

# MISCELANEA

## I

### UN CASO DEL LLAMADO «IVS PRAEOCCUPATIONIS»

(Pap. 3 resp. — D. 41, 3, 45 pr.)

Este texto de Papiniano parecía resistirse a una interpretación aceptable. La dificultad está primeramente en la defectuosa transmisión del mismo, pero sobre todo en cierta incongruencia interna y en su aparente contradicción con Marcian. 3 *inst.*—D.44.3,7, de masa Sabiniana éste, así como aquél es de masa Papiniana. Luego veremos el de Marciano; debemos empezar por el de Papiniano. Lo doy aquí sin las correcciones de los editores, a las que me referiré a continuación, pero distinguiendo con letras las distintas partes que lo integran:

- a) Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet.
- b) quod ita procedit,
- c) si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat aut dereliquerat aedificium alterius postea eodem loco extracto, occupantis datam exceptionem opponat,
- d) vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.

Las corrupciones de transmisión se dan en el apartado c). Quizá no tenga mayor dificultad la corrección *occupantis* > *occupanti*, que ya ofrece algún manuscrito, y parece exigir la palabra *datam*. Pero la frase *quod in litore posuerat aut dereliquerat* asocia dos verbos contradictorios, y no se puede mantener: el que pone un edificio y el que lo abandona no pueden equipararse. De ahí que un corrector de la Florentina hubiera pensado ya en salvar esta contradicción con la corrección <de>*posuerat*, pues derribar y abandonar sí pueden compararse. Mommsen, pensando en una caída de palabras por homoteleuton, intentó sanar el texto de este modo:

*quod in litore posuerat <(forte quod aut deposuerat) aut dereliquerat aedificium), alterius...*

Esto da un sentido: el que puso la casa, luego, la derribó o la abandonó. De todos modos, habiéndose supuesto ya que el edificio

había desaparecido (*aedificio funditus diruto*), quizá el distinguir esas dos posibilidades de derribo o abandono por la persona que lo puso no tenga razón de ser. Por otro lado, al mantener *aedificum* como complemento de esos dos verbos en alternativa, queda incompleto el siguiente ablativo absoluto: ...*alterius in eodem loco extracto*, donde falta evidentemente la palabra *aedificio*, en ablativo. De ahí que quizá sea mejor la corrección de Scialoja (con antecedente en Haloander, como se indica en el Digesto milanés), que deja *aedifici[um]<o>* para completar ese ablativo absoluto, y se limita a corregir *aut> et*:

*quod in litore posuerat <et> dereliquerat, aedificio alterius...*

De aceptarse esta corrección, el edificio fue derribado porque su constructor lo había abandonado; no lo derribó él mismo, como en la conjetura de Mommsen. Pero, en todo caso, nos encontramos con un acto de abandono de lo construido por su constructor. De ahí precisamente la primera dificultad de fondo, pues si este que construyó (*si quis...posuerat*) abandonó luego lo construido (...*dereliquerat*), y otro construyó en ese mismo lugar (*aedificio alterius...extracto*), no se comprende bien cómo el primer constructor puede seguir ocupando aquel lugar y puede por ello oponer la excepción «que se da al ocupante». Pero además: ¿contra quién se opone la excepción? ¿Quién entabla contra él una acción? ¿Acaso el constructor del nuevo edificio? Si es este nuevo constructor, ¿cómo dejó de retener él su propia construcción? En fin, la palabra *alterius* es la que parece introducir en el caso un nuevo constructor, pero no deja de ser sorprendente que este dato (por lo que vemos, perturbador) se introduzca de una manera tan indirecta: *aedificio alterius postea eodem loco extracto*, pues el hablar así (*aedificium alterius*) para decir que otra persona construyó allí un nuevo edificio no deja de ser una curiosa manera de decirlo.

Pero las dificultades persisten en el segundo ejemplo (d), del que lleva unos años pescando él sólo en el remanso de un río público y expulsa a otro pescador. La expresión *eodem iure*, que no puede menos de servir como fundamento de la *prohibitio* análogo al de la anterior *exceptio*, parece indicar que ese pescador de siempre tenía cierto derecho a expulsar al nuevo, pero no se aclara si el pescador expulsado se hallaba ya pescando, y le expulsa el que, después de haber pescado durante varios años en solitario, viene a su antiguo lugar «reservado», o si este pescador seguía pescando en ese lugar y expulsa a alguien que intenta pescar allí por primera vez.

