

CAPÍTULO TERCERO

LA INSERCIÓN DE CATEGORÍAS CALIFICADORAS PARA ADAPTAR LA POSESIÓN REPUBLICANA, DE CARÁCTER PÚBLICO, A LA NUEVA REALIDAD JURÍDICA CLÁSICA, DE DERECHO PRIVADO

I. INTRODUCCIÓN

El término *possessio* por sí sólo es suficiente para referir al fenómeno que aquí se estudia. Sin embargo, la rica casuística del derecho romano requirió que el término se calificara para referir a los diversos casos que se presentaban.

En este sentido, como ya hemos analizado, el término *detentio* es reciente, puesto que no existía un término para referirse al simple señorío físico. Es así como los romanos para aludir a esta cuestión meramente fáctica utilizaron la aposición con el objeto de especificar el caso,⁶⁸⁵ como en *possessio corpore, corporalís esse in possessione, esse in fundo, sed non possidere*, etcétera.

Por otra parte, como bien lo señalan Bonfante y Albertario, se presenta otra antítesis entre *possessio ad usucapionem* y *possessio ad interdicta*.⁶⁸⁶ Esta antítesis tiene la característica de ser moderna, creada con el objeto de diferenciar la situación posesoria que tienen el deudor pignorante y el acreedor pignoraticio, poseedores anómalos. En este caso, los juristas romanos refieren solamente a la *possessio ad usucapionem* con relación a la posesión que tiene el deudor pignorante, pero no hacen alusión a la *possessio ad interdicta*. El acreedor pignoraticio posee *ad reliquas omnes causas*.⁶⁸⁷

Los casos que se presentan en derecho romano clásico son los siguientes: *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*. Todos estos los analizaremos a continuación.

⁶⁸⁵ Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, cit., pp. 205 y ss.; Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, cit., pp. 104 y ss.

⁶⁸⁶ *Possessio ad interdicta* es una expresión que no se tiene en las fuentes. Corresponde a la posesión propiamente dicha.

⁶⁸⁷ D. 41. 3. 16 (Iav. 4 ex Plaut.): *Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit.*

II. *POSSESSIO BONAE FIDEI* Y *POSSESSIO MALAE FIDEI*

Parecería más correcto iniciar hablando de mala fe o dolo, el concepto opuesto de buena fe, puesto que es de éste del que hablan las fuentes más antiguas (*XII Tablas*, 8. 21: *Serv. ad Aen.* 6. 609: *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto —fraus—*).⁶⁸⁸ Sin embargo, iniciaremos por el concepto que constituye el principio de comportamiento al que se le atribuye un valor positivo.

Cuando se habla de la *bonae fidei*,⁶⁸⁹ surgen una serie de cuestiones que requieren ser respondidas, con el objeto de poder así observar su importancia en la posesión. Algunas de estas cuestiones son las siguientes: ¿qué es la *bonae fidei*?, ¿cuál es su carácter (naturaleza)?, ¿cuáles son sus efectos jurídicos?, ¿si produce los efectos jurídicos de manera autónoma?, ¿es requerido el elemento de la *bonae fidei* en todos los casos de la posesión o sólo en algunos, y cuáles son estos casos?

Respondiendo a la primera cuestión, se puede decir que durante el siglo XIX se desarrolló una discusión muy interesante en torno a la determinación de la naturaleza de la buena fe como un fenómeno ético o psicológico (influenciado por la teoría del error). Esta discusión se dio con el objeto de explicar aquellos casos en los que, en cierto sentido, se prima la buena fe sobre la *iusta causa possessionis*; es decir, aquellos casos en los que el adquirente actúa de buena fe, pensando que se convierte en propietario, pero existen ciertas circunstancias que ignora o que conoce erróneamente, que no le permiten adquirir la propiedad; sin embargo, debido a que actuaron con buena fe, pueden usucapir. En este sentido, fue preciso determinar la participación de dicha ignorancia o error, como algunos la tratan. Los romanistas que participaron de manera fructífera en dicha dialéctica son los siguientes:

— Scheurl.⁶⁹⁰

— Wächter.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Traducción: “Si un patrono cometiese fraude <en contra de su> cliente, que sea execrable —fraude—”.

⁶⁸⁹ Sobre un relato histórico de la *fides*, véase Frezza, P., “*Fides Buona*”, *Studi sulla buona fede*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 3 y ss.

⁶⁹⁰ Scheurl, A., *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts*, II, 1854, p. 29. Scheurl fue el primero en considerar a la buena fe como un fenómeno meramente ético.

