

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de esta investigación es la *possessio*, en concreto su origen en la Roma preclásica y su desarrollo en el derecho romano clásico. La *possessio* es una institución jurídica que surge en la Roma antigua en un contexto y con características muy diversas a la posesión que se configuró, con un cierto grado de abstracción, hasta finales de la época clásica.

Sin embargo, la poca claridad de su origen, aunado al nivel de desarrollo abstracto alcanzado hasta Paulo, en el siglo III d. C., hacen que los juristas se inclinen a estudiar a la posesión cuando ésta ha adquirido los rasgos y elementos del derecho tardío clásico, pues de este momento histórico han llegado hasta nuestros días una mayor cantidad de fuentes.

Como resultado de ello, se incurre muchas veces en un anacronismo, pues se atribuyen o presuponen características tardías a la posesión primigenia. Estas características, a través de estudios importantes de romanistas de los últimos dos siglos, demuestran que, en estricto sentido, tampoco pertenecen a la posesión de la época clásica central, y la ubican en la etapa posterior, es decir, en la clásica tardía (siglo III d. C.). Por ello, también se producen una serie de contradicciones internas en el concepto de *possessio*, pues al surgir como un poder *de facto* ciertos efectos no son compatibles a la posesión que se va configurando como un derecho en la época posclásica.

Al reconstruir una teoría sobre el origen de la *possessio* nos enfrentamos a una gran cantidad de problemas. Como ya comentamos, uno de los más fuertes es la falta de fuentes jurídicas preclásicas que nos refieran, de manera más o menos clara, cómo surgió la posesión y cómo se desarrolló durante sus primeros siglos de vida.

Al fallarnos las fuentes jurídicas preclásicas debemos recurrir a otro tipo de fuentes que nos permitan formarnos una idea del fenómeno que queremos conocer. Éstas son las fuentes literarias e históricas, pero no debemos perder de vista que las mismas nos otorgan información contextual y periférica, la cual debemos interpretar y tomar las partes relevantes en el aspecto jurídico en cuestión. Además de rescatar el aspecto jurídico, debemos tener cuidado de no confundir el significado que la institución tenía para los romanos comunes del que tenía para los que van construyendo el derecho téc-

nicamente y quienes lo interpretan, es decir, desde el rey, los pontífices, los magistrados y, finalmente, los jurisprudentes.

Por un lado, estas fuentes también tienen una serie de problemas, pues sólo tenemos referencias fragmentarias y, en algunos puntos, contradictorias sobre la realidad histórica de la Roma arcaica que, además, son referencias presentadas por historiadores como Catón el Viejo, Tito Livio, Plutarco, Apiano, Dionisio de Halicarnaso, Plinio,¹ por mencionar algunos, que escribieron en siglos posteriores a los eventos relatados sin que medie certeza sobre sus fuentes. Por otro lado, su historiografía era más moralizante y menos rigurosa que la historiografía griega de Tucídides,² por ejemplo, quien se basa en testimonios, dando un sustento racional y rigor metodológico a la historiografía.

En este sentido, nos encontramos ante la imposibilidad de separar qué elementos forman parte del fenómeno relatado y qué elementos son condicionantes del relator. Es decir, es difícil determinar si el fenómeno relatado, que sucedió en la primera parte del surgimiento de Roma, ocurrió, de manera más o menos objetiva, como lo refieren los historiadores o si son las categorías cognitivas, políticas e ideológicas del historiador las que dan significado a los hechos. En otras palabras, es complicado establecer si el historiador, al referirse a la *possessio* preclásica, lo hace con los contenidos preclásicos o con la concepción que de la posesión se tenía en el momento del relato del historiador.

La *possessio* romana en su origen consiste en un fenómeno o poder fáctico, de carácter político-sacro, más que jurídico. Se trata de un poder fáctico que se tiene sobre una parte de las tierras conquistadas al enemigo. En la etapa monárquica de Rómulo y Numa, cualquier territorio conquistado se adhería al romano, considerándose como dominio del rey, quien después de llevar a cabo los cultos a los dioses de los *Termini* disponía de una parte, otor-

¹ Sobre estos historiadores y sus obras, véanse Mazza, M., *Storia e ideologia in Tito Livio*, Catania, 1966; Cocchia, E., *Tito Livio e Polibio innanzi alla critica storica*, Turín, 1892; Vollgraff, J. C., *Greek Writers of Roman History: Some Reflections Upon the Authorities Used by Plutarch and Appianus*, Leiden, 1880; Gabba, E., *Appiano e la storia delle guerre civili*, Florencia, 1956; Gabba, E., *Dionysius and the History of Archaic Rome*, Berkeley-Los Ángeles, 1991.

