

2.3.7. *Prueba de la costumbre*

EMMA RODRÍGUEZ DÍAZ
Universidad de Oviedo

LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

La decisión de redactar estas breves notas ha sido fruto de la revisión de los comentarios del jurista Ioannis del Castillo Sotomayor¹ quien, al referir la prueba de la prescripción inmemorial, se remitía a la legislación castellana, concretamente a la ley 41 de las *Leyes de Toro*. La norma mencionaba la costumbre inmemorial como modo para hacer constar la fundación del mayorazgo². Se trataba de una contradicción entre la dicción de

¹ IOANNIS DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum iuris. Liber VI. et Tomus VII. sive tractatus nobilissimus de tertiis debitis regibus Hispaniae, ex fructibus, & rebus omnibus quae decimantur*, Lugduni, 1667, 231.

² “Mandamos que el mayoradgo se pueda probar por la escriptura de la institución del, con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escripturas que fagan fee, ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del tenor de las dichas escripturas, é assi mesmo por costumbre inmemorial probada con las calidades, que concluyan los pasados haber tenido é poseido aquellos bienes por mayoradgo, es á saber, que los hijos mayores legitimos é sus descendientes subcedian en los dichos bienes por via de mayoradgo, caso que el tenedor del dejase otro fijo ó fijos legitimos, sin darles lo que subcedian en el dicho mayoradgo alguna cosa ó equivalencia por subceder en él: é que los testigos sean de buena fama, é digan que ansi lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, é asi lo oyeron decir á sus mayores é ancianos que ellos siempre asi lo vieran é oyeran, é que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, é que dello es pública voz é fama, é comun opinión entre los vecinos y moradores de la tierra”. *Vid.* la escritura de constitución de mayorazgo con interpretación de las disposiciones entonces vigentes y sus modificaciones en *Primera parte de escrituras, y orden de partición y cuenta, y de residencia judicial, civil, y criminal, con una instruccion á*

EMMA RODRÍGUEZ DÍAZ

la ley y la empleada por el jurista que siempre se refirió a ella como ejemplo de prescripción inmemorial.

La distinción entre costumbre y prescripción inmemoriales no es novedosa. Los abundantes teorías vertidas por la doctrina española del siglo pasado demuestran la complejidad de la cuestión³. De Llamas y Molina entendía por costumbre inmemorial la práctica por medio de la cual “se adquiere derecho en común á todos los individuos ó universalidad, sin que á ninguno aproveche ni perjudique en particular”⁴. Según este concepto, quien adquiere o pierde un derecho por costumbre inmemorial no puede ser persona cierta o determinada. “Lo contrario sucede en la prescripción, porque por su medio el particular y no la universalidad adquiere para sí, y causa perjuicio á la persona particular contra quien prescribe, de que nace y resulta un derecho privado entre el que prescribe y aquel contra quien prescribe, cuando la costumbre, á diferencia de la prescripción, constituye un derecho público respecto de todos aquellos que tienen interés en la materia en que se versa”⁵. Por lo que deduce que las *Leyes de Toro* recogen mejor la prescripción inmemorial que la costumbre.

Quienes se han ocupado del estudio de la prescripción inmemorial, bien sea desde una perspectiva histórica bien desde una dogmática, coinciden en su complejidad porque constituye un tema polémico que ha dado lugar a una extensa bibliografía desde tiempos pasados⁶. Por nuestra parte nos limitaremos en estos breves apuntes a exponer el *status quaestionis* y de qué modo influyó en el derecho español.

los escrivanos del Reyno al principio, y su aranzel. Aora nuevamente emendada, y añadida por Diego de Ribera escrivano de Granada, Madrid, 1605, 69-71. Sobre la extinción de los mayorazgos, PLA Y CANCELA, B., Examen de las leyes de abolición de señoríos, Coruña, 1857, 11.

³ Vid. por todo DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2. ed., Madrid, 1852, 331-37. También habla de prescripción inmemorial PÉREZ Y LÓPEZ, A., *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, XXIV, Madrid, 1797, 4-5. Los comentaristas del XVI, empero parten de la letra de la ley, ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, Salmanticae, 1567, 145 y vto.; también GUTIÉRREZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, II, Madrid, 1863, 233-34.

⁴ DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario*, 333.

⁵ DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario*, 333.

⁶ BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, 77-78.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

La doctrina ha venido calificando de inmemorial el transcurso de tanto tiempo que no hay memoria en contrario. A este respecto decía Schupfer que nuestros mayores consideraban como *immemorable* un estado de cosas cuando la noticia de otro estado distinto había desaparecido de la *memoria hominum*⁷. Los autores participan de la idea de evolución cuando estudian la historia del tiempo inmemorial y analizan su vigencia en el derecho romano, las influencias del derecho germánico y más tarde del derecho canónico hasta llegar a las codificaciones modernas.

Según Schupfer, las fuentes romanas sobre esta institución son escasas, no obstante, existen supuestos donde se protege una situación sobre las cosas por su existencia desde tiempo inmemorial. Bastaría lo que fue conocido como “*vetustas*”, definida por Bonfante como “uno stato di cose che dura da tempo immemorabile: *cuius memoria non exstat*”⁸.

Sin entrar en el análisis pormenorizado de los textos queremos poner de relieve dos aspectos:

1º Las fuentes hablan de *vetustas*⁹ o de *diuturnus usus*¹⁰. La romanística lo vincula al “tempo immemorabile”, como hace Bonfante, a “die langjährige Übung”, según Partsch¹¹.

2º Schupfer¹² predica la *vetustas* o *longissimum tempus* de las *viae vicinales*¹³, del *aqua pluvia*¹⁴ y del *ductus aquae*¹⁵. La servidumbre de acueducto, como las otras, se adquieren por el paso de 10 años entre pre-

⁷ SCHUPFER, F., v. “*Ab immemorabili, tempo immemorabile, prescrizione immemorabile*”, *NDI*, I, Torino, 1937, 25. Cf. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, III, 2. ed., Madrid, 1900, 264. Vid. el elenco bibliográfico de Schupfer y el que hacen C. Fadda y P. Bensa en WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, IV, Torino, 1930, 681.

⁸ BONFANTE, P., *Corso di diritto romano. II.1. La proprietà*, rist. della 1. ed., Milano, 1966, 497. El romanista menciona expresamente los párrafos paulianos de D. 39,3,2,1 y 3.

⁹ D. 43,20,3,4 (*Pomp., XXIV. ad Sab.*); D. 39,3,26 (*Scaev., IV. resp.*)

¹⁰ D. 43,19,5,3 (*Ulp., XX. ad ed.*); D. 39,3,1,23 (*Ulp., LIII. ad ed.*); D. 8,5,10 (*Ulp., LIII. ad ed.*).

¹¹ PARTSCH, J., *Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte*, Leipzig, 1906, 99.