Como se indicó antes, este segundo ejemplo (d) se reproduce, con alguna variante, en Marcian. 3 *inst.*—D.44,3,7:

si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet.

Que Marciano tratara este tema en ese lugar es muy probable, pues en ese libro se ocupaba de las cosas públicas. Aparentemente, Marciano afirmaba el *ius prohibendi* del pescador habitual: *eodem iure uti prohibet*. La variante, respecto al texto paralelo de Papiniano, del verbo *uti* es importante, pues muestra cómo aquí la *prohibitio* consistía en impedir que el pescador advenedizo usara del mismo derecho de pesca, un derecho, en principio, común, pues se trata de un río público, pero del que el pescador habitual puede excluir al advenedizo.

Resulta así que, al menos aparentemente, lo que para Marciano era una preferencia en el uso de un derecho común, se aduce en el texto de Papiniano como segundo ejemplo de no adquisición de *loca publica* por prescripción de largo tiempo. Se ofrece una contradicción, una vez más, entre el principio y lo que parece su aplicación: aquél, negativo, y ésta, positiva.

Bonfante (*Corso* II 1 p. 100 [ant. p. 84s.]) no vio con toda claridad el texto de Papiniano. Dice, en efecto, como si estuviera algo inseguro: «e pare che ne adduca come esempio l'impossibilità di accampare diritti sul lido una volta distrutto l'edificio, che vi posava, e l'impossibilità di pretendere un diritto esclusivo di pesca su di un braccio di fiume, per aver esercitato in quel braccio la pesca da solo per più anni». Entendiendo que los dos textos —de Papiniano y Marciano— son contradictorios, se decide por hacer decir a Marciano lo contrario: [*prohibet*] <*prohibere non potest*> (o de otra forma negativa que resultara del texto genuino). En el mismo sentido, Perozzi (*Ist.* I p. 684 n., cfr. p. 600n. y 682 n. 3) supone la caída de un *non* (<*non*> *prohibet*) en el texto de Marciano. Esta solución, sin embargo, no convence, pues el cotejo con el texto de Papiniano hace pensar que, una de dos: o bien Marciano había tomado ese trozo de Papiniano, y entonces no se comprende que le hiciera decir lo contrario, introduciendo *non* o la forma negativa que sea: o bien fueron los Compiladores los que añadieron en el texto de Papiniano un trozo tomado de Marciano, y, en este caso, habría que explicar cómo interpolaron ambos textos, suprimiendo la negativa, precisamente para ejemplificar en el de Papiniano el principio contrario de que no se adquiere derecho por el uso de una cosa pública.

Una actitud más enigmática adopta Kaser, cuando dice (*RPR.* I<sup>2</sup> p. 288 n. 2 *i.f.*): «Nicht von Ersitzung eines dinglichen Fischereirechts handelt Marci. D.44,3,7, vgl. Pap. D.41,3,45pr.». Parece, con esto, admitir que el texto de Marciano no está interpolado, pero que ese *ius prohibendi* del pescador habitual no supone un derecho de pesca que se pueda adquirir por prescripción adquisitiva. En esto, como veremos, tiene razón Kaser, pero no es lo que se desprende del texto por sí mismo, ni del cotejo con el texto de Papiniano.

Al intentar una mejor comprensión del texto de Papiniano, conviene aclarar ante todo la frase (que hemos separado con *b*) *quod ita pro-*

*cedit*, y, sin entrar ahora en una discusión crítica de los textos (D.4,8, 21,5; 20,1,29,1 y 24,1,11,7), conviene observar que este giro sirve siempre para introducir una aclaración condicionante de un principio que se acaba de enunciar: «esto que hemos dicho es así siempre que...». Por lo tanto, en nuestro texto, los dos ejemplos (*c* y *d*) que se introducen con ese giro *quod ita procedit si...* deberían entenderse como condicionantes del principio que se acaba de enunciar: *praescriptio... concedi non solet*; pero no es así, sino que resultan incongruentes con aquel principio. Conviene, pues, aclarar primeramente el alcance de este principio.

