapir para mí por causa de utilidad, aunque la venta haya sido nula [...]”.

<sup>95</sup> JAKOBS, “*Error falsae causae*”, cit. (n. 88), p. 59 n. 68.

<sup>96</sup> WINCKEL, “*Error iuris nocet*”, cit. (n. 7), p. 96 n. 38.

<sup>97</sup> GROTIUS, *Florum sparsio ad jus justinianeum*, cit. (n. 43) p. 172.

<sup>98</sup> Cfr. SCHULTING, *Notae ad Digesta Seu Pandectas*, lib. XLI, tit. 4º, l. II, § 15, cit. (n. 47), p. 436.

<sup>99</sup> Cfr. D. 29,2,15 (Ulp., 7 Sab.): “*Is qui putas se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare, nam plus est in opinione, quam in veritate*” (“Aquel quien se piensa necesario, cuando sea voluntario, no podrá repudiar, pues se está más a la opinión, que a la verdad”).

Como ha sostenido convincentemente Ankum<sup>100</sup>, en el Digesto la expresión “*utilitatis causa*” equivale a decir “por razones prácticas”, y se utiliza como recurso para justificar una decisión que se aparta de la dogmática estricta. En este caso, decididamente “no hay venta” y sin embargo sí hay usucapión. Podríamos decir, entonces, que la hay: por razones prácticas. Si ahora confrontamos este parágrafo 16 con nuestro D. 41,4,2,15, vemos que hay una clara relación entre la motivación en la “*utilitatis causa*”, entendida como razones prácticas, y la dicción “*plus sit in re quam in existimatione*” (de hecho, podemos considerar que Cujacius también hace esta conexión cuando acude a la *utilitas* de Horacio)<sup>101</sup>. De este modo, parecería confirmarse no sólo que la dicción es genuinamente paulina (como ya decía Mayer-Maly), sino que es la que efectivamente corresponde a la hipótesis (“*Si a pupillo emero*” / “*Si a furioso [...] emero*”). Hay que advertir que en todo caso existe una diferencia entre los casos. Como se sabe, el furioso nunca podía contratar o enajenar por sí mismo (lo cual pone la hipótesis de celebración de una compraventa por parte de éste, sin autorización, en el mismo plano que la celebración de este contrato por un infante). De ahí entonces, que sólo en el caso del furioso se diga que no hay venta; lo cual no se puede trasladar mecánicamente (superados los prejuicios de época medieval y de otros posteriores), al caso de la compra de un impúber; si bien, el hecho de que tampoco aquí “hay venta”, si el comprador conoce la condición de tal del vendedor, queda afirmado con el tratamiento del error de Derecho que se ofrece en el propio fragmento que analizamos.

Si todo esto es así, queda entonces por comprender de qué manera se relaciona nuestra dicción y el caso analizado en el texto de Paulo. Para ello, no podemos quebrar la secuencia de la explicación de Paulo: ni anticipando nuestros preconceptos sobre la necesidad de un título, pues al menos es evidente que en el caso del furioso evidentemente no hay; ni apartándonos del fragmento, sobrevalorando la importancia de la opinión del comprador-usuariopiente.

Para esto último, es especialmente ilustrativo el esquema ofrecido por Stintzing:

- |  |   |
|--|---|
| 1. “ <i>bona fides</i><br>a. beruhend auf factischem Irrthum — es erfolgt Usucaption;<br>b. beruhend auf Rechts-Irrthum — es erfolgt keine Usucaption.<br>2. mala fides<br>a. beruhend auf factischem Irrthum — es erfolgt Usucaption;<br>b. beruhend auf Rechts-Irrthum — es erfolgt keine Usucaption” <sup>102</sup> . | 1. “ <i>bona fides</i><br>a. basada en el error de hecho — se sigue usucapión;<br>b. basada en el error de Derecho — no se sigue usucapión.<br>2. <i>mala fides</i><br>a. basada en el error de hecho — se sigue usucapión;<br>b. basada en el error de Derecho — no se sigue usucapión”. |
|--|---|

---

<sup>100</sup> ANKUM, H., “*Utilitatis causa receptum*”. *On the pragmatical methods of the roman lawyers*, en ANKUM, J. A. y otros (editores) *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae*, I: *Ius Romanum* (Leiden, Brill, 1968), p. 5; ANKUM, H., *Quelques observations sur la method et les opinions juridiques d’Ulpia Marcellus*, en *Extravagantes. Scritti Sparsi sul Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 2007), p. 394.

<sup>101</sup> CUJACIUS, *In lib. LIV. Pauli ad edictum*, cit. (n. 34) col. 1198.

<sup>102</sup> STINTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus*, cit. (n. 71), pp. 76/77.

Con ello, demuestra que la opinión del individuo es secundaria: si los requisitos objetivos no están presentes, la *bona fides* no beneficia; si sí lo están, la *mala fides* no perjudica. De aquí que el pretor, con criterios objetivos y prácticos, no se preocupe *in primis* de la opinión de los sujetos, sino de que los hechos tengan una verosimilitud suficiente para dar lugar a la usucapión<sup>103</sup>. Y los hechos, en D. 41,4,2,15 y 16, están denotados por la “*res*”, de la motivación “*plus sit in re quam in existimatione*”, y las razones prácticas, de la motivación en la “*utilitatis causa*”.