¹² Cf. BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 79-80. NANI, C., *Storia del diritto privato italiano*, Torino, 1902, 306. BAUDRY, G. y TISSIER, A., *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile della prescrizione*, 3. ed., Milano, 1930, 8.

¹³ D. 43,7,3 (*Ulp., XXXIII. ad Sab.*); D. 43,8,2,21,22 y 23 (*Ulp., LXVIII. ad ed.*)

¹⁴ D. *de aqua et aq. pluv. arc.* 39,3.

¹⁵ D. 39,3,26 (*Scaev., IV. resp.*)

sentes o de 20 entre ausentes¹⁶. Perozzi y Albertario estimaron interpolados los textos que hacen mención de la *longa possessio* de las servidumbres, pues contenían una *praescriptio* de carácter no defensivo¹⁷. Por el contrario, decía Bonfante que estos fragmentos no describen una *praescriptio longi temporis*, “essi non contengono se non applicazioni della *vetustas*, del tempo immemorabile, che in materia di servitù o, come piuttosto ritengo, in tema soltanto di acque stabiliva la tutela dello *statu quo* (cfr. L. 1, § 23, D., 39,3; L. 2 pr., §§ 1,5,8, *eod.*; L. 26, *eod.*; L. 3, § 4, D., 43,20; L. 28, D., 22,3). L'azione è concessa in base al tempo immemorabile *tametsi ius non probaretur*, come dice la L. 26, D., 39,3”¹⁸.

Como recogió Schupfer el concepto de *vetustas*, y con él aquel de tiempo inmemorial, era *iuris publici*. Bonfante¹⁹ amplió el campo al calificar de característico el acercamiento de la *longa possessio* de las servidumbres al concepto de *vetustas*, si bien declaraba que las aplicaciones de la *vetustas*, del tiempo inmemorial, a la tutela del estado de hecho sólo eran pre-

¹⁶ WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, I, trad. C. Fadda e P. Bensa, Torino, 1930, 773.

¹⁷ D. 8,5,10 pr. (*Ulp., LIII. ad ed.*); D. 39,3,1,23 (*Ulp., LIII. ad ed.*); D. 43,19,5,3 (*Ulp., XX. ad ed.*). Sin ánimo de profundizar en el problema nos hacemos eco de la controversia habida en la doctrina de fines del siglo pasado en cuanto a la naturaleza de tal *longa possessio* adquisitiva. Se cuestionaba la posibilidad de que los romanos del período clásico conocieran la *praescriptio longi temporis* adquisitiva de las servidumbres. Según la teoría tradicional, *vid.* PEROZZI, S., “I modi pretori d'acquisto delle servitù”, *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1948, 242-60, PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, 96-100, la *longa possessio* de las servidumbres era una posesión distinta de la *longi temporis praescriptio* de las cosas y conservada *nec vi nec clam nec precario*. *Vid.* también SOLAZZI, S., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 161-80. BIONDI, B., *Le servitù prediali nel Diritto romano. (Corso di lezioni)*, Milano, 1946, 267-77. *Id.* *Le servitù*, Milano, 1967, 554-55. AMELOTTI, M., *La prescrizione delle azioni in Diritto romano*, Milano, 1958, 190, n. 249. SARGENTI, M., *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1940, 86-95.

¹⁸ BONFANTE, P., “La ‘*longi temporis praescriptio*’ delle servitù”, *Scritti Giuridici Varii. II. Proprietà e servitù*, Torino, 1918, 961, e *id.*, *Corso*, II.1, 497-520.

¹⁹ BONFANTE, “La ‘*longi temporis praescriptio*’ delle servitù”, 956-965. Por el contrario, Krüger, H., *Die prätorische Servituten*, Münster, 1911, *op. cit.* por Bonfante, distinguía en el período clásico entre la aplicación de la *longa possessio* y de la *vetustas*, pues ésta permitía la adquisición de las servidumbres civiles, mientras la *longa possessio* era un modo de adquisición de las servidumbres defendidas *tuitione pretoris*. *Vid.* la crítica de Bonfante en págs. 961-62.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

dicables de las servidumbres de aguas²⁰. Bonfante participó de la idea de Zimmern según la cual la referencia a la *longa possessio* incidiría en la valoración de la prueba, pues el juez podría evaluar libremente el *lapsus* temporal que habría de ser suficiente para la validez de la *possessio servitutis*. Esta teoría, que ya había encontrado detractores en quienes representaban la tesis tradicional por la cual bastaba con probar el tiempo fijado de 10 o 20 años²¹, fue suavizada por Partsch. El autor señalaba que ya en el s. III, frente a la práctica que concedía gran arbitrio al juez en la valoración de la *vetustas*, el magistrado fijaba un plazo temporal en la *formula in factum*²², de modo que bastaba con demostrar la *possessio servitutis* durante aquel período. Al mismo tiempo un rescripto de Caracalla, C.J. 3,34,2 (a. 215), establecía el plazo de 10 o 20 años para la *longa possessio* en analogía con el de la *longi temporis praescriptio*, interpretación similar que le merece a Partsch otro rescripto, C.J. 3,34,1 (a. 211), donde menciona la *consuetudo longi temporis*. En función de tales argumentos mantenía el romanista la idea de sujeción de la *longa possessio* de las servidumbres a un plazo, el cual coincidía con el exigido para la *longi temporis praescriptio*, diez años entre presentes o veinte entre ausentes²³. Bonfante criticaba esta tesis y declaró la interpolación de C.J. 3,34,2 mostrándose a favor del concepto de *vetustas* como tiempo inmemorial dependiendo del *iudex* la valoración de su prueba²⁴.

En todo caso, ya se mantenga una u otra teoría, el concepto de *vetustas* como indicativo de tiempo inmemorial se sostiene en Derecho romano²⁵.

²⁰ No fue tan explícito PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, 96-100, quien, no obstante, se refirió en todo momento a la servidumbre de acueducto. Salvaba Bonfante la dificultad derivada de la confusión del *ductus aquae* con la servidumbre de acueducto que se adquiría en 10 o 20 años, un tiempo más breve sin necesidad de recurrir al tiempo inmemorial. Vid. SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 26-27.

²¹ Vid. el elenco de WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, 772, n. 8.

²² PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, 98, n. 4.

²³ PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, 98-99.

²⁴ BONFANTE, “La ‘*longi temporis praescriptio*’ delle servitù”, 956-965. En este sentido se había pronunciado Zimmern, *Römischrechtl. Untersuchungen*, Heidelberg, 1821, 102-128 n. 5, op. cit. por PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, 99, n. 2 y BONFANTE, “La ‘*longi temporis praescriptio*’ delle servitù”, 958, n. 1.