² La historiografía griega permeo la cultura romana con posterioridad a la primera Guerra Púnica (264-241 a. C.), que es cuando surge la necesidad de escribir la historia romana con objetivos de propaganda política y afirmación nacional. Los primeros historiadores romanos de los que tenemos referencia indirecta son Q. Fabio Pictor (segunda mitad del siglo III a. C.; Liv. 1. 44; Dion. Hal. 1. 6; Cic. *de orat.* 2. 51); L. Cincio Alimento (sus datos biográficos se encuentran en Dion. Hal. 1. 6. 2; 1. 74. 1; Liv. 21. 38. 3; 26. 23. 1; 26. 28. 11; 27. 5. 1-2; 27. 7. 15-16; 29. 20. 11), Postumio Albinio (siglo II a. C. Pretor en el 180 a. C. y cónsul en el 173 a. C. Véanse, además, Liv. 40. 35; 40. 39; 40. 44; 40. 47-50; Polyb. 39. 1. 1; Plut. *Cato Maior*, 12. 5).

gándola en propiedad privada, mientras que otra era dejada en uso común y, finalmente, otra parte era dejada en *possessio* a particulares, seguidores del monarca,³ a través de una concesión *sui generis*.

Ya en la República, las tierras conquistadas que no eran entregadas en propiedad privada se encontraban bajo el *dominium* del *populus Romanus*. De todas ellas, unas eran destinadas al uso común y otras, en cambio, al uso privado de ciudadanos romanos. Las últimas eran denominadas *ager publicus*. *Possidere* y *possessor* son términos utilizados en las fuentes republicanas siempre con respecto a un uso amplio del *ager publicus*.

La vinculación entre *possessio* y *ager publicus* es de tal importancia en esta primera etapa, como se puede observar en las fuentes antiguas, que refieren una monopolización de las tierras por la elite patricia, por medio de la *gens*. Esta monopolización, en un primer plano, es resultado del apoderamiento directo, posterior a la conquista. La monopolización gentilicia fue sustituida posteriormente por una elite de ricos, a la que también pertenecían las familias ricas plebeyas.

Es en este punto donde la posesión también se vincula con otros fenómenos muy importantes en la historia de Roma: los conflictos sociales entre patricios y plebeyos, desarrollados alrededor de dicha monopolización, y la historia agraria romana.

De cualquier forma, muchos aspectos sobre la posesión han sido altamente debatidos, como son los relativos al significado etimológico de *possessio*; al carácter o naturaleza de la posesión en la temprana República; si podían poseer sólo los ciudadanos romanos o también sus aliados; si de la posesión se derivaba algún derecho y, si es así, con respecto de quién se ejercía; cómo se podía tutelar la posesión; qué naturaleza tenía dicha tutela; cómo se transforma la posesión en el último siglo de la República; cómo se desarrolla la institución jurídica en el derecho romano clásico; cómo se vincula la posesión con la propiedad; cómo se va llevando a cabo el proceso en el que el aspecto jurídico va primando sobre el fáctico, concibiéndose un *ius possessionis*, y en qué momento se configura. Esta investigación trata de dar respuesta a estas cuestiones desde una perspectiva del derecho romano, pero tomando en cuenta aspectos históricos y literarios donde los documentos jurídicos son deficientes.

La *possessio* es un tema que ha apasionado a importantes juristas a lo largo de los tiempos, siendo en el siglo XIX cuando Friedrich Carl von Savigny crea una obra que ha sido el parteaguas en la teoría de la posesión roma-

³ En la Monarquía consideramos que no es posible todavía hablar de un ciudadano romano, pues dicho concepto no estaba claro. Ello no implica negar un sentido de pertenencia de grupo.

na: *Das Recht des Besizes. Eine zivilistische Abhandlung*, en 1803. En esta obra, Savigny toma como base tanto las obras de los glosadores y comentaristas como las de los sistematizadores anteriores. La misma obra no escapa a una gran variedad de críticas justificadas e injustificadas, que no hacen más que destacar su importancia.