La presencia de una *praescriptio longae possessionis* en un texto de Papiniano, es decir, en un momento en que esta prescripción era una institución recientemente introducida en provincias, puede hacer pensar, de entrada, en la rutinaria sustitución compilatoria de la *usucapio* por la *longi temporis praescriptio*, cuando se trata de inmuebles. En efecto, observamos que *usucapionem* (no *praescriptionem*) *concedere* aparece documentado en Neracio, D. 41,10,5 pr., que es el conocido texto del título putativo de la usucapión, en cuyo problema no podemos entrar aquí, pero que es el problema que ha producido ciertas reservas ante este texto; aunque, de todos modos, no creo deban afectar a la expresión *usucapionem concedere*. En todo caso, parece lo más probable que Papiniano hablara aquí de una usucapión que procurara un uso exclusivo de los *loca publica*. Así como es posible que *iuris gentium* sea (como decía Perozzi, *loc. cit.*, cfr. Lombardi, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, p. 47 ss.) una adición quizá glosemática, la expresión *ad optinenda loca publica* me parece que debe estimarse genuina. Era claro que no podía tratarse de una usucapion de propiedad, pero sí de una usucapión especial para reservarse el uso de una cosa pública: el que la doctrina romanística ha llamado «*ius praeoccupationis*». Precisamente porque no se trataba de una usucapion ordinaria, Papiniano habla de que se «concede», como hacía Neracio respecto a los casos excepcionales en que faltaba la justa causa.

Ahora bien, volviendo al primer ejemplo (*c*), debemos empezar por aclarar la situación procesal concreta en que alguien puede oponer (*opponat*) la *exceptio* que se suele dar al ocupante de un lugar público (*occupanti[s] datam*). Una excepción presupone una acción, y tenemos que aclarar entonces de qué acción puede tratarse. Naturalmente, respecto a una controversia sobre el uso de un lugar público no puede tratarse de una acción, sino tan sólo del interdicto del edicto *ne quid in loco publico* (EP. § 237).

Bajo este edicto se comprenden realmente dos interdictos: Por el primero, que era prohibitorio, podía reclamar cualquier persona que viera perjudicados sus intereses particulares, por ejemplo, la vista o el paso de su propia finca (D.43,8,2,12 y 14) a causa de una edificación que alguien quería hacer en lugar público. Por el segundo, que era

restitutorio (D.43,8,2,36), se pedía la demolición de lo que entorpeciera la circulación por los lugares públicos. En caso de que el constructor abandonara lo construido, se podía dar el interdicto como *utile* (D.43,8,2,39). En el *litus*, cuyo uso era público (D.43,8,3pr.), era este segundo interdicto el que podía tener lugar, pues toda construcción es en él lícita *nisi usus publicus impediretur* (D.43,8,4). La *exceptio occupantis* defendería al que había usado pacíficamente de lo construido durante un tiempo que no conocemos, pero que podía ser el bienio de la usucapión de inmuebles.

Así, la situación concreta es la de alguien que intenta ese interdicto en defensa del uso público del *litus* y al que se opone la *exceptio* a favor del que ya ha edificado y ocupa lo construido (*exceptio occupanti data*).

De esta aclaración de la situación procesal en la que se opone la *exceptio* resulta un dato interesante para la comprensión de nuestro texto, que es éste: el que reclama no es el constructor de un nuevo edificio, pues éste carece de cualquier acción o interdicto para reclamar contra el ocupante. No se trata, pues, como se ha venido pensando, de una controversia entre un antiguo y un nuevo constructor, sino entre un constructor ocupante del terreno y otra persona que pretende defender la plenitud del uso libre de la playa. En consecuencia, podemos prescindir de la idea de un nuevo constructor (*alterius...*), y pensar, en cambio, que se trata de un nuevo edificio del mismo constructor (*altero...*). Por otro lado, la *derelictio* sería contradictoria con la defensa que se concede al ocupante, y por eso, hay que invertir el sentido de la frase: precisamente se requería que no hubiera habido *derelictio* para que se pudiera dar la *exceptio occupantis*: <neque> *derelinquerat*. Así, el texto, evidentemente corrompido, como ya hemos visto, debería de haber dicho ...*aedificio funditus diruto quod in litore posuerat* [aut] <neque> *derelinquerat* <et> *aedifici[um]* <o> *alter[ius]* <o> *postea eodem loco extracto...*