²⁵ La idea de *vetustas* como modo legítimo de adquisición y no como presunción es una teoría incuestionable para SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 26-27, pero la mayoría de romanistas se decantaron a favor de la presunción. BONFANTE,

Otro de los precedentes en la configuración del tiempo inmemorial ha sido el derecho germánico. En la presente comunicación sólo queremos poner de relieve las dos diferencias básicas, a juicio de Schupfer, entre ambos sistemas jurídicos: las disposiciones germánicas aplicaron el tiempo inmemorial a la posesión antigua de derechos, ya fuesen de naturaleza pública o privada; las partes aducían como prueba de la posesión inmemorial que el estado actual había durado desde tiempos remotos, más de lo que una persona pueda imaginar, más allá de la memoria de dos hombres, unos 100 años, que nunca oyeron nada en contrario, ni siquiera de sus mayores. Por otra parte, el derecho germánico no concedió al paso del largo período de tiempo el valor de ser un modo legítimo de adquisición de derechos sino el ser constitutivo de una presunción de legitimidad de una posesión antigua²⁶.

Además de los dos sistemas jurídicos aludidos los traductores de las pandectas de Windscheid, siguiendo a Bekker²⁷, comentaban que la aplicación de la esencia del carácter inmemorial generalizada en el derecho común se debió en gran parte al Derecho canónico, el cual estaba a medio camino entre los derechos romano y germánico²⁸. Este ordenamiento no considera el tiempo inmemorial como presunción de un justo título sino que le otorga la eficacia de un modo legítimo de adquisición del dominio. Sin embargo, se incorpora un nuevo concepto, pues, como dispone Schupfer, el Derecho canónico considera el tiempo inmemorial como una *praescriptio*.

El concepto de *praescriptio* no es innovación canónica. En el Derecho romano además de la *vetustas*, pero frente a ella en la medida que llevando también aparejada la idea de una larga posesión ésta estaba perfectamente delimitada en el plano temporal, estaba la *praescriptio*.

Corso, II.1, 497, n. 1, criticaba la pretensión de equiparar la *vetustas*, la cual establece sólo una presunción, con la *praescriptio*, que es un modo de adquirir, y GROSSO, G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 213, expuso sin género de dudas que en los textos romanos que refieren la *vetustas* no se cuestiona la adquisición del derecho por el paso del tiempo, sino sólo a efectos de prueba: “sulla base della *vetustas* si stabilisce una presunzione” que sustituye a la prueba de constitución de las servidumbres.

²⁶ Se hace eco de la disputa sobre el origen del carácter inmemorial BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 78 y SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 27-28. Vid. también n. 16.

²⁷ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, 682.

²⁸ Nos dice SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 28-29, que el tiempo inmemorial no estaba restringido a un número concreto de supuestos, como sí ocurría en Derecho romano, pero eran siempre casos de *iuris publici*.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

Etimológicamente “*praescribo*” es el vocablo compuesto formado por el verbo “*scribo*” y el prefijo “*prae-*” cuya función es precisar el sentido del verbo simple. Según Ernout y Meillet “*praescribere*” es uno de los términos compuestos que alcanzaron una especialización en el lenguaje jurídico, significaría “escribir al inicio de una ley”, extraído el sentido de prescribir y especialmente de “alegar, presentar una causa declinatoria”, al igual que “*praescriptio*” y “*praescriptivus*”²⁹.

Heumann y Seckel³⁰ ofrecen cuatro usos del término “*praescribere*”. Como prescripción, orden o decisión³¹. Como limitación³². Como transcripción literal³³ y como anteceder, presuponer o anteponer. Desde esta última perspectiva “*praescriptio*” es el presupuesto, lo que antecede o se antepone, que permite una mayor aproximación y delimitación. Este significado refiere especialmente la cláusula que en el proceso formulario precede a la fórmula (*ante formulas praescribere*) y que puede tener según los autores cinco acepciones: a) las *praescriptiones pro actore*, b) las *praescriptiones pro reo*, c) el *praescriptis verbis agere, experiri, actio, iudicium*, d) *praescriptio de pacto* y e) *praescribere* como *excipere* y su sustantivo *praescriptio* con el significado de *exceptio*. Entre los múltiples usos que los autores recogen en este último apartado mencionamos la *longi temporis praescriptio*³⁴.

Para los romanos la *praescriptio longi temporis* fue constitutiva de una *exceptio* que el poseedor de un fundo provincial podía oponer bajo ciertas condiciones al antiguo poseedor³⁵.

²⁹ ERNOUT, A. et MEILLET, A., v. “*Scribo, -bis, -psi, -ptum, -bere*”, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine. Histoire des Mots*, 3. éd. revue, corrigée et augmentée d’un index, Paris, 1951, 1067-68, y en 4. éd. augmenté de corrections nouvelles, Paris, 1967, 605.

³⁰ HEUMANN, H. und SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auflage, Graz, 1971, v. “*Praescribere*”, 449-51. Más detalladamente FORCELLINI, A., v. “*Praescribo, -bis, -psi, -ptum, -bere*” y v. “*Praescriptio, -onis*”, *Lexicon Totius Latinitatis*, III, Bononiae, 1965, 826-27, y *Thesaurus Linguae Latinae*, v. “*Praescriptio, -onis*”, vol. X,2, fasc. VI, Stuttgart und Leipzig, 831-34.

³¹ Por ejemplo, *tempus a testatore praescriptum* (D. 34,3,28,8); *condicio praescripta* (D. 35,2,27); *publico iure praescriptum* (C.J. 7,39,1); *praescriptio legis teneri pronuntiat* (D. 48,10,27 pr.); *caelestes praescriptiones* (C.Th. 8,4,26).

³² En este sentido se habla de *annuo tempore praescriptia actio* (C.J. 9,35,5).

³³ En D. 29,1,40 pr.

³⁴ Vid. a este respecto AMELOTI, M., v. “*Prescrizione (diritto romano)*”, *ED*, XXXV, 1986, 36-43.

³⁵ CUQ, E., v. “*Usucapio*”, *Dictionnaire des antiquités Grecques et Romaines*, V, por Ch. Daremberg y Edm. Saglio, Graz, 1969, 607. FABBRINI, F., v. “*Usucapione*”.

EMMA RODRÍGUEZ DÍAZ

En el Bajo Imperio la protección de los poseedores carentes de buena fe y justo título fue acordada con cierta medida. Se estimaba que el propietario que durante largo tiempo no hacía valer su derecho debía sufrir la pena de su negligencia: sin desposeerle de su derecho, se rehusaba la acción³⁶. Esta *exceptio* fue conocida como *longissimi temporis praescriptio* para distinguirla de la prescripción de los fundos provinciales. Se atribuye su reconocimiento al emperador Constantino, como aparece en C.J. 7,39,2 (a. 365) y CTh. 4,11,2. Bastaba el transcurso de 40 años en época constantiniana³⁷. Tiene fundamentalmente carácter defensivo de una situación de hecho prolongada en el tiempo. En esta época si el poseedor pierde la tenencia de la cosa, la carencia de derecho real sobre ella impide el ejercicio de la *rei vindicatio*.