Por su parte, en los estudios históricos, en 1811 ve la luz la primera parte de una obra maestra de la historia romana: *Römische Geschichte*, de Barthold Georg Niebuhr, cuya segunda y tercera parte aparecieron en 1812 y 1832, respectivamente. A Niebuhr le pertenecen varias tesis relacionadas con la posesión. En primer lugar, considera que en su origen la posesión consistía en un precario sobre *ager publicus*. Asimismo, las leyes agrarias estaban dirigidas a terminar con el monopolio del *ager publicus* de la elite adinerada. Por otro lado, en la época antigua, *usus* se utiliza con el significado de *possessio*, haciendo una marcada separación entre *usus fructus* y *fructus*, siendo imprescindible en la discusión sobre la naturaleza de la posesión en la Roma arcaica. Estamos de acuerdo con estas tesis; sin embargo, no presentan sustento suficiente para respaldarlas. Quizá sea porque se presuponía que las fuentes históricas eran claras.

En lo que respecta al estudio del significado etimológico, son imprescindibles los estudios de Jacob Grimm, *Das Wort des Besizes*, en *Kleine Schriften* de 1850.

Éstos son los tres pilares en los que se desarrolla la teoría de la posesión a lo largo del siglo XIX y XX, sobre los cuales se han elaborado grandes obras, tanto corrigiendo y ampliando sus postulados como atacándolos.

Nosotros partimos de Savigny, Niebuhr, Grimm y las diversas teorías que se fueron desarrollando posteriormente por otros grandes romanistas, como Riccobono, Bonfante, Rotondi, Zancan, Bozza, Albertario, Burdese, Cannata, Tibiletti, Nicosia, Falcone, por mencionar a algunos.

Para contestar las preguntas referentes a la *possessio* en las épocas monárquica y republicana, en el capítulo primero llevamos a cabo un estudio sobre las obras más antiguas que contenían el término *possessio* o sus relativos, tanto en el ámbito literario —Nevio, Plauto, Terencio y Accio— como en el histórico —Catón el Viejo, *De origine*— y jurídico —las leyes y otras fuentes de derecho preclásicas—. En este punto, nos encontramos ante la predominante presencia de la utilización del verbo hasta inicios del siglo I a. C., lo que nos lleva a hipotetizar en una formulación tardía del término abstracto *possessio*.

Asimismo, nos dimos a la tarea de buscar si en este tiempo había otra institución jurídica que sustancialmente se pareciera a la *possessio* de la época clásica, observando que entre el *usus* y la *possessio* existía una relación de similitud —la primera en el ámbito del derecho privado y la segunda en el públi-

co—, lo que nos llevó a pensar que ambos términos están semánticamente asociados en el derecho romano, considerándose la *possessio* como el uso del *ager publicus*, en sentido amplio.

Por ello, fue necesario indagar y profundizar acerca del objeto sobre el cual recaía la posesión en esta primera etapa: *ager publicus*. Nos enfocamos en averiguar qué era el *ager publicus*, cuál era su situación jurídica con relación al *populus Romanus* y con relación al particular que lo recibía en un cierto tipo de concesión, cómo había evolucionado, si se otorgaba en concesión todo el *ager publicus* y si todas las concesiones que se realizaban del mismo eran iguales o si había tipos diferentes y en qué consistían cada uno de ellos.

Para ello, recurrimos a los relatos de Tito Livio, Plutarco, Apiano, Dionisio de Halicarnaso, Plinio, por destacar los más importantes, tratando de encontrar los rasgos primordiales que lo conforman. Esta labor fue compleja, debido a una gran cantidad de contradicciones en los mismos. Estimamos como datos más objetivos aquellos en los que los historiadores convergían, argumentando las razones que consideramos fuertes para respaldar nuestra adscripción a una u otra de las afirmaciones de los historiadores, cuando tenían posturas contrarias.

Después de vislumbrar con cierta claridad cómo se concebía la *possessio* hasta el siglo I a. C., fue importante observar que la misma se configura de manera muy diferente a partir de la *lex Agraria* de 111 a. C., pues la misma ley privatiza o, mejor dicho, vuelve privatizable el *ager publicus* sobre el que, anteriormente, sólo se podría ejercer la posesión.

