

## “USUS-POSSESSIO-DETENTIO”

(Evolución histórica del concepto de posesión en el Derecho romano)

*A la gloriosa memoria de Diego de Covarrubias y Leyva, profesor de la Universidad de Salamanca, cuyas obras, por los profundos conocimientos de su autor, deben merecer el mayor interés de los estudiosos, y cuyas doctrinas en materia de posesión se adelantaron en más de dos siglos y medio a las que dieron celebridad a Hering y Savigny.*

«Possessio, dnm capitur pro acquisitione, est factum, non ius. Possessio autem, postquam iam est adquisita, ius est... Possessio est animo dominantis detinere».

Parte COVARRUBIAS del concepto de posesión elaborado en la época clásica del Derecho romano, distinguiendo precisamente aquellos aspectos dogmáticos que nos presenta como novedad SAVIGNY, en su *Tratado de la posesión*: posesión como *hecho*, posesión como *derecho*, para luego coincidir con lo que BONFANTE muchos años después llamará *señorío de hecho*, situación en la que una persona tiene una cosa con intención de poseerla, *cum animo possidendi, animo dominantis* en expresión de COVARRUBIAS que traduce más exactamente la expresión de las *Basílicas* *φύξη δεσπόζοντος*; pero en la investigación se ha de seguir un método histórico-dogmático y es lo cierto que antes de la época clásica los dogmas y las instituciones jurídicas en Roma contaban ya largos años de existencia, o al menos, de incubación.

No podemos prescindir en nuestro trabajo del estudio del desenvolvimiento de la posesión en la época primitiva de Roma, en la de la «*civitas*», la Monarquía y la República, que más brevemente llamaremos época preclásica, porque el estudio histórico de la posesión—ver, si posible fuere, cómo se concibe, nace, comienza a desarrollarse y crece hasta lograr plenitud en las obras de QUINTO MUCIO SCEVOLA, LABEON, ULPIANO O PAULO— es de indudable trascendencia por cuanto, conociendo su génesis, precisaremos con mayor exactitud el concepto y podremos comprender más claramente derivaciones, vicisitudes y conceptos nuevos, en íntima conexión con aquellas etapas primitivas.

Se nos ocurre recordar aquí la advertencia de COGLIOLO (1) al decirnos que «con frecuencia las investigaciones históricas nos demuestran que han tardado mucho en aparecer los conceptos que a nosotros nos parecen más elementales e imprescindibles». Efectivamente, hemos de partir de la imposibilidad de que el concepto de «posesión» haya permanecido invariable, uno solo, sin modificarse en el curso milenario del tiempo, idéntico en la Ley de las XII Tablas, y en el Derecho justiniano, cuando, si tenemos a la vista que las más fundamentales concepciones del Derecho romano privado —«familia», «potestas», «dos», «dominium», «servitus», «obligatio», «successio»— han sufrido alteraciones considerables, deberá parecer natural que el concepto de la «possessio» no se conservara durante tanto tiempo inmutado (2).

Hemos de convenir con ALBERTARIO que la doctrina de SAVIGNY o de IHERING, como la de COVARRUBIAS, no pueden representar, por tanto, la noción de posesión en todo momento de la historia del Derecho romano, y también

(1) «*Estudio acerca de la evolución del Derecho privado*», trad. espa., hoja. Madrid, Imp. Viuda de M. Minuesa. 1898. 154.

(2) Cfr.: ALBERTARIO, E: *Un interesante texto de Giavoleno*, en *Studi Scalvanti*, Perusa, 1918. Ahora en *Studi di Diritto romano*, vol. II, Milán, 1941, 297 ss. ROTONDI: *Possessio quae animo retinetur*, en BIDR, 30, (1921), 1 y ss. ALBERTARIO, E: *Possesso e quasi-possesso*, Milán, 1946.

que se ha partido, en el desarrollo de sus teorías de un momento limitado en el tiempo, sin preocuparse mucho del origen de la institución, y se ha considerado el pasado, no bajo un prisma objetivo, sino con un criterio subjetivo, no calando por ello su verdadera esencia.

Y siguiendo el consejo del citado profesor, si hemos de sorprender y reconstruir el concepto romano de posesión, debemos indagarlo distinguiendo tres grandes épocas: La preclásica (época antigua y republicana), la clásica y la romana-helena y justiniana.

### EPOCA PRECLASICA

¿Tendría la posesión en esta época el carácter de un derecho real? Según frase de KUNTZE (3) la historia nos revela el derecho real como el «prototipo de la vida jurídica naciente», y si se afirma que en los pueblos primitivos sólo debieron existir los derechos reales por ser los más simples y los más conformes al materialismo propio de aquellas edades, no cabe duda que la posesión fué presupuesto necesario o antesala del dominio; pero se nos hace más fácil concebir al hombre propietario, diciendo *mío* al animal que caza, —*el dominio*, como concepto prejurídico (4)—

(3) CASTAN: *Derecho civil, común y foral*, Madrid, 1943, II, 6; donde se cita la frase de KUNTZE.

(4) Es una de las ideas nomogenéticas o prejurídicas, según la terminología de De Francisci y Carnelutti, respectivamente. Conceptos éstos a los que tuvimos ocasión de referirnos en «*Las ideas nomogenéticas en la creación del Derecho*», en la *Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid*, 17 (1949) págs. 198 y ss., y en «*Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho civil*», referencia de la conferencia del prof. Carnelutti, en *Información jurídica*, 86-87 (1950) págs. 917 y ss.

Que la propiedad originaria fuera individual o colectiva es problema aún no resuelto, pues si bien los romanos, atenienses, germanos, dejaron indicios de una propiedad colectiva, hay otros pueblos, mucho más antiguos, cuya historia nos ofrece datos muy importantes, reveladores de la existencia de la propiedad privada, así el Génesis, el Código de Hammurabi, los ladrillos babilonios del British Museum. Cfr. TORRES: *Historia del Derecho*, I, 172, 2 edición.

cuya piel servirá para cubrir su cuerpo, que una posesión originaria, que con el transcurso del tiempo se convierte en dominio. El hombre tiene plena potestad jurídica sobre aquellos objetos, es propietario de los mismos, pues la conversión de la *posesión* en propiedad presupone un conjunto de normas, las que determinan el tiempo y demás requisitos necesarios para la usucapión, incompatibles con la vida simple y libre, sin trabas, de la infancia del humano linaje.

Luz abundante y clara sobre tan remotos tiempos aportan los estudiosos del Derecho romano:

En las fuentes de esta primera época una rica terminología alude a la *possessio*: *usus, fructus, possessio; habere, possidere, uti, frui*; el término *usus* es el más antiguo, el término *possessio*, es el más reciente.

En la Roma antigua, nos encontramos con un solo derecho subjetivo: el ejercido en bloque por el Jefe doméstico sobre personas y cosas; mujeres, hijos, esclavos y ganado o patrimonio: Este poder unitario correspondía al *pater familias* y recibió también una denominación unívoca, *manus* (5).

---

(5) Cfr.: F. BOZZA: *La possessio dell'ager publicus*: Milán, 1939, pág. 128 y ss.: «Il potere del *pater familias* nella sua struttura originaria va concepito come un potere di fronte al quale erano livellati uomini e cose, informato ad un unitario concetto di signoria assoluta, sia rispetto agli uni che alle altre. Questo potere unitario indifferenziato che forse si chiamava *manus*, in época più progredita, nella *civitas*, cominciò a differenziarsi in *patria potestas, manus, mancipium, dominium...* sono niente altro che ramificazioni dello stesso tronco. Non esiste proprietà, non esiste potestà, tutto si riassume nell'epoca antichissima in un unico concetto di signoria».

BOZZA atribuye a este poder único un fundamento, económico social, no político, en contra de BONFANTE pues que ningún elemento existe a favor de la hipótesis bonfantiana y por el contrario hay una razón que la excluye absolutamente: La intransmisibilidad de la *patria potestas*: Cresce que a la muerte del *pater* la familia se escinde en tantas otras cuantas eran las personas que quedaban libres. Vid. también PACCHIONI: *Corso de Diritto romano*, to. I.

BONFANTE: *Storia del Diritto romano*, To. I, trad. esp. Madrid 1944.

Puede verse también FRANCISCO HERNANDEZ TEJERO: *Sobre el concepto de Potestas*: AHDE, XVII, 605-624; En la época antigua, per-



COVARRUBIAS expone una teoría que podemos calificar de metafísica de la posesión, que nos parece interesantísima, ya que apunta precisamente que en origen, antes de que se pueda hablar de posesión, aparece el dominio colectivo y que al ir disminuyendo la comunidad proindiviso y antes de que surgiera la propiedad individual se nos presenta una forma de *usus* precediendo a aquélla.

---

prietas loci est. *Praedium* utriusque suprascriptae generale nomen est; nam et ager, et possessio huius appellationis species sunt».

No es fácil construir la primitiva figura de la clientela, que nos aparece naturalmente modificada, reformada al surgir de la vida ciudadana. La relación de sujeción y protección de los *clientes* por la *'gens* tiene su causa en la norma ética primitiva de la *fides*, y la expresión característica y casi técnica es: *in fide esse*, y para significar, respectivamente, el sujetarse o recibir en calidad de cliente se usan las fórmulas *in fidem se sedere* o *in fidem accipere* (*Lex repetundarum*, de la época de los Gracos, lin. 11: *Quonia in fide is erit maioresve in maiorum fide fuerint*).

El patrono debe al cliente protección, apoyo, consejo y principalmente le asiste en los juicios; y es más: probablemente, en los orígenes, cuando la ciudadanía comprendía solamente a los gentiles, esto es, a los patricios, el patrono representaba al cliente, le garantizaba la defensa. De esta relación social derivó la significación, todavía viva, de las voces patrono y cliente. Este último lleva el nombre de la *'gens* y participa en el culto gentilicio; *cultiva tierras* del patrono, y éste le asigna por lo general, parcelas laborables, asignación que puede revocar a su arbitrio (FESTUS, 247: *Patres... agrorum attribuerant tenuioribus, ac si liberis suis*): BONFANTE, *Historia del Derecho romano*, trad. espa. Madrid 1944, vol I, página 90 y ss.

Sobre la voz *cliens*, puede verse ANGEL PARIENTE: *Cluens-Cluens*, AHDE, XVII, 956-973: Analiza la etimología más comúnmente aceptada de las palabras *cluens-clions*, consideradas «como un participio de la raíz *klei-de clino*, con el sentido medio pasivo de «el que se apoya (sc. en el patrono)», hipótesis muy antigua, como que remonta, en el último término, a MEYER, BB, V, 176 y ss. y a BERSU: *Gutturalen*, 180 y otros.