La práctica jurisdiccional corrobora la normativa imperial. Arangio-Ruiz ha estudiado el papiro egipcio de la Universidad de Columbia de la *longissimi temporis praescriptio* reproducido en los *Negotia*³⁸. El litigio que describe el documento no está encaminado a la reivindicación por los poseedores de las tierras poseídas durante mucho tiempo, tampoco a la de-

Diritto romano”, *NNDI*, XX, Torino, 1975, 289. BEAUCHET, L., v. “*Praescriptio*”, *Dictionnaire des antiquités Grecques et Romaines*, IV.1, por Ch. Daremberg y Edm. Saglio, Graz, 1969, 626-27. BONFANTE, P., *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà*, rist. della 1. ed., Milano, 1968, 285. KASER, M., “*Altrömisches Eigentum und usucapio*”, *ZSS*, 105 (1988), 157. Según PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, 118-39, seguido por BONFANTE, *Corso, II.2*, 286, y CUQ, v. “*Usucapio*”, *Dictionnaire des antiquités*, 607-8, se trata de una institución que otorga al poseedor actual una protección eficaz promovida por constituciones imperiales cuyo antecedente fue la cultura helénica, No obstante, no se trató de un instituto adquisitivo, como la *usucapio*, o extintivo, como la posterior prescripción de acciones; en palabras de BONFANTE, *Corso, II.2*, 286, la *praescriptio longi temporis* fue en sus orígenes una mera presunción y pertenecía al sistema probatorio. Al igual que la *usucapio* debía fundarse en una justa causa, concurrir la buena fe del poseedor quien debía tener la cosa durante diez años si eran personas habitantes del mismo *municipium*, *civitas* o *polis*, o veinte si residían en poblaciones distintas.

³⁶ Acerca de la relación entre el “no uso” y la prescripción ha trabajado BRANCA, G., “*Non uso e prescrizione*”, *Scritti Ferrini*, I, Milano, 1947, 173-91. Sobre la necesidad de buena fe inicial CUQ, v. “*Usucapio*”, 608, dice que no y FABBRINI, v. “*Usucapione. Diritto romano*”, 290, señala que fue exigida por Constantino pero no por Teodosio.

³⁷ C.J. 7,30,2. RICCOBONO, S., *FIRA. Pars prima. Leges*, Florentiae, 1941, n. 96. FABBRINI, v. “*Usucapione. Diritto romano*”, 290.

³⁸ ARANGIO-RUIZ, V., *FIRA. Pars tertia. Negotia*, Florentiae, 1968, n. 101. ARANGIO-RUIZ, V., *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche*, Napoli, 1945, 79-95.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

fensa de tal posesión frente al reivindicante, sino a la negación de la propiedad por las dos mujeres poseedoras frente al Fisco que pretende mantenerlas en la posición de dueñas para la satisfacción de los impuestos³⁹. Los abogados de las partes no cuestionan que la propiedad de las dos mujeres deriva de la posesión de la finca por su padre durante más de 40 años, sin embargo, en materia de prueba destacamos dos aspectos:

1º Cómo el Fisco prueba la propiedad de las poseedoras exhibiendo un rescripto de Constantino, Constantino II y Constanzo, que consagra la validez de la *longissimi temporis praescriptio* independientemente de la *probatio* del título de la posesión, e interrogando a los testigos.

2º La distinción del modo oneroso o gratuito en que se llega a la posesión del fundo. El abogado del Fisco es requerido por el juez para mostrar el documento que determine si la adquisición de las tierras por el padre de las litigantes fue onerosa o no. La interpretación de Arangio-Ruiz es como sigue: “La differenza fra la posizione del giudice male informato a quella dell’avvocato che ha studiato bene la sua causa è piuttosto in ciò: che mentre il primo, ispirandosi a quello che comunemente avviene nelle liti di proprietà (anche se fondato sulla *praescriptio longi temporis*), richiede il documento onde il possesso in discussione sia collegato a quello di in possessore precedente, l’arguto Alessandro (abogado del Fisco) sa bene che questo collegamento non è necessario quando entri in gioco la *vetustas*, o *longissimum tempus*”, careciendo de relevancia que el antiguo poseedor hubiera transmitido la tierra al padre de las litigantes o éste simplemente se instalara en un fundo abandonado.

Durante el mandato de Teodosio II en el 424 surge la prescripción treintenual de las acciones reales y personales⁴⁰. Comenta la doctrina la

³⁹ Es precisamente el objeto del litigio lo que alienta a Arangio-Ruiz a manifestar, frente a lo que se venía defendiendo, que la *praescriptio longissimi temporis* estaba perfectamente organizada en tiempos de Constantino para funcionar como un modo auténtico de adquisición de la propiedad.

⁴⁰ CTh. 4,13,2. Es el mismo período que Teodosio II indicó para la prescripción de las *actiones perpetuae*: CTh. 4,14,1 y C.J. 7,39,3. Decía ARANGIO-RUIZ, *Parerga*, 98, n. 1, siguiendo a Wenger que el término de 30 años apareció por vez primera en la constitución de Teodosio en CTh. 4,14,1. CUQ, v. “*Usucapio*”, 607-8, incluyó esta prescripción de 30 años dentro de la *praescriptio longissimi temporis*, si bien FABBRINI, v. “*Usucapione. Diritto romano*”, 290, la trató como instituto ajeno. Acerca de las diversas teorías sobre la coexistencia de la *usucapio*, la *praescriptio longi temporis* y la prescripción de 30 años, *vid.* la exposición esquemática de VACCA, L., “*Usucapione (diritto romano)*”, *ED*, XLV, 1992, 1015 y de AMELOTTI, v. “*Prescrizione (diritto romano)*”, 43-46.

probabilidad de que la ley de Teodosio II absorbiera la *praescriptio quadraginta annorum*, sin embargo, la existencia de textos de escritores anteriores a la disposición del s. V con mención del plazo de treinta años ha hecho suponer que ya se hubiera producido una reducción del término de la prescripción de Constantino o se distinguiera entre presentes y ausentes⁴¹. La prescripción de acciones tiene como correlativo sustancial el constituir un modo de extinción de derechos para cuyo ejercicio no exigían *iusta causa ni bona fides*.

Existe un fragmento en el Código Teodosiano, CTh. 4,11,2 (a. 349), que utiliza el nombre de *vetustas* para referirse a la prescripción de acciones. Si partimos de la *vetustas* como el precedente romano de la prescripción inmemorial, la utilización de tal terminología permitiría barajar la hipótesis según la cual los precedentes de la prescripción inmemorial estarían en la prescripción de las acciones. No obstante, esta posibilidad ha sido rechazada por la romanística⁴².

En el derecho justiniano adquiere además un valor adquisitivo al conferir la *actio in rem* al poseedor de buena fe que hubiera retenido la cosa durante 30 años sin necesidad de justo título⁴³.