Este proceso fue iniciado por las reformas de los hermanos Tiberio y Cayo Graco, tribunos de la plebe en 133 y 123-2 a. C., respectivamente. No obstante, ha sido discutido si dichas reformas fueron las primeras que concebían la necesidad de satisfacer las exigencias de un pueblo empobrecido, que no pedían en ningún momento que se les distribuyeran porciones de *ager publicus* en posesión, sino que se les otorgaran en propiedad privada. Por otra parte, también se discute hasta qué punto fueron efectivas dichas reformas o si la efectividad llegó con las leyes agrarias posgracanas, en específico con la *lex Agraria* del 111 a. C.

De cualquier forma, gran parte de las tierras públicas que aún no habían sido asignadas fueron privatizadas por Lucio Cornelio Sila, durante su dictadura, y se utilizaron para acomodar a los veteranos. Por lo tanto, podemos decir que, con Sila, el *ager publicus populi romani* apto para la agricultura desaparece. De esta manera, permanecieron solamente los fundos públicos designados para pastura y los que pertenecían a los municipios.

Por lo anterior, el paso de la posesión de un ámbito político a otro de derecho privado hace que el fenómeno se complejice. Producto de este paso,

los mismos juristas, desde el último siglo de la República, se preocupan por construir una figura de la posesión coherente con las nuevas características privatistas. Sin embargo, se enfrentan con los antiguos casos de posesión, los cuales siguen siendo considerados como tales, aun después de haber perdido la importancia que tenían (posesión del precarista, del acreedor pignoraticio, del secuestrario). Ahí es cuando los antiguos casos de posesión son incompatibles o irreconciliables con la nueva consideración jurídica del viejo fenómeno político.

Por esta razón, la posesión comienza una segunda etapa, en la cual adquiere una connotación de derecho privado, manteniendo aún el carácter fáctico, que estaba destinado a debilitarse cuando su importancia jurídica aumentara.

Así, se desarrolla la posesión, en este periodo de la jurisprudencia romana, que comprende desde el jurisprudente Quinto Mucio Escévola (140-82 a. C.) hasta Paulo (siglo III d. C.), como una relación de dominación de hecho en la que se tiene una cosa con la intención de poseerla para sí y de disponer de ella como lo haría el propietario.

La contraposición de la vieja *possessio* con la nueva figura privada hace que se produzca una rica casuística en el derecho romano clásico, donde la discusión se centra en aquellos casos en los que el poder físico que el poseedor tiene sobre la cosa falla, se interrumpe, no se realiza de manera personal o, en general, no era claro, o la presuposición de la intención de poseerla para sí, por lo que los juristas evidencian otras particularidades que permiten que la posesión se siga considerando como tal: la *ratio* o *causa utilitatis* y el *animus revertendi*.

En el capítulo segundo analizamos la definición etimológica de *possessio*, su naturaleza, cómo se configura, para así pasar a las diferentes teorías que a partir del siglo XIX han reconstruido la posesión romana. Es importante señalar que nos limitamos hasta el periodo del derecho romano clásico tardío. Es en esta parte donde tomamos como punto de partida las aportaciones de Savigny y Grimm.

Aunque el término *possessio* por sí solo es suficiente para referir el fenómeno que estamos tratando, en razón también de la rica casuística que se va presentando en el derecho romano clásico y la intención de hacer coherentes los antiguos casos de posesión con la nueva realidad teorizada, se requirió que el término se calificara para crear categorías (*bonae fidei-mala fidei; iusta-iniusta; ex iusta causa-ex iniusta causa; naturalis-civilis-ad interdicta; pro suo-pro alieno; animo-corpore*) que incluyeran los diversos casos que se presentaban y, de entre los diversos casos, determinar a cuáles se les otorgaba tutela jurídica.

En este sentido, en el tercero y último capítulo estudiaremos las diversas calificaciones de la posesión en la época clásica, calificaciones que la pandectística y los romanistas actuales han intentado explicar lógicamente con el objeto de salvar las irreconciliables diferencias que se presentan entre la *possessio* previa a la *lex Agraria* epigráfica y la que se produce con posterioridad, de carácter privado.

Dichos casos se analizan en forma dialéctica, a través de la contraposición de cualidades posesorias: *possessio bonae fidei* y *possessio malae fidei*, *possessio iusta* y *possessio iniusta*, *possessio ex iusta causa* y *possessio ex iniusta causa*, *possessio naturalis* y *possessio civilis*, *possessio pro suo* y *possessio pro alieno*, *possessio animo* y *possessio corpore*.