Rechaza la etimología *cliens*, etr. *clam*, hijo, de MARESCHE, que ya ha sido desechada por la crítica. Inspirándose en SAN ISIDORO: Orígenes X, 53: «*Clientes prius colentes dicebantur a colendis patronis*», testimonio que está ya anticipado por SERVIO, quien a propósito de VIRGILIO, Aeneas, VI, 609: *Aut frans innexa clienti*, dice: «*Si enim clientes quasi colentes sunt, patroni quasi patres, tantumdem est clientem quantum filium fallere*», deduce que *cluens-cliens* deriva de *colo*.

Pero hemos de advertir que ya BONFANTE nos dijo que *cliens* derivaba de *colere*: *Historia del Derecho romano*. Trad. espa. Madrid 1944, I, 89.

Su pensamiento es éste: «Hubo un tiempo en que todas las cosas eran comunes, mas por utilidad pública convino que una ley humana concediera y confirmara a los particulares en las ocupaciones que habían hecho de las cosas: Efectivamente, tuvo entonces la ley autoridad para conceder proporciones de la cosa común, mediante justa causa, en beneficio particular de una persona, dejando a las demás excluidas de su *uso*» (7).

Así pues, antes de hablar de la «*possessio*», se hace necesario estudiar el «*usus*» como institución que la precede cronológicamente.

Las características de este «*usus*» —*cliental*— son fáciles de deducir: El «*pater*», libre y espontáneamente, concede una parte del territorio sobre el que se asentaba el grupo, para que sea usado, «*conceditur utendi*». Si el poder del «*pater*» tenía el carácter de un puro derecho real, sin mezcla de obligación jurídica (8), al menos mientras no hablemos de las relaciones entre los distintos «*pater familias*», únicos seres que por ser «*sui iuris*» podían contraer obligaciones jurídicas, aquel «*usus*» era revocable en cualquier momento, a voluntad del «*pater*», y tenía por única causa la liberalidad o tolerancia del concedente. Era una imagen del futuro «*precarium*» (9).

(7) Cfr.: COVARRUBIAS: *Opera Omnia*, in duos tomos divisa. Lugduni, 1661. Horatii Boissat et Georgii Reneus, Tomo II: *Possessor malarum fidei*, pág. 395 y ss.

Nuestra cita corresponde a la página 443, col 2: «Lex humana eo tempore quo res omnes erant communes... Habuit enim tunc lex auctoritatem concedendi aliquot ex rebus communibus ob iustam causam aliquibus, reliquis ab earum usu exclusis». En lo sucesivo, siempre que citemos a COVARRUBIAS, lo haremos en forma abreviada refiriéndonos a la misma obra y edición.

(8) Cfr.: CASTAN: Ob. cit. ibi.

(9) En este sentido puede verse nuestro trabajo: «*La relación jurídica de precario en el Derecho romano*», publicado en *Información Jurídica*, 1949, mes de mayo, número 72. También P. CIAPESONI: *Il precarista detentore*, en *Atti del I Congr. di Studi romani*. Roma, 1928. ALBERTARIO, loc. cit.

Por eso no convence plenamente, a nuestro juicio, la identificación originaria entre *usus* y *possessio*. El «usus» a nuestro entender antecede cronológicamente a la «*possessio*», expresa que la cosa es «*usada en común*», y es *público* dentro de la *comunidad*. No es privativo de una persona, sino que puede simultanearse con un uso igual de otra persona, o de las que integran una familia, «*gens*» o comunidad, según lo permita la naturaleza del objeto. El contenido del «usus» es, por así decir, social, común. La «*possessio*» surge como una modalidad emanante del «usus» y diferenciándose de éste por su contenido *económico-privado*. El «*possessor*» sustrae al uso de la comunidad la cosa que rinde un inmediato beneficio económico a su titular, no siendo compatible este uso personal determinado con el de otras personas al mismo tiempo. Tiene una nota de exclusividad frente a la de *socialidad o comunidad* del «usus». De aquí que el Derecho romano jamás admitiese la coposesión, como la reguló y configuró el Derecho germánico.

El concepto de «usus» predomina en las instituciones que presentan un marcado carácter público, social, mientras la «*possessio*» se vierte en la esfera de las relaciones privadas. En este sentido puede decirse que el criterio diferenciador es de tipo político, si bien en un profundo análisis puede afirmarse que surge de la *aequitas rei*: El «usus» colectivo puede llegar a justificar la servidumbre predial. La «*possessio*», la propiedad bonitaria privada. Esta idea, viene indirectamente apuntada por COGLIOLO cuando nos dice que el origen de la «*possessio*» del «ager publicus» fue precisamente la concesión que del mismo se hizo para que fuera *usado* hallando su defensa en el interdicto antiguo «*de loco público fruendo*» y no «*de loco público possidendo*» (10). Y éste es el pensamiento de COVARRUBIAS al

---

(10) COGLIOLO: *Storia del Diritto privato romano*: To. VII, pág. 12 Florencia, 1889: «Alcuni videro questa origine nella protezione del possesso dell'ager publicus, ma c'era appositamente l'interdetto «*de loco pubblico fruendo*», e poi erano possessi di natura diversa, per quanto non possa negarsi che abbiamo contribuito a far nascere il concetto di un possesso separato della proprietà».

indicar que surgió la posesión de la exclusión en el uso de la cosa común, exclusión hecha en beneficio de una persona, el poseedor: «*reliquis ab earum usu exclusis*».

Ahora bien, estas concesiones a modo privativo o singular, de una cosa susceptible de rendir beneficios económicos, existieron aún en la época clásica, con fines políticos, como nos dice CICERON (11), pero ya los terrenos se entregaban en posesión, y el *usus* tenía significado de una servidumbre. En la etapa siguiente pudo también significar una posesión incipiente, familiar, gentilicia, comunal, siquiera sea de considerar que, por la autoridad del *pater familias*, no pretendemos significar que fuera el *usus* originario antesala de la propiedad colectiva. Así las XII Tablas hablan del *usus* identificando el concepto con el de posesión incipiente: «*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium, annuus est usus*» (12).

Admiten que el más elemental estado de la «*possessio*» fué el *usus*, con variedad de matices, ALBERTARIO, CARCATERRA, CARDINALI CIAPESSONI, DI MARZO, KASER (13).

(11) *De officiis*, 2, 22.

(12) CICERON: *Topica*, 4, 23. KASER, M.: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, pág. 319 nos dice: «Der *usus*-Besitz der XII Tafeln ist tatsächliche Sachgewalt ohne Rücksicht auf den Erwerbsgrund». Ha prestado de nuevo atención a la evolución del concepto del *usus* a la *possessio* en sus *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, Z. S. St., 68 (1951), 131 y ss. donde confirma y amplía los resultados que había apuntado en su primera citada obra, manteniendo su teoría de que el *usus* deviene *auctoritas*, transcurrido el plazo legal marcado desde la adquisición, —no delictual— y adquiere firmeza jurídica, con carácter de legítima: «Ist sein Besitz durch eine *auctoritas*-Sicherung verstärkt, dann macht ihn diese allerdings rechtmässig».

(13) CARCATERRA: *Possessio, ricerche di storia e di dommatica.*, Roma, 1938 (109 ss.) ALBERTARIO: *Il possesso*, en *Studi di Diritto romano* Vol. II, Milán, 1941. CIAPESSONI: Ob. cit. ibi. CARDINALI: *Studi*. Graccani, pág. 191, n. 2. KASER, ob. cit. DI MARZO expone una sutil teoría señalando que el *usus* fué el término correspondiente a la primitiva *possessio*, pero significando también que la noción de *usus* que precede a la *possessio*, fué más amplia que ésta y se extiende tanto a las cosas corporales como a las incorporeales. Cfr. *Istit di Diritto romano*, Milán, 1939, 283 ss. KASER, M., *Eigentum*, cit. 316 y ss.

Vuelve a pronunciarse en contra de esta opinión, que hoy puede considerarse como doctrina común, BOZZA en su obra «*La possessio dell'ager publicus*» (14), donde viene a decir que no puede concebirse el contenido de la *possessio* como un *uti* o como un *frui*, sino como un poder, una señoría, recogiendo en este sentido la tesis que BONFANTE expuso en «*Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*», basándola en la etimología de la palabra *possessio*, que deriva de *pote* (o *potis*) *sedeo*. Y añade que todavía se ha concebido el contenido de la *possessio* como simple goce, usufructo o un simple *uso*. Intenta BOZZA refutar a CARDINALI diciendo que la *possessio* es un poder de señorío sobre una cosa y que el representar tal poder no más plenamente intenso que como una facultad de gozar y recoger los frutos es un modo de figurarse la posesión desde un punto de vista puramente económico, y no la esencia de la institución. Y, aparte de que concebida la posesión como el uso de una cosa, o como el uso y la percepción de los frutos, no se sabría en qué se diferencia del *uso* y del *usufructo*, es tan cierto como que con semejante configuración no se expresa la esencia, no se agota el contenido de la *possessio*,

---

(14) BOZZA: Ob. cit. pág. 74. Es también de tener en cuenta el texto de IAVOLENO, D. 50, 16, 115, donde se identifica la *possessio* con el *usus*, y el de FESTO: *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quiddam agri aut aedificii; non ipse fundus aut ager*, citados por CARDINALI.

Vid. también BOZZA, ob. cit. pág. 80 donde se lee que la «*possessio*» *non è alienabile iure civili e non è inscrivibile nel censo*. No podía ser de otra forma, ya que la *possessio* primitiva del *ager publicus* es revocable «*dum populus senatusque romanus vellet*». Vid. también BOZZA, ob. cit. pág. 75. La obra citada de BONFANTE puede verse en sus *Scritti giuridici*, vol. III, 528. Sobre este punto puede verse también ALBERTARIO: *Possesso e quasipossesso*, Milán, 1946, pág. 17, donde se recogen las apreciaciones citadas en el texto. Dice ALBERTARIO que BOZZA quiere encontrar una base firme a su teoría en la expresión «*usucapere possidendo*» usada por CICERÓN, *De legibus*, 2, 48, y por GAYO, 2, 41, viendo en estas dos palabras la prueba de la imposibilidad de identificar en esta época antigua la *possessio* y el *usus*.

ya que con ello sólo se expresa uno de los elementos constitutivos, disponibilidad, detentación, del cual constituyen una explicación el uso o goce de la cosa. Fija la nota distintiva entre *possessio* y otras instituciones que en algo le son parecidas, como el *uso* y el *usufructo*, en el «*animus possidendi*». Señoría de hecho es el carácter saliente de la *possessio* del *ager publicus*.