⁶⁹¹ Wächter, C. G. von, *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig, 1871, pp. 50 y ss. Parte de aceptar la noción de *bonae fidei* de Schirmer y Windscheid, en el sentido de que la buena fe se basa en la creencia de que no se afecta al propietario. Sin embargo, su aportación principal consiste en aclarar que la buena fe del poseedor se basa en una creencia, *i. e.*, en un hecho del espíritu (psicológico). Cuando esta creencia es falsa (aquí interviene la teoría del error), puede influenciar la buena fe. Es aquí donde surge la pregunta de cómo el error puede influenciar la buena fe. Wächter adscribe la teoría savigniana del error, que dife-

- Bruns.⁶⁹²
- Pernice.⁶⁹³
- Bonfante.⁶⁹⁴

rencia entre dos tipos de error: el error que es motivo determinante del acto (*Bestimmungsgrund*, que corresponde al error propio de Savigny —*echte Irrthum*—) y el error que es la señal de reconocimiento, en el que se reconoce que falta la voluntad (*Erkenntnisgrund*, que corresponde al error impropio —*unechte Irrthum*—). El error que constituye la base de la buena fe es el error impropio, que anula siempre el acto y evita que se produzcan sus efectos, porque la voluntad es un requisito esencial, y en este error falta la voluntad. Este error refleja, contrario a las apariencias, que no se quiere y, más en concreto, que el poseedor no quiere apropiarse de la cosa de otro, *i. e.*, no se quiere actuar de *mala fides*, sino de *bona fides*. Para la existencia de esta última no importa en nada que el error sea excusable o inexcusable, puesto que no cambia la existencia del hecho. En otras palabras, hay buena fe, independientemente de la excusabilidad o inexcusabilidad del error. Sin embargo, es la eficacia de la buena fe la que está condicionada a la excusabilidad del error (según la teoría del error). Por otro lado, Wächter observa en derecho romano —que, dicho sea de paso, no distingue entre error propio o impropio, sino entre error de derecho y de hecho—, aun cuando el error —que es la esencia de la buena fe— sea inexcusable, no se impide la usucapición (se excluyen los casos de *furtum* y la responsabilidad del poseedor que actúa de mala fe: *I. 2. 6. 5; D. 41. 1. 36* [Iul. 13 *dig.*]; *D. 5. 3. 25. 6* [Ulp. 15 *ad ed.*]). Por último, considera que la buena fe en las relaciones contractuales es diferente a la buena fe en los derechos reales. Para más sobre estos argumentos, véanse Wächter, C. G. von, *Die bona fides insbesondere...*, *cit.*, pp. 14 y ss.; Savigny, F. C. von, *System des Heutigen Römischen Rechts*, III, Berlín, 1840, § 115, p. 111, y § 135 y ss., pp. 263 y ss.; XII Beil. und. bes., pp. 441 y ss.

⁶⁹² Bruns, C. G., *Die bona fides bei der Ersitzung*, Berlín, 1872, pp. 71-96. Considera que la buena fe puede concebirse de dos formas: como un elemento psicológico (hecho del espíritu, *i. e.*, convicción, opinión, creencia) o como un fenómeno ético (honestidad, rectitud en el comportamiento). En derecho romano, la buena fe se configura como un fenómeno exclusivamente ético, de alto contenido moral. Por esta razón, en caso de que exista un error inexcusable, éste destruye la buena fe, siendo imposible la usucapición. Sostiene que la *bona fides* es idéntica en todas las relaciones jurídicas en las que se presenta; en conclusión, se comporta de igual manera tanto en las relaciones contractuales como en la posesión (*usucapio*), en la *hereditatis petitio* y con respecto a la responsabilidad en los actos ilícitos (como el *furtum*).

⁶⁹³ Para Pernice, la buena fe se compone tanto de un elemento ético como de otro intelectual. Pero el elemento intelectual prevalece en la mayoría de los juristas romanos, a excepción de Pomponio (quien es el primero que resalta el elemento moral). Reconoce que es el elemento moral el que impide la producción de efectos jurídicos (el conocimiento de vicios en los actos de adquisición no impide la usucapición: *F. V. 1; D. 9. 4. 28* [Afric. 6 *quest.*]; *D. 41. 1. 8* [Paul. 65 *ad ed.*]; *D. 41. 3. 13. 2* [Paul. 5 *ad Plaut.*]; *D. 41. 4. 2. 8* [Paul. 54 *ad ed.*]). Considera que, en términos prácticos, si existe una duda en cuanto a que el *error iuris* constituya mala fe, éste impide la usucapición. En términos generales, la buena fe se presume, pasando al adversario la carga de la prueba, que implicaría excluir la buena fe a través de la producción de circunstancias concretas y demostrables (*D. 41. 4. 8* [Iul. 2 *ex min.*]; *D. 41. 4. 4. pr.* [Iav. 2 *doc. de Plaut.*]; *D. 41. 4. 14* [Scaev. 25 *dig.*]; *D. 41. 2. 26* [Pomp. 26 *ad Q. Muc.*]; *C. 3. 32, 17 y C. 8. 44. 30* [Diocleciano]). Rechaza la teoría del error excusable e inexcusable, por no ser romana, puesto que los romanos distinguían sólo entre error de hecho y de derecho. Véase Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, *cit.*, pp. 459 y ss.