El poseedor de mala fe por más de 30 años sólo puede oponer la *exceptio* al propietario reivindicante, pero carece de acción real para reclamar la cosa que el *dominus* o un tercero llegaron a poseer sin violencia; acción de legítimo ejercicio si el propietario o el tercero desposeyeron empleando la fuerza⁴⁴. Quedan excluidas las cosas obtenidas con violencia⁴⁵. Las cosas enajenadas por un poseedor de mala fe son tratadas como las cosas robadas: el adquirente de buena fe no prescribe más que por el paso de 30 años⁴⁶.

⁴¹ Vid. por todo BONFANTE, *Corso*, II.2, 365.

⁴² BONFANTE, *Corso*, II.2, 365, n. 2: “abusando di un nome relativo a un istituto ben diverso, di carattere presuntivo e di diritto pubblico”, e id., *Corso*, II.1, 496. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, 92-95. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni*, 12-13 y 216, n. 11: “qui evidentemente si tratta della *longissimi temporis praescriptio* costantiniana”. DE DOMINICIS, M., “Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle posteodosiane segnalate dalla critica”, *BIDR*, 57-58 (1953), 414.

⁴³ En contra de la hipótesis según la cual la *praescriptio* tuvo antes de Justiniano carácter adquisitivo, concediéndose a todo poseedor sin tener en cuenta su buena fe, se manifestó BONFANTE, *Corso*, II.2, 366, n. 2.

⁴⁴ C.J. 7,39,8,1.

⁴⁵ C.J. 7,39,8,2.

⁴⁶ CUQ, v. “*Usucapio*”, 607-8.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

Este plazo aumentaba a 40 años si los bienes habían pertenecido al fisco, a una obra pía, a la emperatriz o a la Iglesia⁴⁷.

Si el Derecho canónico consideraba el tiempo inmemorial como *praescriptio* y ésta en Derecho romano estaba sujeta a un plazo cierto de tiempo, no cabe negar que estamos ante dos modalidades de prescripción, la indefinida del Derecho canónico y la definida del Derecho romano.

Nos dice Bussi⁴⁸ que la noción “inmemorial” se precisó en el Derecho canónico con las dilucidaciones de la Glosa, la cual pretendía legitimar el fundamento del carácter inmemorial acudiendo a las fuentes romanas donde se sancionaba el deber de no ofender el “*mos antiquum*”. Bussi revela la afinidad entre el carácter inmemorial y la costumbre porque, al igual que la costumbre se basa en el deber de respetar una cierta conducta socialmente considerada como respetuosa con el ordenamiento jurídico, es innegable que un estado de hecho que se considera consolidado desde largo tiempo se corresponde con el orden jurídico. La base jurídica de “inmemorial” reside, al igual que la costumbre, en la opinión general de que una cierta condición de cosas es conforme a derecho porque todos la han respetado durante mucho tiempo⁴⁹.

El *ius commune* se hizo eco de ambas. Los juristas conocieron la existencia de la prescripción caracterizada por la primacía de la prescripción treintenar, regulada generalmente en función de los elementos de la *longi temporis praescriptio* y por la influencia de los principios del Derecho ca-

⁴⁷ Aunque se discute si el plazo respecto de los bienes de la Iglesia necesitaban un plazo de prescripción de cien años, como se interpreta en C.J. 1,2,23. Vid. por todo DE MARINI, F., “Giustiniano e le vicende della *praescriptio centum annorum*”, *Studi Betti*, III, Milano, 1962, 103-

⁴⁸ BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 81.

⁴⁹ Los juristas romanos ya habían utilizado el término *vetustas* en un sentido que lo acercaba al de *consuetudo*: CTh. 1,31,2 (a. 368-370); CTh. 9,7,15 (a. 399); CTh. 9,7,18 (a. 409); CTh. 9,30,23 (a. 345). Incluso en los Basílicos, comentando CTh. 4,11,2 (a. 349), traducen *vetustas* por “*sunhqeia*”, *consuetudo*. Vid. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, 93, n. 1. Disponía IOSEPHI MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum qua in utroque foro quotidie versantur, volumem primum, Augustae Taurinorum, apud. Io. Dominicum Tarinum*, 1615, 255-62, que la costumbre nunca podía presumirse sino que debía ser probada por quien la alegaba. No era necesaria la prueba y bastaba la alegación si se trataba de una costumbre notoria. La prueba de la costumbre determinante en la decisión del asunto no podía ser probada por testigos no citados por la parte, salvo que se tratara de una costumbre notoria.

nónico⁵⁰. La doctrina canonista además de la *possessio* exigía el justo título y la buena fe para la prescripción de diez o veinte años, para la prescripción treintenala, para la *longissimi temporis praescriptio* y en caso de tratarse de una prescripción centenaria que *currit contra Ecclesiam Romanam*. Si es una prescripción mantenida desde hace tanto tiempo cuyo origen se desconoce, *non requiritur quod possessio iustificetur ex titulo*, no obstante, *bona fides requiritur onmi tempore in omni praescriptione*⁵¹.

Al derecho civil le bastaba la *bona fides* para la prescripción de treinta o de cuarenta años (relativa ésta a las *res fiscales* o a los *bona ecclesiae*)⁵² pero también llegó a prescindir de ella cuando la posesión hubiera sido iniciada hacía tanto tiempo que no existía recuerdo de su comienzo. Según la profesora Benedetto⁵³, algún jurista había dudado de su naturaleza, a saber si se trataba de una presunción de legitimidad, de justo título, función asumida por el *tempus immemorabile* en Derecho germánico, o de una prescripción adquisitiva, donde el tiempo inmemorial jugaba el papel de modo legítimo de adquisición, corriente que procede del Derecho romano.

⁵⁰ BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 67, mantiene que el derecho canónico había tenido más influencia que el derecho romano sobre toda la teoría del *ius commune* en materia de *usucapio*. Vid. además CAMPITELLI, C., v. "Prescrizione (diritto intermedio)", *ED*, XXXV, 1986, 50-53. CORSALE, M., v. "Prescrizione estintiva (Storia del diritto)", *NNDI*, XIII, Torino, 1966, 640-42. CONRAT, M., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Recht im frühen Mittelalter*, I, Neu. der Ausgabe Leipzig 1891, 1963, 23, n. 7. BONNET, v. "Prescrizione (diritto canonico)", *ED*, XXXV, 1986, 104-5. NAVARRETE, U., *La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva, Estudio histórico-canónico*, Roma, 1959, 63-109. DE MIER, A., *La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV*, Navarra, 1966, 11 en adelante; para la doctrina canónica posterior al s. XV, vid. GISMONDI, P., *La prescrizione estintiva nel diritto canonico*, Roma, 1940, 49 y siguientes.