Convenimos en el concepto que BOZZA atribuye a la *possessio*, significando señorío de hecho sobre una cosa con el *animus possidendi*, referido el concepto a la época clásica. El defecto de la construcción bozziana está en el método, en no distinguir las épocas, pues ese concepto no es extensible a la primitiva. En ella la *possessio* no entraña un poder de hecho, sino la mera facultad de uso, usar, aprovecharse de los frutos de los terrenos, con exclusión de otras personas, que en esto consiste la originaria *possessio* del *ager publicus*, quedando la disponibilidad de los campos al Estado romano, al *populus senatusque*, que puede disponer de ellos cuando le convenga, como veremos. Es más, en esta época preclásica no hay poder ninguno, porque aquella facultad de uso, contenido de la *possessio*, es revocable en cualquier instante y no transferible. ¿En qué consiste, pues, esa *signoria di fatto*, ese *potere signorile* de que habla BOZZA? Es inalienable el objeto, no se puede inscribir en el censo, es revocable la *possessio* cuando agrade al Estado romano. ¿Qué resta? El uso *económico-privado* de la cosa, gratuito o con el pago de un canon.

Además cronológicamente BOZZA sufre un error: El *uso* y el *usufructo*, como figuras distintas de contenido diferente al de la *possessio* originaria, no surgen hasta la época clásica.

El argumento de BOZZA es, como dice ALBERTARIO, aparentemente impresionante: Al *usus* reserva la función de dar acceso a la adquisición de la propiedad de una cosa o la potestad sobre una persona; a la *possessio* el ejercicio de la señoría de hecho sobre una cosa de propiedad ajena, sin perseguir directamente la adquisición de la propiedad y en el origen excluyendo esta adquisición.

Nosotros pensamos que el *usus* es la forma más antigua,

más rudimentaria de tenencia de una cosa, cuya propiedad no nos pertenece. El «usus» tiene un significado amplio, que en principio refleja exactamente la situación de quienes trabajan, cultivan y aprovechan la tierra, sin ostentar un poder jurídico exclusivo sobre ella, ni un título propiamente positivo, pues su *usus* significa precisamente «no lesividad», y por ello es exacta la afirmación de KASER cuando nos dice que se halla exonerado de prueba acerca de la causa de su adquisición el poseedor: «Die *usus-auctoritas*-Regel bezweckt, die Befreiung des Besitzers vom Nachweis des Erwerbsgrundes». Es en Roma antecedente del «*precarium*», institución *iuris gentium*, y supone una *autorización* tácita o expresa, viniendo a ser también antecedente de la «*possessio*» del «*ager publicus*», y en definitiva de la misma *possessio civilis*, que implica un *poder de hecho* con exclusión. Existió en los primeros hombres, cuando fué necesario establecer relaciones jurídico-sociales dentro de los miembros de una familia, y sucesivamente se fué desarrollando en mayores ámbitos de relación «*gens*», «*civitas*», Estado.

Este desarrollo progresivo lo era, no sólo en extensión, sino también en intensidad y colorido. Veamos cómo: Lo dicho se comprende perfectamente desde el coto cerrado de la «familia» o «*gens*»; pero llegó un momento en que se hicieron necesarias las relaciones comerciales, de intercambio y de todo tipo, y por ende las crediticias, entre los «*pater familias*» de distintos grupos.

Dentro del patrimonio del «*pater familias*» existía una clase de bienes, que por su singular valor y afecto para el grupo y para el desenvolvimiento de la vida familiar, sólo podían ser enajenados mediante determinados negocios jurídicos solemnes, llenos de ritos y formalidades: Las «*res mancipi*».

Ahora bien, al hablar de estas cosas, situándolas dentro de la esfera de la disponibilidad del «*pater familias*», implícitamente le atribuimos sobre ellas una *plena in re potestas*, lo que no puede extrañar, si partimos de que el derecho del jefe del grupo familiar era omnímodo sobre el patrimonio familiar y afirmamos también que el dominio,

por ser más simple y absoluto que ningún otro derecho, es anterior a los demás.

Un «*pater familias*», a quien se enajena un fundo, «*res mancipi*», sin la forma solemne requerida, ejercita de hecho sobre el mismo aquel poder que el cabeza de familia tiene de derecho sobre el territorio en el cual la *familia* se asienta: Un poder de soberanía. El fundo enajenado no es propiedad del adquirente; éste lo usa, lo aprovecha; pero su cualidad de *pater familias* lleva atribuidas por el Derecho ciertas prerrogativas: Usufructúa el predio; lo que con el transcurso del tiempo y merced a un proceso evolutivo —el de la *usucapio*— hace que ese *usus* pueda traducirse por el vocablo *possessio*, que quiere significar «debajo de, dentro de, dentro de la esfera del patrimonio», para llegar a convertirse en *dominium*. Y así como *et dominio indica «señoría jurídica», la possessio deviene en «señoría de hecho».*

Y este proceso evolutivo, mediante el cual el «*usus*» se traduce en «*possessio*» dentro de la «*gens*» primero, se sucede semejantemente en la «*civitas*» después. Pasemos entonces de la «*gens*», a través de la «*tribu*», a la «*civitas*», estado sucesivo en la organización política romana que tiene, como la «*gens*», un jefe político —*rex; pontifex*—, sus magistraturas, órganos de Derecho público en progresiva ampliación para cubrir en todo momento las necesidades que comienza a sentir aquel minúsculo Estado, que pronto se llamó «*República*», y observemos que después de la legendaria ordenanza romulea y de la delimitación de la «*civitas quadratta*», Roma comienza a hacer la guerra a los pueblos vecinos, y con ella, sus primeras conquistas.

Las *gentes*, si bien son los primeros grupos políticos que van a ser subsumidos en la «*civitas*», perduran algún tiempo y la familia, como célula político-social-religiosa no desaparece. La población aumenta, Roma hace la guerra a los pueblos cercanos, Volscos, Umbros, Sabinos, Etruscos, Samnitas, etc. y con los vencidos caía también todo el campo enemigo bajo la soberanía de la «*civitas*»; pero, de hecho, ese «*ager*» era, al menos en gran parte, dejado a la soberanía de los «*pater familias*» a quienes correspondía el «*usus*» del «*ager publicus*». Así, de modo similar a co-

mo había sucedido en la «*familia*», aparece el «*usus*» primitivo del campo, en los territorios del Estado.

Cuando sobreviene la República, durante un cierto tiempo, el poseer se indica con el verbo «*uti*» que viene a ser sinónimo de «*frui, habere, possidere*»: Cuatro verbos que quieren expresar un mismo concepto, dándole cada uno colorido más vivo (15). Y dice ALBERTARIO que al usarlos en el largo período republicano, uno de los cuatro términos, precisamente «*possessio*», absorbe los otros tres. (16)

La precisa determinación de la terminología posesoria en la edad preclásica, es decir, la afirmación de que «*usus, fructus, possessio*», son términos que en esta edad no se diferencian aún, como se diferenciaron, y profundamente, después, no tiene importancia en relación con la precisa significación del término «*possessio*» en esta época. Indica un poder de hecho sobre una persona o sobre una cosa, poder de hecho que originariamente tiene más de naturaleza política, que de contenido económico, precisamente por lo mismo que el dominio es, en sus orígenes, más una soberanía política que «el derecho de propiedad».

La potencia económica y política de la «*civitas*» crecía a pasos agigantados. Roma hace la guerra sin tregua, victoriosa, a los habitantes de Italia y domina la Península. Sus ansias de expansión no hallan límite y se lanza a la conquista de nuevos territorios. Se extiende su poderío por el mar y por el monte, en Oriente y Occidente, y la «*civitas*» antigua sigue haciendo repartos de campos, conce-

(15) Así se encuentran empleados en la ley agraria del 111 a. de C. Lo mismo se lee en la ley Antonia de Thermosibus, año 71 a. de C. Cfr. KASER, *Eigentum*, cit. pág. 321 y ss.

(16) «Al final de la época republicana los términos «*usus*» y «*fructus*» comienzan a adquirir un significado que se diferencia del concepto de la «*possessio*». Y no falta entre nosotros quien sostiene recientemente la tesis de que el «*usus*» y la «*possessio*», representaron en la época preclásica dos instituciones distintas», según dijimos en la nota 11. Cfr. F. BOZZA: *Sull'origine del possesso*, en AUM 6 (1931) 189 y ss. y La «*possessio*» del «*ager publicus*» pág. 75 y ss. Milán 1939.

siones de tierras (17). Importa recalcar que en estas concesiones, que hoy podemos calificar de administrativas, encuentra la «*possessio*» su caldo de cultivo. La «*civitas*», que denominaremos en lo sucesivo Estado romano, halla en verdad razones de índole económico-política para estas concesiones: Facilita medios de vida y elementos de produc-

---

(17) Se ha discutido si la «*possessio*» del «*ager publicus*» se adquiría por simple ocupación o necesitaba una concesión por parte del Estado y, en uno y otro caso, si los plebeyos eran poseedores. A este propósito dice BOZZA: «Si fuese verdadero que la posesión del «*ager publicus*» se adquiría mediante la ocupación, sin ninguna concesión específica y personal, sería necesario explicar por qué las «*possessiones*» en la época histórica, sólo se hallan en manos de los patricios».

De este fenómeno se han dado diversas explicaciones: Se ha dicho por algunos que los plebeyos se hallaban excluidos de derecho, porque no formaban parte del «*populus*» (SCHWEGLER); por otros, que la exclusión era sólo de hecho, por la imposibilidad de parte de la plebe de procurarse los medios de cultivo, por la lejanía y primitivo estado del campo, y por la imposibilidad de pagar la «*decuma*» de los productos que debía ser entregada al Estado por los «*possessores*» (DE RUGGIERO, WEBER, SHILLING, ARANGO RUIZ); DE SANCTIS dice que la ocupación del terreno incultivado era derecho antíguísimo de toda familia de ciudadanos agricultores, y la ocupación por parte de los ricos se consideraba un abuso.

En realidad, añade BOZZA, ni unas ni las otras razones valen para explicar el fenómeno.

La primera, podría valer solamente para la época más antigua, en la cual puede discutirse si la plebe formaba parte o no de la «*civitas*», y, por ende, del «*populus*»; pero de ninguna manera es admisible para la época histórica, en la cual, después de la reforma territorial llevada a cabo ordenando las tribus, y del encuadramiento de los habitantes en centurias, no puede negarse la pertenencia de la plebe al «*populus*». Ahora bien, a partir de estos momentos la plebe comienza a escalar políticamente las magistraturas ciudadanas y llega a alcanzar las supremas, y no debe pensarse que no formara parte del «*populus*»; y si el campo tomado al enemigo, con la victoria de las armas, es «*dominium*» del «*populus romanus*» y corresponde a cada uno de los ciudadanos el uso del mismo, no cabe dudar que a la plebe se otorga la «*possessio*».