Ahora bien, con esta corrección resulta que el constructor que derriba su edificio y vuelve a construir sigue protegido por una excepción contra el interdicto del que pide la demolición de aquel nuevo edificio construido en terreno público: sigue protegido precisamente porque siguió reteniendo el lugar: *neque derelinquerat*. Este sería, en verdad, un caso de *usucapio ad optinenda loca publica*: el uso reiterado del antiguo edificio habría dado al usuario una defensa para retener aquel terreno público, a pesar de haber desaparecido su antigua edificación y no haber transcurrido el tiempo necesario para poder defender la nueva: una defensa consistente exclusivamente en una *exceptio* contra el interdicto *ne quid in loco publico*.

Consecuentemente, por el sentido de la frase *quod ita procedit*, tenemos que admitir que Papiniano afirmaba (*concedi solet*) tal *usucapio*,

que podía darse precisamente en ese caso. No, como hemos dicho, una *usucapio* de propiedad, que no es posible *in loco publico*, sino una especial *usucapio* del derecho a usar la edificación. Por tanto, es cierto lo que dice Kaser de que no se trata de ninguna «Ersitzung», pero no porque la niegue Papiniano, sino porque no se trata de una usucapación de propiedad, sino del derecho de uso exclusivo, de un «*ius praeoccupationis*», si se quiere llamar así, pero que no tenía más efecto que el negativo de la *exceptio*.

Fueron los Compiladores los que, al eliminar esa *usucapio* especial y sustituirla rutinariamente por la *longi temporis praescriptio*, se vieron en la necesidad de negar su admisibilidad, y añadieron la negativa: [*non*] *solet*. A pesar de ello, como dándose cuenta de que la posible *exceptio* del ocupante no era esencialmente contraria a ese principio negativo, pues se trataba de otro tipo de defensa, mantuvieron el ejemplo de Papiniano, algo confusamente, como caso de «*ius praeoccupationis*». Es más, asociaron esta idea a la del *ius prohibendi* del pescador del caso de Marciano, y lo copiaron literalmente a continuación, a modo de segundo ejemplo del «*ius praeoccupationis*»: [*vel si quis eodem iure prohibeat*]. Sólo que al copiar el texto de Marciano dejaron caer el verbo *uti* (*eodem iure uti*), con lo que *eodem iure* vino a constituirse en un fundamento de analogía con el caso anterior, una vez que había dejado de ser el objeto de *uti*, es decir, había dejado de ser el *ius piscandi in flumine publico* del que el «preocupante» podía excluir a cualquier persona (*alterum*). Este *ius prohibendi* del que había pescado en solitario durante años no era de la misma naturaleza que el del que podía oponer la *exceptio occupantis*, pero había entre ellos cierta similitud, que bastó para la interpolación compilatoria.

Concluyendo: Papiniano decía que suele ([*non*] *solet*) admitirse una especie de *usucapio* a favor del que había usado de manera continua un edificio construido *in litore*, y que sucedía así (*quod ita procedit*) cuando el constructor del edificio usado lo destruía y construía otro en su lugar; no se trataba ya de retener el edificio usado durante años, pues aquél había sido destruido, sino de retener un nuevo edificio construido en el lugar del anterior: sólo en este caso podía hablarse de una cierta *usucapio* de los *loca publica*. Tal *usucapio* tenía como efecto, una *exceptio occupantis* contra el interdicto *ne quid in loco publico*.

Marciano, por su parte, tratando del régimen de los ríos públicos, decía que el pescador que había venido usando en solitario de un rincón del río podía expulsar lícitamente a un nuevo concurrente. No se trataba aquí de excepción contra un interdicto, sino de simple licitud de un acto de fuerza contra el que no valdría la *actio iniuriarum*, con la que se puede demandar ordinariamente al que impide pescar (D.43,8,2,9).

Los Compiladores, finalmente, sustituyeron la *usucapio* por la *longi temporis praescriptio* y tuvieron que negar su concesión, pues era evidente que no cabía la prescripción adquisitiva de lugares públicos, a pesar de lo cual, no sólo dejaron el ejemplo de la *exceptio* a favor del constructor ocupante del *litus*, sino que añadieron como segundo ejemplo el caso de Marciano, como fundado en un derecho análogo (*eodem iure*), no obstante las diferencias originales entre ambos casos.

ALVARO D'ORS