⁵¹ IOANNE HONORIO VAN AXEL DE SENY, *Totius iuris canonici compendium, sive brevis summa in quinque libros decretalium sacri concilii tridentini decretis*, Coloniae, 1630, 321. Las *Decretales* VI,2,13 c. 1 recogen una disposición de Bonifacio VIII del año 1298: "En las prescripciones basta la buena fe, donde el derecho común o presunción no es contraria al que prescribe; de lo contrario debe alegarse título y probarse, a excepción que sea prescripción inmemorial".

⁵² COING, H., *Derecho Privado Europeo*, I, trad. A. Pérez Martín, Murcia, 1996, 240-41.

⁵³ BENEDETTO, M., v. "Usucapione. Diritto intermedio", *NNDI*, XX, Torino, 1975, 293. BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 83. Ambos seguidores de SCHUPFER, v. "Ab immemorabili", 29-31.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

Inclinándose la mayoría por la última opción⁵⁴, surgió el instituto de la prescripción *ab immemorabili* en función del transcurso de un largo período que superara las tres generaciones, aproximadamente un siglo, o al menos dos generaciones.

Decía Castillo Sotomayor⁵⁵ que la *praescriptio non praesumitur, nisi probetur*. El ordenamiento jurídico no incluyó la prescripción inmemorial dentro de las presunciones, antes bien constituyó un modo de adquisición que siempre había de probarse: “*Praescriptio etiam temporis immemorialis, ab eo concludentes probari debet, qui se fundat in illa*”.

Dos han sido las condiciones barajadas por los juristas para reconocer la existencia de prescripción inmemorial: el tiempo y su carácter inmemorial. No es necesaria la prueba del título, ni de la buena fe, pues siempre se presumen⁵⁶. Tampoco debe probarse el conocimiento y consentimiento por el perjudicado de la prescripción inmemorial⁵⁷.

El carácter inmemorial deriva, según Schupfer, de la *vetustas* o larga posesión y de la inexistencia de memoria en contrario⁵⁸. Inmemorial, decían Fadda y Bensa⁵⁹, es un hecho que subsiste sólo cuando no se prueba que en la memoria de un hombre ha existido un estado de cosas contrario a aquél. Por consiguiente, demostrar la existencia de prescripción inmemorial tiene una parte positiva, consistente en acreditar una posesión durante un largo período, y una negativa que trata de evidenciar

⁵⁴ Vid. por todo SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 29-31.

⁵⁵ CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum iuris*, op. cit., 231. En idéntico sentido IOSEPHI MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum qua in utroque foro quotidie versantur, volumem secundum, Augustae Taurinorum*, 1615, 385: “*Praescriptio cum sit facti, non praesumitur, nisi probetur... Praescriptionis materia dicitur odiosa, tanquam tollens ius alterius... Praescriptio etiam immemorabilis praesumanda non est*”.

⁵⁶ IOSEPHI MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum, volumem secundum*, op. cit., 386: “*Praescriptio immemorabilis, non requirit probationem tituli*”, y en pág. 388 y 388 vto.: “*Praescriptio immemorabilis, bonam fidem non requirit... In praescriptione immemorabili, semper praesumitur titulus, & bona fides, etiam si non allegetur*”.

⁵⁷ IOSEPHI MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum, volumem secundum*, op. cit., 392 vto.: “*Praescriptio immemorabilis, non exigit scientiam, patientiam adversarii*” y en pág. 393: “*Tempus immemorabile, scientiam, patientiam adversarii facit praesumi*”.

⁵⁸ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 32-33, quedando excluidos por el derecho común el justo título y la buena fe.

⁵⁹ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, 683.

que no hubo nunca conocimiento de lo contrario. Es lo que se denominó “contraprueba”. De lo dicho resulta que el carácter inmemorial de la prescripción está reñido con la prueba de los orígenes del estado de hecho. La demostración del inicio de la posesión excluye el calificativo de inmemorial en tanto en cuanto reconoce la existencia de una situación anterior distinta a la actual. Frente a la doctrina de la Glosa que trató de delimitar el número de años necesario para hablar de tiempo inmemorial, fijando el período en dos generaciones equivalente a 100 años⁶⁰, los juristas posteriores estimaron que el *tempus antiquum* no podría ser *a jure determinari*⁶¹. Schupfer transcribe el siguiente comentario de Pufendorf: “*neque enim ex annorum completo numero, sed ex memoria hominum deficiente praescriptio immemorialis aestimatur*”. Y ya en la doctrina moderna no hay casi nadie que confunda el tiempo inmemorial con un período de 100 años⁶².

Sin embargo, no es menos cierto que la prueba del tiempo inmemorial descansa en dos generaciones: la que vive en el momento y la anterior. La primera debe ser consciente de que el estado actual de las cosas es el mismo que se ha venido desarrollando tiempo atrás, a la vez que la generación precedente ha de manifestar que no llegó a tener conocimiento de una situación contraria.

Los medios de prueba son los propios del Derecho común: “*Immemorialis praescriptio quemadmodum probari debeat in terminis iuris communis, ex sententia communi*”⁶³.

La doctrina recuerda tres medios de prueba⁶⁴. Comentamos en primer lugar los testigos: “*Immemorialis praescriptio ut probetur, testes bona fama, opinionis requiruntur*”⁶⁵.

⁶⁰ IOSEPHI MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum, volumem secundum*, op. cit., 393 vto.

⁶¹ Cf. ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España*, 3. impr., Madrid, 1826, 256-57.

⁶² Vid. SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 31-32. BAUDRY y TISSIER, *Trattato teorico-pratico*, 14-15. Entre los autores españoles citamos a SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, III, 262-65.

⁶³ CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum iuris*, op. cit., 231.

⁶⁴ Sobre el valor y el desarrollo de la prueba en el derecho intermedio, vid. PERTILE, A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, VI.2, 2. ed., Bologna, 1966, 165-97.

⁶⁵ CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum iuris*, op. cit., 231-32.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

El Derecho romano hace mención a la prueba testifical en D. 39,3,2,8 (*Paul., XLIX. ad ed.*)⁶⁶. Según el texto, Labeón no distingue exactamente entre la prueba directa y la prueba contraria, pero a juicio de Schupfer⁶⁷ no importa tanto como el hecho de que el fragmento supone el reconocimiento de los elementos decisivos en la prueba del tiempo: no es obligatorio conocer el día en que se hizo la obra, basta con saber que se hizo y no dudarlo. Tampoco es necesario que sobrevivan quienes se acuerden, es suficiente la declaración de quienes lo oyeron de otros anteriores que sí hubieran tenido memoria de ello.

En D. 22,3,28 (*Labeo, VII. pithanon a Paulo epit.*)⁶⁸ Paulo comenta una norma que se refiere a la *actio aquae pluviae*. En el párrafo encontramos la prueba correspondiente a las partes positiva y negativa de la prescripción inmemorial: los testigos han de declarar que el estado actual ha existido siempre durante la presente generación, sería la parte positiva de la prueba, a la par que deben atestiguar que no han oído nada en contrario de quienes les han precedido, siendo ésta la parte negativa de la prueba.