Sobre la forma en que se entraba en ella, LIVIO asegura que solamente mediante la «*assignatio*» podía usar la plebe el «*ager publicus*» y, BOZZA cree que este modo de concesión responde a la variedad histórica. Cfr: BOZZA «*La possessio del ager publicus*» Milán 1939, pág. 13 y ss. Vid. también PÉREZ LEÑERO: El «*ager publicus*» en el Derecho romano, en Rev. de la Facultad de Derecho, Madrid, 15 (1948) 151-160,

ción al pueblo romano; mejorando así la economía del individuo y enriqueciendo mediante ella el tesoro, el erario público, porque al entregar esos territorios, medio de trabajo, no siempre lo hacían gratuitamente. (18)

Pero si razones político-sociales aconsejan estas con-

(18) Cfr. PACCHIONI: ob. cit. to. II. pág. 335: «*L'ager publicus* era in proprietà dello Stato romano (por derecho de conquista) il quale però l'aveva, in gran parte, dato o abbandonato in uso a privati, o gratuitamente, o dietro pagamento di un canone».

Se ha discutido mucho y con profusión de citas, autorizando unas y otras opiniones, si era preceptivo el pago de un canon o si por el contrario la norma general era la concesión gratuita: Nos sería punto menos que imposible recoger aquí las teorías expuestas en torno a este problema; pero las agruparemos, según su mayor afinidad, en la manera siguiente:

APPIO dice: Los «*possessores*» pagaban un canon al Estado consistente en la décima parte de la recolección o en la quinta parte de los frutos cuando los cultivos eran arbóreos.

ZANCAN, contradice este pasaje diciendo que la décima parte presupone un mayor rédito, siendo más costoso el cultivo, mientras en los árboles, que el cultivo era más fácil, sólo se exige la quinta parte; por esta razón niega, fundamento a la noticia de APPIO, principalmente porque la refiere a las distintas épocas, sin distinción.

LIVIO dice que hasta el 424 a. de C. no se impuso vectigal a los «*possessores*» del «*ager publicus*».

DIONISIO, atribuye la imposición del vectigal a la ley Cassia.

Los romanistas modernos no se avienen a prestar fe ciega a estas noticias, considerando que la tradición que sirve de base a LIVIO, después de cinco siglos pudo ser adulterada. KARLOWA, WEBER, DE SANCTIS, SCHILLING, y últimamente ZANCAN, fundándose en razones diferentes, sostienen que el canon no fue impuesto originariamente, sino en época posterior.

Finalmente se ha negado la imposición del canon por el mismo ZANCAN, en su primer trabajo, admitiéndola como hemos dicho en el «*Ager publicus*» pág. 32, donde dice que nació el tributo después de la II guerra púnica, a partir de cuya fecha atribuye la «*possessio*» los caracteres de tributariadad y precariedad.

Un trabajo interesante sobre este punto, se encuentra en la *Storia* de CARDINALI, pág. 521, que fija las distintas sucesivas épocas en que se verificaron las imposiciones tributarias, trabajo que recoge BOZZA, obra citada. pág. 21 y ss. También pueden verse las obras de FRANK: *Storia economica di Roma*, pág. 57. KAHRESTEDT: *Geschichte der Kartager*, página 273. DE SANCTIS: *Storia dei Romani*, III, 2, pág. 342, LEVI: *Una pagina di storia agraria romana*, Atene, Roma 1922, pág. 239. Apud. BOZZA: Ob. cit.

cesiones, desde un punto de vista jurídico, el «*ager publicus*» es propiedad del Estado romano, le pertenece por derecho de ocupación bélica, si bien los hombres de esta época, más empleados en las armas que en el cultivo de las letras, no habían aún elaborado la teoría de la adquisición de la propiedad, por ocupación, pues es lo cierto que los juristas, al confeccionar aquella legislación, no hicieron sino dar forma jurídica a una realidad existente y así como el «*usus*» de los terrenos concedidos por el «*pater familias*», tenía por causa la liberalidad de éste y era revocable en todo momento, también las «*possessions*» del «*ager publicus*» duraban mientras agradara al Estado romano, «*dum populus senatusque romanus vellet*» (19).

\* \* \*

Hemos sorprendido ya la esencia jurídica de la «*possessio*» primitiva romana y hemos apuntado dos modalidades, muy semejantes, con notables puntos de contacto, pero no idénticas. El «*usus*», «*possessio*» en lo sucesivo, de los «*clientes*» y la «*possessio*» del «*ager publicus*»: Ambas tienen idéntica causa, la liberalidad; ambas son natu-

---

(19) C. I. L. II. 5041.—Los caracteres atribuidos a la «*possessio*» del «*ager publicus*» por BOZZA son los siguientes:

- 1.—Derecho de uso, goce, por parte del ciudadano ocupante.
- 2.—Posibilidad de adquisición por parte de cualquiera ciudadano, mediante asimilación o concesión, en unas teorías, y por simple ocupación privada, en otras.
- 3.—Revocabilidad a voluntad del Estado.
- 4.—Pago de un canon o vectigal.

Cfr: BOZZA, ob. cit. pág. 12 y ss. En cambio hoy día está desacreditada la tesis de ZANCAN, que expresó con las siguientes palabras: «*Il possesso dell'ager publicus*» non é precario, ma stabile: privata possessio; ed é stabile non per consolidamento, successivo, ma perché risale ad una concessio ne sovrana, é difeso in quanto legittimo, ed é iscritto nel censo. Stabilità giuridica, funzione económica di proprietà piena; importanza sociale, in quanto, la «*possessio*» costituiva la parte più conspicua delle fortune della classe senatoria». El mismo ZANCAN, modifica esta posición en escritos posteriores.

rálmente revocables a voluntad del concedente (20), temporales en principio, pero si al «*pater familias*» puede interesar retirar los bienes dados en uso y posesión para administrarlos de forma más remuneratoria, al Estado romano rara vez puede convenirle abrogar aquellas concesiones (21). Al contrario, decimos que cada día aumenta el territorio

(20) El carácter de la revocabilidad ha sido discutido por ZANCAN, que ha venido a reconocer, por medio de las teorías que formula, la existencia de una «*possessio*» revocable al lado de otra irrevocable. ¿Cuál sea una y cuál la otra? Según su primera teoría era revocable la «*possessio*» provincial; según la segunda teoría era revocable una nueva forma de «*possessio*» nacida después de la segunda guerra púnica. Cfr.: ZANCAN «*Ager publicus*» in *Publ. della Facoltà di Lett. e Filos. della R. Università di Padova*, vol. VIII pág. 4 y también puede verse *Sul possesso dell' ager publicus*, *Atti. Acc. Tor.* vol. 67 (1931-32) pág. 71 y ss.

No se han probado las opiniones de ZANCAN y tampoco se ha demostrado la existencia de una «*possessio*» irrevocable, siendo, en cambio, opinión común la de la revocabilidad y es ingenioso en extremo el estudio que realiza BOZZA sobre este particular, que podemos resumir así:

Durante la segunda guerra púnica, tuvo necesidad el Estado romano de contraer una deuda con los ciudadanos «*privati*», de la cual fueron pagados los dos primeros plazos, más el pago del tercero que había de realizarse por el año 200 a. de C. no podía ser exigido. Los acreedores protestaban probablemente porque en aquel periodo el Estado adquiría considerables ingresos vendiendo terrenos a buen precio. El Senado entonces determinó entregarles, en vez de dinero, porciones equivalentes del «*ager publicus*», dentro de un radio de cincuenta millas alrededor de Roma, propuesta que fué aceptada con regocijo porque es de pensar que fuera mayor el valor de los terrenos que el importe de la deuda.

Sin duda los acreedores pertenecían a la clase noble, o patricia, o senatorial, que consiguió del Senado un decreto tan dañino a los poseedores del «*ager publicus*», que por hallarse tan cerca de Roma era cultivado, quedando con aquel Decreto revocada la posesión de esos campos. Cfr.: BOZZA, obra cit. pág. 64, 65, 18. Aduce el testimonio de LIVIO, XXXI-13 y cita a NIEBUHR: *Röm. Geschichte* II pág. 164. CARDINALI: ob. cit. pág. 122, n. 2.

(21) Vid. Nota anterior: En ella hemos dicho que había precisado el Estado romano revocar las posesiones para pagar una deuda, denominándose aquella revocación y sucesiva venta «*trientabula*».

«*Consules agrum aestimatos et in jugera asses vestigal testandi causa publicum agrum esse impossituros, ut, si quis eum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo, laeti eam condicionem privati (creditores) acceper;*

donde se extiende su soberanía. Del «*usus*» cliental, deriva el precario y tal vez el comodato. De la «*possessio*» del «*ager publicus*» después de mucho tiempo de un proceso evolutivo penoso, la propiedad; pero, antes de llegar a esta conclusión es cuando merece la pena estudiar la posesión como figura jurídica completamente desligada y separada de la propiedad. (22)

Los «*possessores*» del «*ager publicus*» no pensaban convertirse en propietarios de aquellos terrenos, al menos, de una manera inmediata.

Reconocían un derecho superior del Estado romano y se conformaban con lograr eventualmente de la posesión de la cosa el mismo provecho que hubieran conseguido con la propiedad. Sólo advirtieron la diferencia cuando comenzaron a ser perturbados en la pacífica tenencia de sus tierras: entonces sí, entonces comprendieron que no podían defenderse como si fueran propietarios y es de pensar que, así como el «*cliens*» acudiría a solicitar la protección y ayuda del jefe doméstico que le había concedido el «*usus ac possessio*», así también los poseedores del «*ager publicus*», no

trientabulum quis ager, quia protetia parte pecuniae datus erat, appellatas». LIVIO, XXXI, 13. Sobre la veracidad de los datos suministrados por LIVIO puede verse JUAN IGLESIAS: «*Visión titoliviiana de la Historia de Roma*» AHDE, XVII, 625-650.

(22) Hallándose a nuestro juicio refutada la teoría de ZANCAN expuesta en su obra «*Sull origine del possesso*» (pág. 20 y ss.) hemos de advertir que la reconstrucción que presenta de la evolución, o por mejor decir, estratificación de concepto de «*possessio*» en la época pregracana se ha demostrado es plenamente falsa. Las tres formas de «*possessio*»: Posesión señorial, de los ciudadanos, posesión cuestoria y posesión precaria, resultaron, después de un análisis crítico, creaciones de mera fantasía, según dice BOZZA, ob. cit. pág. 70.