Tratándose entonces de una cuestión relativa a hechos objetivos, hay una parte de la proposición que desorienta al intérprete actual: “*quam puberem esse putem*” (“a quién piense ser púber”). Esto justifica la buena fe. Pero ya sabemos que ésta se refiere a una cuestión diferente, y que está supeditada a las condiciones objetivas del caso. Paulo, en consecuencia, está haciendo precisamente esta distinción. Aquí no importa tanto “*quam puberem esse putem*”, como la objetiva apariencia externa de validez del negocio: la apariencia de pubertad del pupilo es la “*res*”.

Así “*plus est in re quam in existimatione*”, en este caso quiere decir se está más a la apariencia objetiva de pubertad del pupilo que a la opinión errónea del comprador. Si dicha apariencia no hubiese existido no habría tenido lugar la usucapión.

Cómo podríamos entender dogmáticamente estos hechos; qué relación pueden tener con el título verdadero y putativo; y, finalmente, qué papel juega aquí la buena fe, debe ser objeto de un estudio diferente.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACCUSIUS, *Digestum vetus, seu pandectarum iuris civilis*, I (Venecia, Iuntas, 1592).  
 ACCUSIUS, *Digestum nouum, seu pandectarum iuris civilis* (Lugduni, 1569).  
 ANKUM, J. A. y otros (editores) *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicate*, I: *Ius Romanum* (Leiden, Brill, 1968), p. 5; ANKUM, H., *Quelques observations sur la method et les opinions juridiques d'Ulpius Marcellus*, en *Extravagantes. Scritti Sparsi sul Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 2007).  
 AZO, *Ad singulas leges XII. librorum codicis iustinianei, commentarius et magnus appa-*  
*ratus, nunc primum in lucem editus* (Lugduni, J. Stoer, F. Fabrus, 1596).  
 AZO, *Brocardica, sive generalia iuris* (Basilea, 1567).  
 BARTOLUS a SAXOFERRATO, *In primam digesti novi partem commentaria* (Augustae Taurinorum, apud Nicolaum Bevilacquam, 1574).  
*Basilicorum libri LX* (ed. Heimbach, Leipzig, J. Ambrosius Barth., 1850), V.  
 BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, en *ZSS*, 44 (1924).  
 BURDESE, A., *Il cd. 'error in dominio' nella 'traditio' classica*, en *Archives de Droit Privé*, 16 (1953).  
 CAPRA VICENTINI, J., *In XLI digestorum, seu pandectarum iustiniani sacratissimi imperatoris librum paraphrasis* (Basilea, Petrus Perna, 1560).  
 CARVAJAL, P.-I., *Artículo 706 del Código Civil chileno, crítica como pretendido núcleo textual del principio de la buena fe*, en VARAS, J. A., y otros (editores), *Estudios de*

---

<sup>103</sup> Ibid., pp. 123 a 125.

- Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009* (Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, 2011), I.
- CASTRENIS, P., *In primam digesti novi partem commentaria* (Venecia, 1582).
- COCCEIUS, Samuel de, *Ius civile controversum* (4<sup>a</sup> edición, Frankfurt - Leipzig, Societas, 1779).
- CORBINO, A. - SANTALUCIA, B. (directores), *Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus* (Firerenze, Leo S. Olschki, 1988), II.
- CUJACIUS, J., *Commentarius in quo hi pandectarum tituli explicantur* (Paris, Andrea Wechelum, 1556).
- CUJACIUS, J., *In lib. LIV. Pauli ad edictum, recitationes solemnes, en Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatoria* (Prati, Off. Frate.Giachetti, 1838).
- CUJACIUS, J., *Observationum et emendationum liber vigesimus quartus, en Operum Priorum* (Napoli, Typis ac Sumpibus Michaelis Aloysii, 1722).
- DAUBE, D., *Mistake of law in usucaption*, en *Cambridge Law Journal* (1958).
- DONELLUS, H., *Opera omnia. Commentariorum iuris ciliuis* (Luca, Riccomini, 1762).
- DURANTON, A., *Cours de code civil suivant le code français* (4<sup>a</sup> edición, Mannheim, Schwan et Gotz, Libraires de la Cour, 1841), XI.
- EHRHARDT, A., *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht* (Berlin - Leipzig, De Gruyter, 1930).
- FABER, A., *Coniecturarum iuris civilis libri viginti, in quibus difficiles plerique iuris iustiniane loci, novis cum emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectáque iuris principia stabiliuntur* (Lugduni, Phil. Bilde. Lavr. Arnaud, et Claud. Rigaud, 1661).
- FERNÁNDEZ DE RETES, J., *Ad legem scriboniam, sive de prohibita usucapione servitutem realem, personaliumque, succisiva selectio* (pp. 436-488), en *Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici [...] ex colectione et museo Gerardi Meerman* (Haga, Petrum de Hondt, 1753), VI.
- GLÜCK, C. F. von, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Helfeld, ein Kommentar* (Palm'schen Verlag-Buchhandlung, 1820), XXII.
- GOTHOFREDUS, D., *Corpus iuris civilis romani* (Lipsia, Jo. Friderici Gleditschii B. Filii, 1720).
- GROTIUS, H., *Florum sparsio ad jus iustinianeum* (Napoli, Vincentius Manfredis, 1777).
- GUZMÁN, A., *Codificación del Derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX* (Madrid, Iustel, 2011).
- HERALDUS, D., *De rerum judicatarum auctoritate libri duo*, en OTTO, Everard, *Thesaurus iuris Romani continens rariora meliorem interpretum opuscula* (2<sup>a</sup> edición, Rhenum, Johanem Broedelet, 1733), II.
- IHERING, R. von, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 2 (Jena, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, 1858).
- IHERING, R. von, *La posesión* (trad. A. Posada, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1926).
- IRNERIUS, *Summa Codicis* (ed.Fitting, J., Berlin, Guttentag, 1894).
- JAKOBS, H. H., "Error falsae causae", en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Köln, Schmidt, 1978).
- KASER, M., "Iusta causa traditionis", en *BIDR*. 64 (1961).

- LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000 [pero, 1889]).
- LOTMAR, Ph., *Über "plus est in re quam in existimatione" und "plus est in opinione quam in veritate"*, en *Münchener Festgabe für J. J. W. Planck* (München, 1887).
- LÜBTOW, U. von, *Hand wahre Hand*, en *Festschrift zum 41. deutschen Juristentag in Berlin* (1955).
- MAYER-MALY, Th., *Das Putativtitelproblem bei der usucapio* (Graz - Köln, Böhlaus, 1962).
- MÜHLENBRUCH, C. F., *Doctrina pandectarum in usum scholarum* (Halensis Saxonum, Hemmerde et Schwetschke, 1823), I.
- OTTO, E., *Ad Fl. Justiniani PP. Aug. institutionum, sive elementorum libros IV a Cujacio emendatos, notae, criticae et commentarius; in quo juris romani principia, rationes, progressus & meliores interpres indicantur* (Rhenum, Matthaeum Visch, 1734).
- PACIUS, J., *Enantiophanon seu legum conciliatarum centuriae VII* (4<sup>a</sup> edición, Lugduni, ex officina Vicentii, 1606).
- PFEIFFER, G., *De bona fide in praescriptione XXX vel XL annorum acquisitiva* (Cassel, T. Fischer, 1857).
- PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1937).
- POTHIER, R. J., *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogant* (4<sup>a</sup> edición, Paris, Belin-Leprieur, 1821), III.
- PROVERA, G., *Note esegetiche in tema di errore*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci* (Milano, 1956), II.
- PULVÆUS, A., *Ad legem Atiniam, sive de rei furtivae prohibita usucapione liber singularis* (1558), en OTTO, E., *Thesaurus Juris Romani, Continens Rariora Meliorema Interpretum Opuscula, In Quibus Jus Romanum Emendatur, Explicatur, Illustratur; Itemque Classicis Aliisque Auctoribus Haud Raro Lumen Accenditur* (2<sup>a</sup> edición, ad Rhenum, 1733), IV.
- RABEL, E., *Gundzüge des römischen Privatrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1915).
- SANDE, J. A., *Tractatus de probibita rerum alienatione*, en *Commentarii duo singulares* (Leovardia, Gysbertus Sibonis, 1657).
- SAVIGNY, F. C. von, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit und Comp., 1840 ss.).
- SCHULTING, A., *Notae ad Digesta Seu Pandectas* (Lugduni Batavorum, Luchtmans, 1828).
- STEPHAN, W., *Zur Lehre von der Ersitzung*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 34 (1851).
- STINTZING, J. A. R., *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre* (Heidelberg, Academische Anstalt für Literatur und Kunst, K. Groos, 1852).
- UNTERHOLZNER, K. A. D., *Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz, Dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechts* (Breslau, Korn, 1815).
- VOCI, P., *L'errore nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1937).
- VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)* (Milano, Giuffrè, 1952).
- WACKE, A., "Plus est in re quam in existimatione". Vale più la realtà che non l'opinione nel trasferimento di proprietà e nell'usucapione, en *Estudios de Derecho Romano y*

- Moderno en Cuatro Idiomas* (Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”, 1996) [= en *Panorami. Riflessioni, Discussioni e Proposte sul Diritto e l’Amministrazione*, 7 (1995); versión alemana (más extensa), en *TR*, 64 (1996)].
- WARMELO, P. van, *Ignorantia iuris*, en *TR*, 22 (1954).
- WIEACKER, F., *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1960).
- WINCKEL, L., *Error iuris nocet, Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (Zutphen, Terra Publishing Co., 1985).
- ZILLETTI, U., *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1961).