Comenta Schupfer que la glosa del Derecho canónico muestra una novedad⁶⁹. A diferencia del Derecho romano, el objeto de la prueba sólo tiene carácter positivo: los testigos deben manifestar por su experiencia que la posesión ha existido siempre y que han oído de sus mayores que ya existía tiempo atrás⁷⁰. La declaración positiva fue aceptada por ciertos juristas, sin embargo, Schupfer menciona que los iusnaturalistas volvieron al Derecho romano, siendo esta teoría la de mayor difusión entre los pandectistas.

⁶⁶ *“Labeo ait, cum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur, nec utique necesse superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint”*.

⁶⁷ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 33.

⁶⁸ *“... sed cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse qui vidissent aut audissent, et hoc infinite similiter sursum versum accidet, cum memoria operis facti non extaret”*. Texto corrompido según BONFANTE, *Corso*, II.1, 497, n. 1.

⁶⁹ Las disposiciones generales sobre los testigos fueron comentadas por VAN AXEL DE SENY, *Totius iuris canonici compendium*, op. cit., 273-74 y 321.

⁷⁰ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 33, donde recoge la glosa a C. 1, *de praescr.* VI que exige: *“quod testes deponent de tempore suo, quod tempore suo talis possidebat talem rem, et scimus quod talis possidet, et a suis majoribus audiverunt, quod talis possidebat talem rem”*. VAN AXEL DE SENY, *Totius iuris canonici compendium*, op. cit., 321.

La legislación histórica castellana es producto de la convergencia de los ordenamientos romano y canónico. La ley 41 de las *Leyes de Toro*, única norma referida expresamente a la prueba de la prescripción inmemorial aunque se dedicara a los mayorazgos⁷¹, disponía que los testigos debían declarar conocer la situación actual desde siempre, oyendo decir a sus mayores y ancianos que ellos siempre así lo vieron y que nunca vieron ni oyeron lo contrario. La declaración de la consciencia del estado que se dirime baraja el carácter negativo del Derecho romano y el positivo del Derecho canónico y así fue interpretado por los juristas. Castillo Sotomayor decía “*Testes deponentes de immemoriali praescriptione, de auditu a maioribus deponere debent... Auditus enim a maioribus; qualitas est immemorialis... Ab immemorialibus praescriptionis probationem, visus, auditus maioribus necessarius est... Atque ita testes non solum debent specificè deponere, se a maioribus audivisse; sed simul, maiores dixisse, idipsum vidisse per tempus vitae suae... Testes super immemoriali, non solum deponere debent affirmativa, sed de negativa*”⁷².

La Rota romana exigía la edad de 54 años para los testigos⁷³. Arguyen que una persona de 14 años, cuando llega a la pubertad, tiene facultades para comprender y recordar los hechos de los que tiene conocimiento. Y se estiman 40 años como tiempo suficiente para que el testimonio del sujeto sea válido a efectos de la prueba directa de la prescripción inmemorial. La circunstancia que el tiempo de 40 años coincida con el necesario de la lon-

⁷¹ *Fuero Juzgo*, lib. 10, tít. 2. De las cosas que ome tiene 20 annos ó 30. *Fuero Viejo de Castilla*, lib. 4, tít. 4. De como se puede ganar ó perder el señorío de las cosas por tiempo. *Fuero Real*, lib. 2, tít. 2. De las cosas que se ganan ó pierden por tiempo. *Partidas III*, tít. 29. De los tiempos porque ome pierde las cosas, también muebles como raices. *Leyes de Estilo*, 192, 221 y 242. *Ordenamiento de Alcalá*, tít. 9. De las prescripciones. *Ordenamiento Real*, lib. 3, tít. 13. De las prescripciones. *Nueva Recopilación*, lib. 4, tít. 15. De las prescripciones. *Partidas III*, tít. 31, ley 15 recoge la prescripción inmemorial como uno de los medios de adquirir las servidumbres discontinuas y la ley 1, tít. XXI, lib. IX de la *Novísima Recopilación* admite la prescripción inmemorial de las tercias reales, pero tampoco expresa los requisitos con que se ha de probar.

⁷² CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum iuris*, op. cit., 232-33.

⁷³ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 34, seguido por BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 86. Schupfer excluye que la determinación de la edad de los testigos sea una cuestión jurídica. El autor plantea como cuestiones dignas de interés la preferencia de testimonios positivos o negativos, el número de testigos necesarios, el modo de valorar pruebas con igual fuerza a favor del reo y del actor, etc.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

gissimi temporis praescriptio romana nos hace plantear la posibilidad de acercamiento entre ambas instituciones, pero ya Bussi⁷⁴ manifestaba que no tenían nada que ver “poichè i testimoni devono deporre non solo pel costante mantenimento, durante un periodo di 40 anni dello stato di fatto, a loro memoria, ma di aver udito anche ‘a propriis maioribus’ i qualli a loro volta lo devono aver udito ‘ab eorum antenatis’, che tale stato di fatto è sempre esistito così come oggi si presenta”. Con lo cual, no sólo se alcanza sino que se sobrepasa el tiempo de 100 años, tiempo máximo de una vida humana, correspondiente a la prescripción más larga conocida por el Derecho romano.

La ley 41 de las *Leyes de Toro* exige expresamente que los testigos tengan buena fama, criterio continuador de las leyes 15, tít. IX, *Partida* IV y la 17, tít. XVI, *Partida* III, y pide expresamente “é digan que ansi lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años”. Los comentaristas de la ley cuestionaron la edad exigida. Castillo Sotomayor decía “*Testes deponentes de immemoriali praescriptione, de visu quadraginta annorum deponere debent... Et debent esse aetatis quinquaginta & quatuor annorum... atque ita non requiritur praecise, quod debeant esse ad minus aetatis quinquaginta, & annorum cum dimidio; cum testis, qui iam decem annos cum dimidio attingit, doli capax esset censeatur*”⁷⁵. Las *Leyes de Toro*, como lo hizo la Rota romana, exigieron el plazo de 40 años. La ley 9, tít. XVI, *Partida* III disponía que un testigo puede comparecer en juicios civiles a la edad de 14 años. Aunando las dos normas algunos juristas señalaron la edad mínima de 54 años para testificar en la causa de prescripción inmemorial. No obstante, la corriente más habitual fue la de aceptar como mínima la edad de 50 años y medio. Se apoyaron en que la ley también permitía que los testigos menores de 14 años pudieran declarar respecto de hechos que vieron antes de cumplir los 14 años. Miden la capacidad de dolo por el transcurso de la mitad del tiempo que media desde la conclusión de la infancia a los 7 años hasta la pubertad que finaliza a los catorce, en concreto son 3 años y medio. Éstos son descontados de los 14 y concluyen los comentaristas que los testigos podían declarar en juicio lo que vieron desde que hubieran cumplido 10 años y medio. Edad que sumada a los 40 exigidos por las *Leyes de Toro* da como resultado la admisión de testigos de 50 años y medio⁷⁶.