El «*ager quaestorius*» entendemos que, al ser vendido por autorización del Senado, pasaba a ser propiedad de los adquirentes, y por lo mismo, no cae el estudio del «*ager quaestorius*» dentro del marco que hemos trazado. Puede verse BOZZA, ob. cit. pág. 176 y ss. donde opina que no puede afirmarse que el «*populus romanus*» enajenara la propiedad. Consideramos más fundada la opinión de WALTER y HUSCHKE y KARLOWA, en sentido contrario: Vid. WALTER: R. R. G. I, pág. 64, n. 10. HUSCHKE: *Ueb. die Stelle d. Warron*, pág. 85. KARLOWA: R. R. G. I, pág. 95.

pudiendo defenderse contra las eventuales violencias de terceros perturbadores, promoviendo acciones negatorias o reivindicatorias, acudieron al Estado romano en su querrela. Y aquel sentido práctico romano, que siempre halló solución adecuada al punto controvertido, proveyó en esta ocasión por medio de los censores y pretores a la tutela de aquellas «*possessiones*». En esta tutela posesoria, según las más modernas teorías, (23) hallaron fundamento en la época repu-

---

(23) En dos grupos pueden clasificarse los estudiosos que se han preocupado por el origen de la tutela posesoria: La opinión que ha gozado largo tiempo de mayor favor, es la de NIEBUHR, adoptada por SAVIGNY y seguida después por GIRAUD, SCHWEGLER, DERNBURG, VOIGT, CUQ, CORNIL. Según estos autores la protección posesoria fue introducida para los poseedores del «*ager publicus*», y después fué extendida a la posesión del *ager privatus*. Modernamente recogen y dan mayor realce a esta teoría PACCHIONI y ALBERTARIO.

Esta conjetura en torno al origen de la tutela posesoria, ha sido refutada particularmente por IHERING y por KARLOWA: Siguen el parecer de IHERING, PUCHTA y UBBELOHDE: Para este grupo la tutela posesoria es una avanzadilla en la protección de la propiedad y una consecuencia de asignar durante el proceso a una de las partes la posesión del objeto litigioso y protegerla en esa posesión.

Opiniones particulares son las de BEKKER y PFERSCHKE que sostienen que este medio de protección no es otra cosa que una emanación natural del *officium praetoris*. HUSCHKE ha pretendido explicar el origen de los interdictos imaginando que han nacido y se han desarrollado como formas de actuación ejecutiva de derechos públicos subjetivos en interés del ciudadano. PERITCE ha sostenido con firmeza la teoría llamada del «mantenimiento de la paz» («*Friedentheorie*»), expresión significativa del especial carácter de medida administrativa de policía, que reconoce esporádicamente a los pronunciamientos interdictales BETHMANN-HOLLWEG. BISCARDI, que ha estudiado con detenimiento el problema, nos dice que entre las relaciones susceptibles de protección interdictal en la época clásica, las más antiguas son sin duda aquellas que tienen un carácter abiertamente público. El interdicto debió haber encontrado su campo de aplicación en la esfera de actividad reservada al «*imperium*». En este sentido cree aceptable la opinión dominante que liga el surgir del interdicto, como instrumento procesal, a la tutela de las *res divini iuris* y de las *res in publico usu*; aunque no sea posible demostrar cuáles fueron, y en qué orden cronológico nacieron los primeros y más remotos interdictos. Cree sin embargo —su contra de la corriente doctrinal representada por IHERING— que puede considerarse suficientemente pro-

blicana las medidas defensivas denominadas «*interdictos posesorios*». Por este instrumento los «*possessores*» del «*ager publicus*», sin llegar a convertirse en propietarios, tenían a su alcance, como si lo fueran, medios defensivos eficaces. Esta posesión, siendo tal «*possessio*» revocable en principio, hallaba permanencia y estabilidad, como figura jurídica propia que se llamó específicamente «*possessio ad interdicta*». (24)

También hablamos de una clase de «*possessio*» no susceptible de revocación, —la del «*pater familias*» sobre una «*res mancipi*» adquirida sin las solemnes formas de la «*mancipatio*» o la «*in iure cessio*» — que era presupuesto inmediato del «*dominium*». No había llegado a ser propiedad aquella posesión por un defecto de forma, defecto por lo demás subsanable aunque requiera el transcurso del tiempo: «*possessio ad usucapionem*».

Tenemos ya completamente perfiladas las dos clases de «*possessio*». La del «*ager publicus*» que gozaba de una defensa propia, pero que era una «*possessio separata a proprietate*», y la segunda, esto es la «*possessio*» destinada a transformarse rápidamente «*in dominium ex iure Quiritium*», mediante el expediente de la «*usucapio*». Nótese que en las XII Tablas se exigen períodos de tiempo tan breves, que los glosadores al comentarlos, los califican de «*angustiosos*», olvidando sin duda que en la época y tiempo que tuvo vigor

---

bada la relativa antigüedad de los interdictos posesorios, pues el núcleo de relaciones protegidas por ellos entraba originariamente en el ámbito del derecho público, tratándose de relaciones fundadas sobre concesiones administrativas de terrenos (*ager publicus, ager vectigalis*: Tesis de NIEBUHR, SAVIGNY, etc.)

Finalmente, es radical, desde otro punto, la teoría de CARNELUTTI, que asigna a la posesión el carácter de una «composición espontánea» en un conflicto de intereses y le atribuye de modo general en origen la naturaleza de una «fórmula de composición económica».

(24) Pensamos sinceramente que éste fué el proceso seguido por la posesión romana y creemos que el no haberlo aprehendido, llevó a varios romanistas, tan insignes en otro sentido como HIERING, SAVIGNY, por caminos descarrados en algunos momentos de importancia.

la ley decenviral, sólo podían ser objeto de «*usucapión*» las cosas poseídas «*ad usucapionem*», es decir, las «*res mancipi*» que no habían sido enajenadas al «*possessor*» usucapiente en debida forma, al menos de modo general.

La vida breve, uno o dos años, de esta «*possessio ad usucapionem*» no hacía sentir, en principio, la necesidad de organizar una defensa análoga a la de la «*possessio*» del «*ager publicus*», dice ALBERTARIO; pero si esto ocurrió originariamente, en el curso de la época republicana, sobrevinieron sucesos que tienen gran importancia en la historia del Derecho romano: El primero fué la extensión de la protección interdical a toda clase de posesión. Significativo es que en esta primitiva época, se hallen tan perfectamente deslindados los campos conceptuales de la posesión y del dominio, que es imposible confundir ambas instituciones.

Así, pues, finaliza la época preclásica dejándonos un concepto de posesión revocable, en principio, de la que es expresión propia la «*possessio*» del «*ager publicus*», y una «*possessio*», no susceptible de revocación, de la que es ejemplo típico la de las «*res mancipi*», enajenadas sin las solemnidades requeridas: Ambas posesiones gozan de protección, pero la última conduce directamente a la propiedad mediante la «*usucapión*».

## EPOCA CLASICA

La inconveniencia de partir del método dogmático exclusivamente o de otro cualquiera que no sea el histórico, en estas investigaciones, se revela en el estudio que nos ocupa. La dogmática moderna de BETTI nos conduciría desde un concepto tan complejo como es el de la posesión, a las más sutiles derivaciones y sólo por una casualidad hallaríamos el hilo de la esencia verdadera.

El primer suceso acaecido en el umbral de la época clásica en torno a la posesión tiene enorme importancia política, social y jurídica: Como consecuencia de agitaciones tumultuarias se votó en el 111 antes de Cristo, una ley agraria que transformó para lo sucesivo las «*possesiones*»

del «*ager publicus*», revocables en principio, en «*dominium optimo iure*». Mediante esta ley la gran parte del terreno de Italia incorporado a 35 tribus deviene de posesión en propiedad plena y enseguida acaece lo mismo con el resto de los terrenos no incorporados a las tribus. (25)

Con esto, aquella neta «*possessio*», que constituía la figura jurídica más común en Italia, desaparece, y no queda más que una imagen de aquella «*possessio*» revocable y defendida con los interdictos en la posesión del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario, que ocupan un puesto insignificante al lado de aquélla.

El concepto diáfano y transparente, al homogeneizarse, se oscurece y complica. (26)

(25) Cfr. COSTA: *Storia*. 1925. 192, 93. Puede verse también PACHIGNI: *Corso*, vol. I. Appendice III, pág. XLIV y ss. y vol. I, pág. 336: «*Che la tutela possessoria, quale ci appare nelle fonti classiche e giustiniane, sia in risultato di un lento svolgimento storico è ammesso da tutti quelli che ritengono che la tutela possessoria fosse, nelle sue origini, concessa solo ai «possessores» dell'«ager publicus».* Ma come venne operata la estensione d'ella tutela ai proprietari-possessori? Noi sappiamo che, fallito il movimento agrario per la nuova repartizione delle antiche «*possessiones*», venne fatta passare una legge («*lex agraria*, del 643 u. c. 111 a. Chr.) che permettere un fine al rinnovarsi della agitazione, trasformó le «*possessiones*» stesse in proprietà, e tose così, de un solo tratto, alle agitazioni agrarie la loro base giurídica, base che, come é noto era riposta in ciò che le «*possessiones*», essendo in proprietà dello Stato, potevano dallo Stato venir sempre revocate».

(26) Puede añadirse que el precario cada vez es más raro, porque el afán de lucro crece con la abundancia de población y nuevas necesidades, y las garantías en la contratación cambian la estructura de la prenda y en vez del «*pignus datum*», se usa el «*pignus obligatum*», y desaparece también en el aspecto procesal aquel sistema de acciones de la ley con la apuesta y vindicias estableciéndose en su lugar el proceso formulario, más flexible y cómodo. Cfr: ALBERTARIO: Ob. cit: ib. KASER, *Eigentum*, cit. al estudiar la evolución de la posesión en esta época considera conveniente seguir la triple diferenciación indicada por RICCOBONO, y así estudia sucesivamente la *possessio civilis*, —pág. 329 y ss.— como *Beitztabestand*, la *possessio ad interdicta* o *Interdiktenbesitz*, —pág. 331 y ss.— y finalmente la *possessio naturalis*, pág. 335 y ss. Con más detenimiento nos ocuparemos de esta distinción al estudiar la transcendencia de la distinción romana en materia de posesión, que nos proponemos publicar.

La nueva «*possessio*», que surge y campea, nace sin ningún límite fijado de antemano en el tiempo, se halla defendida por interdictos y conduce desde su comienzo a la usucapición. Con esto se comprende cómo en los primeros tiempos del imperio la «*possessio*» del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario aparecen como una «*possessio*» excepcional, ya que eran éstas las únicas que, al menos teóricamente, podían ser limitadas en el tiempo, límite que no tenían las demás «*possessiones*» y aparecían también como «*possessiones*» anómalas, porque todas las demás conducían a la usucapición si bien la de los fundos provinciales llevara al mismo resultado mediante la «*praescriptio longi temporis*» y las del precarista, acreedor pignoraticio y secuestratario jamás llevaban a usucapir.

En la edad preclásica, el que no llevara la «*possessio*» a la usucapición, era un fenómeno normal, por lo menos el más frecuente, porque los más de los «*possessores*» lo eran del «*ager publicus*», figura posesoria genuinamente revocable; ahora, en la época clásica, que una «*possessio*» no conduzca a la «*usucapición*», nos sorprende como anormal: Es decir, quedan de la época preclásica desvanecidas imágenes posesorias en la «*possessio*» del precarista, acreedor pignoraticio y secuestratario, que ahora son como *especies* sobrevivientes de un género desaparecido.

Pero antes de saltar más largo, preguntémonos: ¿Por qué razón al final de la época preclásica y al comienzo de la clásica, se homogenizan las «*possessiones*» y se concede la defensa interdictal a las dos clases de «*possessio*», por una parte, y por otra conducen ambas a la propiedad mediante la «*usucapio*»? Dos cuestiones son éstas que han dado mucho que pensar y llevaron a los romanistas por derroteros completamente distintos, que vamos a indicar, si quiera sea sucintamente, percatados de la importancia de algunas de las teorías expuestas:

Anticipando que en la época justiniana se desgajó de la «*possessio*» una modalidad jurídica nueva, «*detentio*», que no halló defensa interdictal y cuya nota diferencial fija COVARRUBIAS, en el «*animus possidendi*», «*animus dominantis*», que también recoge SAVIGNY, trataremos de ver cuál fué la

causa que motivó la extensión de los «*interdictos*» a la «*possessio*» en sentido estricto, en la citada época

Dijimos que el fundamento de la tutela posesoria interdicial se halla en la necesidad de defender a los poseedores del «*ager publicus*» y la razón que movió al Estado romano a conceder esta defensa fué de tipo político (27): Naturalmente, si por razones político-sociales el Estado había distribuído y concedido aquella posesión, ¿cómo podría tolerar que fuera luego perturbada de un modo arbitrario, o que los poseedores sólo pudieran defenderse mediante la fuerza, cuando su posesión era conveniente y reportaba utilidad pública? Y aparecieron los interdictos «*uti possidetis*» primero, luego «*unde vi*», etc. Ahora, cómo se extiende esta protección a la «*possessio ad usucapionem*»?

Ni la teoría de IHERING sobre la defensa interdicial que sitúa el fundamento de la misma en una necesidad procesal, es decir, en la necesidad de asignar a una de las partes contendientes el objeto debatido, durante la tramitación judicial (28), ni la de SAVIGNY, que sitúa el origen de la tutela posesoria en la necesidad de reprimir la violencia pública, evitando que el poseedor se defienda por su mano (29), ni la de BONFANTE, retocando y corrigiendo la

(27) Cfr. PACCHIONI: Ob. cit. ibi. «*Se l'origine della tutela possessoria veramente ricercata come a noi e sembrato, nella necessità di difendere i «possessori» dell'ager publicus, d'uopo e rinunciare ad attribuire ad essa uno speciale suo fondamento, diverso di quello che é in sostanza il fondamento razionale della tutela della proprietà*». Vid. supra, nota 23.

(28) Cfr. IHERING: *Der Besitzwille*, Jena, 1889, pág. 364. Este trabajo de IHERING está dedicado a atacar la teoría de SAVIGNY. Puede verse también sobre estas teorías: ASCOLTI: En el «*Bolletino dell'Istituto di Diritto romano*», año 1889, pág. 295 y la crítica de WINSCHIED y de KIPP en «*Lehrbuch der Pandektenrechts*». I. pág. 736. FERRINI: *Pandette*, pág. 302.

(29) Cfr. SAVIGNY. *Das Recht des Besitzes*, pág. 120. Puede verse también DERNBURG: *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes*, 1883; KARLOWA: *Römischen Rechtsgeschichte* II. En contra. Vid. BONFANTE y el estudio de éste en: *Studi in onore di Moriani*, vol. I. pág. 169. Sena 1906, titulado «*Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*». Ahora en sus *Scritti giuridici*, III, 516 y. ss.

teoría savigniana, de forma que se sustraiga a las mayores críticas, ni otros autores que tratando de salvar estas opuestas doctrinas, han recurrido a hipótesis más o menos verosímiles, dan una explicación satisfactoria de aquella extensión de los interdictos a la «*possessio ad usucapionem*».

Si queremos hallar esa razón, creemos hay que volver al momento histórico en que se realiza.

Las teorías expuestas, si no esclarifican el hecho, no cabe duda que proyectan mucha luz sobre el problema: En primer lugar notemos que es un movimiento político-social el que consigue transformar, dando un salto gigante, la «*possessio*», temporal, revocable, en «*dominium optimo iure*», permanente, absoluto. Los antiguos poseedores, encuentran de pronto y por una «*razón de Estado*», que pueden utilizar al lado de los interdictos —que continúan a su disposición— las acciones reales de defensa de la propiedad, «*negatoria*», «*reivindicatoria*», etc.

¿Parecería, por la misma razón, mucho, conceder la defensa interdictal a los poseedores, que, teniendo la cosa «*ad usucapionem*» por no ser aún propietarios, fueran perturbados ilegítimamente en su posesión?

Un movimiento social trae aires de revolución, y si en ellos se buscaba una mayor seguridad a los «*possessores*», y se logró esa seguridad de manera tan rotunda para los más, ¿qué mucho que al mismo tiempo sirviera a idéntico fin para los menos? Las fuentes no permiten más positivos resultados: Ahora bien, sabemos que el término «*possessio*» conviene igualmente a la de quienes poseían el «*ager publicus*» que a la de los que poseían «*ad usucapionem*». La conquista jurídico-social alcanzó a las dos. Y aquí está la clave del segundo problema. ¿Por qué en la época clásica toda «*possessio*» conduce a la usucapión?

La «*possessio ad usucapionem*» de la República pasa defendida a la nueva época, pero si recordamos que en la edad preclásica la «*possessio*» corriente, era la del «*ager publicus*» y ésta deviene en propiedad de pleno derecho, en virtud de una agitación o conmoción política, lógicamente hemos de deducir que en términos generales queda una sola clase de «*possessio*», en esta época, cuyas características son

en principio las que retrataron a la figura de la que desciende: ser irrevocable, conducir a la usucapión, y en tercer lugar, por aquel aditamento, hallarse protegida interdictalmente. Reconocemos que esta exposición no deja de ser hipotética, pero con grandes posibilidades de exactitud, pues si aceptamos las últimas conclusiones de BISCARDI en torno a la extensión de la tutela interdictal al *dominium*, último punto en este paréntesis de exposición, implícitamente hacemos aquella extensión a una situación que es antesala o *avanzadilla* de la propiedad. Según BISCARDI la propiedad no fué protegida por los interdictos posesorios en principio (30), sino que exclusivamente lo estuvo por las acciones reales (*legis actio sacramento in rem, actio reivindicatoria, agere per sponsonem*), porque la posesión estaba *separata a proprietate*; mas cuando se llegó a reconocer en el *dominus* también una *possessio* sobre la cosa, cuyo dominio le pertenecía, se sintió el deseo y la necesidad de protegerle de manera más ágil en el mantenimiento y reintegración de aquél estado de hecho.

Esto sucede porque de la esfera de situaciones de Derecho público se pasa casi insensiblemente a una zona gris, intermedia, donde en el nombre y en la tutela de la *possessio* se apunta ya un atisbo de interés privado. Se ha dicho que la evolución sucesiva de la institución, dentro de los límites cronológicos del régimen republicano, sigue una línea decisiva y orgánica. Si aceptamos la prioridad de la protección para instituciones públicas y nos fijamos en el hecho histórico que nos la muestra extendida a relaciones privadas (31) y buscamos una explicación lógica y orgánica, al mismo tiempo, de esta extensión, aun prescindiendo de las consecuencias que motivaron la *lex Baebia agraria* del III

---

(30) BISCARDI. A.: *La protezione interdittale nel processo romano*. Padua, 1938; 91 y ss.; 98 y ss.; 118 y ss.

(31) Sobre la «situación» y la «relación» como objeto específico del Derecho público y privado respectivamente, ORS PEREZ: *De la «privatizatio» al Derecho privado y al Derecho civil*, en el B. da Fac. de Direito de Coimbra, Vol. 15, fas. 1. y mi referencia en *Información Jurídica*, 80, (1960).

a. de C., advertimos que la primitiva sociedad romana es esencialmente agrícola, y las relaciones privadas, mayormente necesitadas de una tutela rápida, efectiva, expedita, confiada a los poderes públicos, al mismo tiempo que conforme con las costumbres y formalidades del procedimiento privado ordinario, no pudo ser otra que la adoptada para asegurar el goce de la tierra, a semejanza con el *ager publicus* y el *ager vectigalis*, extendida al goce del propio fundo, e incluso al disfrute de determinadas utilidades económicas del fundo ajeno. Por eso, al lado de las primeras medidas protectoras de la posesión sobre tierras rústicas (*interdictum uti possidetis, unde vi*) se crearon otras (*interdictum utrubi*) para defensa de aquellos elementos más indispensables en la producción agrícola, esclavos, animales, etc. (32). De aquí se extendieron a las relaciones de vecindad.

Así, por esta explicación, completamente verosímil, hemos llegado a sorprender el concepto unívoco, homogéneo, de la *possessio* clásica. También vemos con precisión y claridad las modalidades posesorias del precarista, secuestratario y acreedor pignoraticio.

Bueno será que determinemos ahora el concepto clásico de posesión. Ya anotamos que Bozza configuró la *possessio* como una señoría de hecho sobre una cosa, señoría de hecho que no deriva de una relación contractual y no es tampoco puramente un típico *ius in re*. Queda así definida en sentido negativo; pero anotemos que la doctrina posterior la concibe como señorío de hecho sobre una cosa, añadiendo: *cum animo domini*, o mejor *cum animo possidendi*.

Con exactitud pudo decir COVARRUBIAS (33) que presenta la posesión el doble aspecto de *hecho* y de *derecho*, según el

(32) LENEL: *Das Edictum perpetuum*, 3 ed. párrafo 264.

(33) *Possessor*, cit. par. sec. 2.ª núms. 2 y 3. Nótese la similitud del pasaje con aquel de SAVIGNY que dice: «...La posesión es, pues, al mismo tiempo hecho y derecho, y este doble carácter es de gran importancia para el desenvolvimiento de la teoría». Cfr. *Tratado de la posesión*, trad. española, pág. 17 y nuestro trabajo «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión», en la *Revista de Derecho Privado*, 388-389 (1949), página 631 y ss.

ángulo desde donde se contemple: «*Possessio, dum capitur pro acquisitione, est factum non ius... Possessio autem, postquam iam est adquisita, et perfecta, ius esse*».