⁷⁴ BUSSI, *La formazione dei dogmi*, 87.

⁷⁵ CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum iuris*, op. cit., 232.

⁷⁶ Vid. DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario*, 334-35. GUTIÉRREZ, *Códigos*, II, 234.

EMMA RODRÍGUEZ DÍAZ

La novedad que introdujeron las *Leyes de Toro* fue lo que se llamó “segundas oídas” para la prueba de la prescripción inmemorial, aunque estuvieran previstas para las obras antiguas o servidumbres en *Partida III, XVI, 29*. La ley 41 dice que los testigos deben declarar no sólo lo que oyeron de sus mayores sino también que éstos lo habían oído decir a quienes les precedieron. Los juristas españoles discutieron su alcance e incluso algunos como Covarrubias afirmaron la existencia de procesos sobre prescripción inmemorial en que no existía prueba de las segundas oídas⁷⁷.

Más discutidas doctrinalmente son las pruebas consistentes en la presentación de documentos o en el juramento. Respecto de la primera, ha venido admitiéndose pero no de modo independiente sino para completar las prueba testifical. El segundo ha sido admitido incluso con singularidad propia⁷⁸.

La prescripción inmemorial necesita también de la contraprueba que permita saber si durante todo el tiempo que abarca la memoria de un hombre se llegó a conocer otra situación distinta de la actual, lo cual ocurre si se demuestra el inicio de dicho estado o que éste haya sido interrumpido alguna vez o se conozca otra condición de las cosas. Hemos visto que la contraprueba fue conocida en el Derecho romano: D. 39,3,2,8; D. 22,3,28.

Una de las cuestiones más importantes a que dio lugar el reconocimiento de la eficacia de la contraprueba fue que se podía demostrar el inicio del estado de hecho o su interrupción en un tiempo muy remoto, tan antiguo que excluir el carácter de inmemorial de dicha prescripción por este motivo haría perder toda razón de ser al instituto. La doctrina hubo de plantearse la disyuntiva entre la no sujeción a plazo de la prescripción inmemorial y la necesidad de establecer límites a la contraprueba para no hacer del instituto algo irrelevante. La Glosa ya había fijado el límite de tiempo en dos generaciones, de modo que sólo en este período podían tener eficacia las declaraciones que excluyeran el carácter inmemorial de la prescripción⁷⁹.

Otro aspecto cuestionado de la declaración de la prueba en contrario fue demostrar si hubo o no interrupción. La doctrina ha venido entendiendo que no se admitiría cuando constase una protesta o una citación, pues se necesitaría un procedimiento formal del que resultara que no existía ninguna prescripción inmemorial⁸⁰.

⁷⁷ Vid. por todo DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario*, 335-36. GUTIÉRREZ, *Códigos*, II, 234.

⁷⁸ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 34.

⁷⁹ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 34.

⁸⁰ SCHUPFER, v. “*Ab immemorabili*”, 34.

 LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE INMEMORIAL. ASPECTOS...

En nuestro derecho histórico, tras las *Leyes de Toro*, fue mencionada por la *Novísima Recopilación* XI,VIII,4 al tratar de la prescripción de la jurisdicción de villas y lugares. Expresamente ordena que la posesión inmemorial se debe probar según dicta la ley 41 de las *Leyes de Toro*. La ley 7 del mismo capítulo y libro de la *Novísima* refiere la posesión inmemorial como modo de adquirir los señores de los pueblos los derechos que exigen de sus vecinos; expresamente dispone que nuestra prescripción se había de acreditar con las calidades y circunstancias prevenidas por el derecho y por las leyes de estos reinos, entre las cuales ocupaba el primer lugar las *Leyes de Toro* por ser de fecha posterior.

Tras la *Novísima Recopilación* no existen en los códigos modernos españoles referencias a la prescripción inmemorial⁸¹. No consta en el *Proyecto de Código civil* de 1851 ni en el *Anteproyecto*⁸², aunque siguió aplicándose en la práctica. La jurisprudencia decimonónica de nuestro Tribunal Supremo, en aplicación de la *Novísima*, reconoció el concepto de prescripción inmemorial entendiendo por tal la aplicada a las cosas cuyo origen era ignorado, poseída por larguísimo tiempo sin contradicción de nadie y sin título alguno expreso. Destacaba en STS. 21 de junio de 1864, en su considerando 4º, “Que el requisito mas esencial de la prescripción inmemorial es una larguísima y pacífica posesión de origen remoto, á que no alcance la memoria de los hombres, y sin que haya noticia de hecho alguno contrario á ella”, siendo competencia de la sala sentenciadora la apreciación de la prueba, según STS. 18 de marzo de 1867. En STS. 15 de octubre de 1866⁸³ se excluía la prescripción inmemorial cuando se sabía la procedencia de las fincas y las personas que las habían poseído. Sin distinguir la concurrencia o no de buena fe, probada la posesión inmemorial no interrumpida, se reputaba como título legítimo de propiedad con arreglo a la mencionada *Novísima Recopilación* XI,VIII,7⁸⁴.

⁸¹ En cuanto a la legislación italiana sobre la prescripción inmemorial *vid.* NANI, *Storia del diritto privato italiano*, 307-8. BAUDRY y TISSIER, *Trattato teorico-pratico*, 16 en adelante.

⁸² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, arts. 1933 a 1992. BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

⁸³ Considerando 2º: “Que la prescripción inmemorial no puede tener lugar cuando se sabe la procedencia de la cosa en cuestión respecto del que la reclama, y los sujetos que la han poseído”.

⁸⁴ *Vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 264 y 270-71.

La prescripción está regulada en el Libro IV. De las obligaciones y contratos, título XVIII. De la prescripción, el cual consta de tres capítulos que regulan las disposiciones generales, la prescripción del dominio y demás derechos reales y la prescripción de acciones. La prescripción inmemorial desaparece. Todo lo más el Código civil regula en el art. 1.959 la prescripción, llamada doctrinalmente extraordinaria, del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles por la posesión ininterrumpida durante treinta años, sin necesidad de justo título ni buena fe y sin distinguir entre presentes o ausentes⁸⁵. Quedan excluidas expresamente la servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas que se adquieren en virtud de título. El Código civil quiebra la línea de las Partidas⁸⁶ que recogieron la prescripción inmemorial como uno de los medios de adquirir las servidumbres discontinuas.

⁸⁵ ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV.1, Madrid, 1993, 379-80.

⁸⁶ *Partidas* III, tít. XXXI, ley 15. *Vid.* STS. 18 de marzo de 1867.