Comparemos ahora este concepto y su nuevo aditamento con el concepto preclásico de la *possessio* y saltará a nuestra vista la diferencia notable que los separa: precisamente los casos más numerosos, más importantes y socialmente relevantes, eran casos de *possessio* revocable; en los que no se tenía el *animus rem sibi habendi* o al menos no se perseguía la propiedad de manera inmediata. Se poseía mientras el *pater* toleraba el uso, o «*dum populus senatusque vellet*» (34).

Y entrando de lleno en la época clásica, en la de Quinto Mucio Scaevola a Paulo, la *possessio* aparece como una relación de hecho, como la que nos presentan COVARRUBIAS, SAVIGNY o BONFANTE, a quienes aludimos al iniciar estas páginas, concepto que indica una dominación de hecho en la cual se tiene una cosa con la intención de poseerla uno por sí y disponer de ella sin límite alguno en el tiempo, al modo de dueño: señorío de hecho, con defensa interdictal, apto para transformarse, cuando se den ciertos requisitos, en señorío jurídico, mediante la usucapión (35).

Expuesto el concepto, fijémonos en la nueva terminología: Al *habere, possidere, uti, frui*, de la época anterior (36), sustituyen ahora las voces *tenere, detinere, morari in fundo, esse in proedio, esse in possessione, possidere corpore, possessio naturalis*, etc.

Una nota esencial del concepto de posesión de esta época clásica debe llamar poderosamente nuestra atención: la *possessio* es un supuesto fáctico, un concepto de hecho, un hecho. Mediante el *ius postliminii*, el ciudadano romano que hubiera caído prisionero del enemigo en una guerra, si lograba evadirse y tornar a Roma, recobraba sus antiguos

(34) BURDESE: *Studi sull'ager publicus*, Turin 1952, 111 y ss.

(35) Cfr. ALBERTARIO: *Studi.*, loc. cit.

(36) Es fácil inferir que el nuevo concepto de *possessio* no compagina con el simple *usus fructus* preclásico,

derechos, pero no la *possessio*, porque ésta era un hecho. Por la adición de la herencia *omnia iura ad heredem transeunt*, todos los derechos pasan al heredero, pero no adquiere la posesión simplemente por aquel acto. El *dominus* en Roma, en cambio, no podía adquirir derechos por medio de otra persona —la representación en principio no fué admitida— y sin embargo, podía adquirir mediante *procurator* la *possessio*, porque, en definitiva no es un derecho. (37)

### EPOCA POSTCLASICA, ROMA- NO-HELENA Y JUSTINIANEA

Al finalizar la época clásica y en los albores del siglo III después de C., nuevos sucesos políticos van a cambiar la faz jurídica de Roma. Con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (*Constitutio Antoniniana* del año 212) desaparecen las distinciones personales de latinos y ciudadanos: todos los hombres que no sean dediticios o esclavos adquieren personalidad jurídica, y para todos vale el *ius civile*, que antes había sido monopolio *civium romanorum*. Parece natural que al allanarse aquellas diferencias entre las personas, desaparecieran, al ser reguladas por un mismo Derecho, las distinciones entre fundos itálicos y fundos provinciales, y así como al final de la época preclásica los *possessores* del *ager publicus* devienen en propietarios de aquellos campos, al terminar la época clásica la «*possessio*» de los fundos tributarios o estipendiarios se transforma

---

(37) Sobre estos puntos, muy interesantes, ALBERTARIO: *Postliminio e possesso*, en *Studia et documenta*, VI (1940) 384 y ss. BUCKLAND, W: *The main institutions of roman private law*. Cambridge, (1931), 104 y ss. Vid. *Un nuevo estudio sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en la *Revista de Derecho privado*, 388-389 (1949) 631 y ss., donde nos ocupamos con mayor detalle de este aspecto en el Derecho romano y español vigente. KASER, *Eigentum*, cit. pág. 361, en confirmación de cuanto dejamos expuesto, nos dice: «...Als ein selbständiges Recht haben noch die Klassiker die *possessio* in keiner ihrer Erscheinungsformen anerkannt», y en la pág. 362 insiste diciendo: «Von einem *ius possessionis* in rechtlicher Bedeutung haben die Klassiker offenbar noch nicht gesprochen».

en «*proprietas*», concepto económico social en que desemboca el viejo y caduco de *dominum ex iure quiritium*.

Por virtud de este desplazamiento, el terreno afectado de *possessio* se reduce muy considerablemente. Entonces comienza a surgir una nueva modalidad posesoria, a la que aludimos anteriormente: al lado de los poseedores que tienen la cosa de *buena fe*, de los titulares de la *possessio* que sobrevive de la época antecedente, que se convertirán en dueños por su buena fe y que hallan defensa en los interdictos, al lado, decimos, de esta posesión, aparece el hecho consistente en la mera tenencia de una cosa sin justo título, ni buena fe: la *detentación*.

La posesión es un señorío de hecho llamado a convertirse, mediante la usucapión, en señorío jurídico. La detentación no puede llegar a propiedad, hasta que por obra de Justiniano y a través de la *praescriptio longissimi temporis* se halló el expediente capaz, en determinados casos, de transformar en derecho de propiedad aquel simple hecho consistente en la mera tenencia material de un objeto, sin más, que no podía ser considerada como posesión: *non posse eum intelligi possessorem, qui, licet corpore teneat, super iure possessionis vacilet an dubitet* (38).

Con esto, junto a la *possessio iure* aparece una *possessio corpore*, pero en las Pandectas la diferenciación parte de un criterio de buena fe, que tanto estudia Covarrubias: *potest dividi possessionum genus in duas species, ut possideatur aut bona fide, aut non bona fide*. Esta última posesión de *malta fe*, equivale, en muchos casos, a la detentación.

Al advenimiento del Cristianismo, como religión de Estado, un hálito espiritual comenzó a informar la vida en todas sus múltiples manifestaciones. Una Moral nueva se extiende por Roma y por su imperio: la doctrina patrística deja sentir su influjo en las letras y aquel sentido espiritual

---

(38) C. 7, 32, 10. Estudia COVARRUBIAS, la distinción posesión civil-posesión natural y los problemas de la buena fe en su obra, *Possessor*, cit. pars. sec. 6: *Explicit bonae fidei significationem, tam in tractatu de praescriptionibus, quam in materia de contractibus bonae fidei*. Vid. 7, 8 y 9.

de la vida cristiana tiene sus manifestaciones en las leyes: Constantino y Teodosio legislan en favor de la Iglesia naciente y ésta en sus Concilios y enseñanzas difunde las esencias de Cristianismo impregnando de buena fe y fraternal armonía las relaciones entre los hombres. Así se comprende que cobre tanta importancia en la *possessio* este elemento espiritual que se traduce por COVARRUBIAS mediante la expresión «*animus dominantis*», que más tarde dirá SAVIGNY con aire de originalidad *animus domini* y BONFANTE *animus possidendi* (39)

De aquí se deriva también aquella animadversión de los glosadores, postglosadores y pandectistas a admitir la prescripción basada en una posesión de mala fe, prescripción que COVARRUBIAS denomina odiosa, pues νομής γάρ μή ὑποκειμενης, οὐ προσάγεται usucapion. νομή δέ ἐστὶ φυγή δεσπόζοντος νέμεσθαι (40): Sin verdadera posesión no procede la usucapición y se entiende que posee, aquél que tiene la cosa con ánimo de dueño, y añaden estas palabras que glosará COVARRUBIAS: Διαφορὰ δὲ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὐτῇ, ὅτι κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ φυγῆ δεσπόζοντος κατέχειν.

(39) ALBERTARIO dice: «L'animus domini, l'espressione adoperata dal SAVIGNY per indicare l'elemento spirituale del possesso, é di marca giustinianica; l'animus possidendi l'espressione adoperata dal BONFANTE, é di marca clásica». Ob. cit. Vol. II, 130. La expresión de COVARRUBIAS *animus dominantis* traduce perfectamente la griega φυγή δεσπόζοντος.

(40) *Paraphrasis*, 2, 9, 4. A este respecto explica COVARRUBIAS (obra cit. 2, 2, 4) siguiendo a TEOFILO, por qué no puede usucapir el usufructuario: «Cur usufructuarius usucapere non potest. Primum, quia non possidet: *Est enim possessio, animo dominantis possidere*», expresión que, como luego veremos, traduce exactamente la definición contenida en las Basilicas, 50, 2, 61. Cfr. infra n. 42. Y leemos también en COVARRUBIAS: *Possessor*, cit. pars. sec. 12: De interpretatione praescriptionis agit, praescriptum de ea, quae ob malam fidem procedit: «...Non procedit nec currit praescriptio, quoties ob malam fidem similcmve causam non incipit nec incipere potest...» 4.—«Nunc de civili interruptione agendum est... Praescriptionem quandam esse in odium tamen negligentis inductam: ut est ea, quae mala fide in iure Caesariano admittitur ex triginta annorum... Praescriptio mere odiosa, quae mala fide procedit ob segnitatem, ac negligentiam alterius sola citatione interruptitur».

«Si diligentemente examinamos las palabras de Teófilo, nos dice COVARRUBIAS, observaremos que «*possessionem in hoc a detentatione differre: Tenere sit naturaliter detinere, possidere sit animo domini detinere*»:

La diferencia entre tener (detentación) y poseer (posesión), es ésta: que detentar es tener físicamente una cosa, poseer es tenerla con ánimo de dueño, siendo por consiguiente la nota que diferencia la posesión de la detentación la *ψυχὴ δεσπόζοντος*, frase equivalente al *animus dominantis*. Por eso, si existen dos géneros de posesión, la de *buena fe* (*possessio* en sentido estricto), y la de *mala fe*, equivalente a la detentación o tenencia simple desprovista de la *ψυχὴ δεσπόζοντος* y sólo aquella es base a la usucapión, parece que no es muy consecuente el legislador al instituir la *praescriptio longissimi temporis*. Y en torno a este tema se producen acañoradas discusiones. (41)

Conviene, como hemos procedido en épocas anteriores, determinar el concepto de posesión con la mayor precisión posible, para que resalte más su evolución histórica y la definición que leemos en las Basílicas nos dice que «*νομή ἐστὶ ψυχὴ δεσπόζοντος κατοχῆ*» (42): «Posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de dueño».

Esta definición ya nos coloca en trance de excluir de la categoría de poseedores al precarista, al secuestratario,

(41) ALBERTARIO: Ob. cit. ROTONDI: Ob. cit. RUFFINI: *Actio spolia*, Turin, 1889, 81, que hace notar que no debe confundirse la *ψυχὴ δεσπόζοντος* con el *animus possidendi* clásico, porque los Bizantinos lo aplican solamente a aquellos poseedores de buena fe, que precisamente por ser poseedores de buena fe, pueden usucapir. TEOFILO identifica en *Paraphrasis* 2, 9, 4, la *possessio* sin la *ψυχὴ δεσπόζοντος*, con la *possessio male fidei*. Vid. BONFANTE: *Note a Windscheid*, V, 345.

COVARRUBIAS en su citada obra, (sec. 11), después de valorar las razones en pro y en contra de la prescripción de treinta años, o *longissimi temporis*, se muestra contrario a su admisión en Castilla, así en el Derecho Real, como en el Canónico, con estas categóricas palabras: «...*Quamobrem illud opinor certissimum esse, et ita quidem in praxi servandum fore in utroque foro, nulla praescriptio, nec in redbus, nec in personibus (actionibus), cum mala fide admittatur*».

(42) Bas. 50, 2, 61.

y al acreedor pignoraticio, cuyas situaciones sobre la cosa habíamos calificado de posesiones residuales de la época preclásica en la clásica, y así leemos en el Digesto (43): «*Is qui pignore accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione, licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident*». Y esta «opinión domini», decimos, es la nota diferencial entre posesión y detentación, razón por la cual son detentadores en lo sucesivo y no poseedores, el precarista, secuestratario y todo el que tenga materialmente una cosa sin la *ψυχὴ δεσπόζοντος*, creencia fundada de que se tiene a manera de dueño. (44)

Tomando por base esa definición tan vaga como imprecisa y teniendo en cuenta la enorme importancia de la posesión, no extrañará que a partir de esta época la cálida poiesis de los comentaristas, glosadores y postglosadores elaboraran en un continuo tejer y destejer sobre el concepto, la más intrincada doctrina, plagada de controversias, vanas unas veces, improcedentes otras, que, a fuer de sinceros, reconocemos han tenido su repercusión, como es innegable que la tuvo el Derecho romano, en las legislaciones vigentes y sobre todo en la práctica torense, pues sabido es que la labor pandectística consistió preponderantemente en adaptar las viejas disposiciones romanas al momento vivido en los últimos siglos bajo la vigencia de aquel Derecho de Pandectas, remanente glorioso de un conjunto de normas que aún en nuestros días no se resigna a pasar a la Historia. (45)

(43) D. 9, 4, 22, 1. PAULO. Sin duda interpolado desde *licet*.

(44) Sobre la terminología posesoria puede verse: ALBERTARIO: *Appunti per una critica sulla terminologia del possesso*. Pavía, 1915: G. Roton-di: *Possessio quae animo retinetur*. En el BIDR. 30 (1921) 131, Seritti, 3, 233 y ss. y sobre la evolución del concepto de la posesión en esta época, puede verse también ARANGIO RUIZ: *Instituciones*, 4.ª edición, 206. BONFANTE: *Instituciones*, pág. 466.

Hemos de advertir que Covarrubias posee el griego, pues cita frecuentemente pasajes de las *Novelas* en este idioma, e interpreta filológicamente determinadas voces latinas de procedencia griega. Cfr.: Ob. cit. pars. prima, initium.

(45) La importancia actual del Derecho romano es innegable, pues si

En consecuencia podemos resaltar los siguientes puntos:

1.º El *usus*, que precede cronológicamente a la *possessio*, según revela la terminología de las fuentes más antiguas, significa una situación respecto a una cosa, susceptible de utilización singular, que permite a una persona utilizarla públicamente y en concurrencia con otros. No es originariamente privativo, sino que puede coexistir con un uso igual de otra persona, según la naturaleza del objeto.

2.º El hecho de excluir a las demás personas del uso común y público de una cosa, durante un determinado tiempo, adquiere tal relevancia jurídica, que permite al que ejerce tal «*usus*» privativo, —*reliquis ab earum usu exclusis*— fundamentar en dicha situación una pretensión frente a la comunidad, situación que ya las XII Tablas invistieron de autoridad suficiente, para que pueda devenir aquel *usus* —de hecho— en una situación de derecho: *auctoritas*, poder pleno sobre una cosa.

3.º La *possessio* como situación de poder de hecho de una persona respecto a una cosa —según lo confirma la misma etimología bonfantiana de la palabra, y aún otras etimologías menos aceptadas— surge como una modalidad situacional emanante del *usus*, y diferenciándose de éste, por su contenido *económico privado*. El *possessor* subtrae, de traer del uso de la comunidad la cosa que le rinde un inmediato beneficio económico, no siendo compatible este uso privativo, con el de otras personas simultáneamente, pues como situación de hecho, tiene en su esencia una nota de exclusividad, que permite explicar por qué el Derecho romano no admitió jamás la coposesión, como la reguló y confirmó, por ejemplo, el Derecho germánico.

4.º La posesión clásica romana tiene, además de un marcado carácter de hecho, la característica de ser una si-

---

bien como Derecho positivo vigente sólo tiene en nuestra Patria categoría de supletorio en Cataluña, sus principios informan las más modernas legislaciones y son imprescindibles gran parte de los conceptos elaborados por aquella jurisprudencia clásica y aún los de las demás épocas. Puede verse en este sentido URSICINO ALVAREZ: *Horizonte actual del Derecho romano*: Madrid, 1944, parte primera.

tuación que se da exclusivamente sobre cosas, y de modo *'transitorio*. La *transitoriedad* es nota de extraordinaria relevancia en el concepto clásico de posesión, pues, o cesa, como situación más débil frente a otra de derecho real, o se consolida a través de la usucapión, que exige períodos de tiempo breves. No es, por tanto, la posesión clásica un derecho real sobre una cosa, y como situación de hecho ha de concurrir en ella la circunstancia de *no lesividad* de derechos ajenos, aspecto éste que va a ser desdoblado en época posterior, en los requisitos de *animus, bona fides* y *titulus*, y por virtud de tales «condicionalidades», se va a otorgar una consideración jurídica superior a la *situación de hecho*, en tal manera que vendrá a ser equiparada a un *derecho*. Es el juego de palabras *factum-ius*, que aparece en la compilación justiniana, que enturbia la visión clara del concepto clásico, más técnico y simple a la vez.

5.º Pensando sobre aquella definición en que tanta importancia se concede al *animus*, pareció lógico anotar que tanto en la adquisición como en la pérdida de la posesión jugará éste la carta principal: De aquí se derivó la doctrina sobre el *animus possidendi* y el *corpus possessionis* y las teorías sobre la conservación de la posesión con el sólo *ánimo*, basada en aquella nueva regla que dice: *Possessio animo retinetur ex omnibus prediis ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus*; (46) la de la posesión del ausente, la del esclavo, la de representación en la adquisición de la posesión, la que versa sobre la expoliación, etc. y otras que estudia con la debida detención y claridad COVARRUBIAS.

6.º Importa resaltar que de esta época y como secuela del Derecho romano-heleno o bizantino, son la distinción entre posesión natural, *σωματική νομή*, *ψυσική νομή* y posesión civil, con las consecuencias derivadas de esta distinción.

7.º Que son fruto de la obra interpoladora llevada a cabo en estos siglos, raras caricaturas deformadoras de

---

(46) Dig 43, 16, 1, 25. Contra la teoría que admite el *animus*, defendida por ROTONDI, RATTE, etc. se alza ahora AMIRANTE, *Captivitas et postliminium*, Nápoles, 1950, pág. 180 y ss.

las figuras de contornos claros y elegantes y contenido preciso de la época clásica, como aquella que admite la posibilidad de una *possessio duorum vel plurium in solidum*, cuando la posesión del uno fuese justa y la del otro injusta, (47) planteando problemas nuevos sobre la posesión del *captivus*, del *dominus* ausente, etc.

8.º La mayor deformación del concepto de posesión, al aplicar el nombre de esta figura jurídica al ejercicio de hecho de cualquier derecho real.

9.º Llega a indicar la permanencia de hecho en un determinado estado, de libertad, de esclavitud; etc., posesión de estado civil (de hijo legítimo, etc.).

10. Al lado de la *possessio* se yergue la figura de la *quasipossessio*, para salvar con un aditamento fonético la prohibición que decía: «*Possideri possunt quae sunt corporalia* (48), *non intelligitur possideri ius incorporale* (49). Y esta *quasi-possessio* ha de ser fecunda en consecuencias y, sobre todo en controversias. Se aplica preponderantemente a las servidumbres, a los llamados derechos incorporales y por virtud de este *quasi*, aparece también al lado de la prescripción de cosas materiales, la *quasi praescriptio* de derechos, de acciones, etc.

11. Abundando en esta espiritualización de los conceptos, comienzan a surgir *actiones* útiles, al lado de las reales o directas, y se habla de un *interdictum utile* e *interdictum directum*.

(47) Así por ejemplo en el Dig. 43, 26, 15, 4 se lee: «*Placet autem penes utrumque esse cum hominem, qui precario datus esset penes cum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit anima possessione*». Aparece aquí una gran diferencia entre el Derecho justinianeo y el clásico. Un estudio completo sobre este punto nos ofrece hoy LEVY: *West Roman Law. The law of property*, Filadelfia, 1951, pág. 23 y ss. 70 y ss., donde nos viene a decir que el concepto de posesión en el Derecho romano vulgar llega a asumir un significado de tal amplitud que comprende la propiedad, los derechos reales análogos y el usufructo, hasta tal punto de llegar a ser considerada la *possessio* como una forma externa, de comprobación y de uso.

(48) Dig. 41, 2, 3, pr.

(49) Dig. 41, 3, 4, 27.

12. Muy pronto el dominio, que había sido concebido como prototipo de derecho real, absoluto, unitario, se divide también y surgen las distinciones de *dominium utile* y *dominium directum*; y he aquí otra abundante fuente de teorías, interpolaciones, y controversias: ¿La posesión que sirve de base a la usucapión, conduce al dominio útil? ¿Al directo? ¿A un dominio pleno? ¿No se puede prescribir el dominio escindido? (50).

Y así, en la manera que el Derecho romano extendía su campo de acción por el mundo medieval, las interpolaciones, las glosas y los comentarios se sucedían ininterrumpidamente, convirtiendo en intrincada manigua, aquel transparente Derecho clásico, con adiciones que sólo investigaciones profundas logran aclarar, produciendo fecundas obras, que aportan soluciones meditadas con esmero y elaboradas bajo el influjo de una savia eminentemente vivificante y justa.

MANUEL IGLESIAS CUBRÍA,

CATEDRÁTICO  
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

---

(50) COVARRUBIAS; en la última parte de su citada obra plantea y da solución, adecuada a sus tiempos, entre otros a los siguientes problemas: «An ex praescriptione acquiritur dominium utile, vel directum. Usucapionem triennale a longi temporis praescriptione perperam distingui quoad dominii directi, vel utilis acquisitionem. Praescriptio, an det ius proprietatis praescribenti, et an ipse habeat rei proprietatem. Dominus directus, an possit impedire confiscationem rei praescriptae ob delictum praescribentis?...», etc., etc.