⁶⁹⁴ Bonfante parte de la tesis de que la *bona fides* es un hecho ético, no alterado por el derecho, en cualquier relación que asuma. En consecuencia, el presupuesto de un hecho ético

De acuerdo con Bonfante, la buena fe parte de la esfera ética, puesto que es un principio de comportamiento ético.⁶⁹⁵ Sin embargo, no se queda ahí, ya que trasciende a la esfera jurídica civil de los romanos en el mismo momento en que es considerado un principio de comportamiento en el ámbito del derecho, pues sus consecuencias dejan de ser meramente morales —o al menos no son esas las consecuencias que aquí interesan— y pasan a ser parte de las normas jurídicas que regulan la conducta de los romanos. En este sentido, producen consecuencias jurídicas —que en este caso son la posibilidad de usucapir, adquirir los frutos, etcétera— y es el estudio de estas últimas lo relevante en el ámbito de derecho.

Como podemos observar, la buena fe funciona como una gran cantidad de principios éticos que son adoptados y transformados por el derecho como jurídicos. Es un mínimo ético exigido de conducta social, puesto que no se les pide a los adquirentes de la posesión que tengan la certeza absoluta de que el acto jurídico que realizan es conforme a derecho, sino que se les solicita que actúen de tal manera que su voluntad esté dirigida a no causar un daño al otro. Es decir, en la realización de los actos jurídicos se debe observar una conducta acorde con lo que el derecho dicta, a fin de producir las consecuencias jurídicas relativas al acto que se realiza. En específico, en la adquisición de la posesión no se debe dañar al dueño o al antiguo poseedor, sino simplemente actuar con la honestidad necesaria que implique la ausencia de dolo.⁶⁹⁶

es siempre la acción (comportamiento exterior) o el pensamiento (hecho psicológico que se traduce en una creencia). Por esta razón, la *bona fides* tiene como presupuesto, para producir los efectos de la usucapición, el hecho psicológico, *i. e.*, el error (raramente la acción o el comportamiento exterior del sujeto). Según el autor en comento, si en algún momento concurren ambos elementos (comportamiento exterior y hecho psicológico), no prevalece uno sobre el otro y tampoco se puede concebir una oposición de éstos en dos momentos diferentes, como si uno fuera la causa y otro el efecto. La buena fe se mide por la conciencia popular, y dentro de la sociedad romana significa la ausencia de mala fe, de dolo. Cuando el error es el sustrato de la buena fe, no importa si es excusable o no, pues la excusabilidad no cambia la buena fe. Sólo en casos especiales la excusabilidad llega a constituir un requisito de la usucapición, pero su relación con la buena fe es extrínseco, no orgánico, y no se ha creado una buena fe civil en referencia a la posesión *ad usucapionem*. *Cfr.* Bonfante, P., “Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell’errore”, *BIDR*, Roma, VI, 1893, pp. 85-118.

⁶⁹⁵ Pero se requiere hacer un deslinde: la *bona fides* no es un hecho ético, sino un principio de comportamiento humano. La existencia de dicho principio podría llamarse un hecho ético.

⁶⁹⁶ En caso de que actúen con dolo —sinónimo de mala fe—, no sólo no se producirían las consecuencias jurídicas que se pretende, sino que además podrían traer aparejadas otras consecuencias, como la consideración de que se ha incurrido en *furtum*. Al respecto, véase Fagnoli, I., *Ricerca in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milán, 2006.

Por ello, se concibe que la posesión de buena fe es aquella que se basa en la creencia del poseedor de haberse convertido en el propietario de la cosa (en la ignorancia de las circunstancias que impidieron la adquisición de la propiedad); trata la cosa como si fuera propia, o con la intención de devenir propietario de ésta, sin tener conocimiento de que sus actos traen aparejado un daño al dueño o al antiguo poseedor. Este último es el elemento determinante de la buena fe, porque incluso, como ya se comentó, se puede dar el caso en el que una persona posea de buena fe un bien ajeno, pensando que es propio, lo cual no impide que lleve a cabo la usucapión.⁶⁹⁷

Cuando dicha creencia es falsa, se incurre en un error,⁶⁹⁸ y aquí es donde surge otro problema: determinar cuál es la relación entre el error y la buena fe, tema que será objeto de estudio en otro momento.

Como bien lo señala Wächter, en el derecho romano, que el error sea excusable, no importa a efectos de la buena fe, la cual permanece igual. Sin embargo, para producir los efectos de la *bona fides* es importante, en detrimento de la *iusta causa usucapionis*, que el error sea excusable (de hecho). Lo anterior es un requisito independiente para que se lleve a cabo la usucapión, pero no está vinculado orgánicamente con la buena fe, sino que tiene una relación extrínseca.

En sentido contrario, posee de *mala fide*⁶⁹⁹ quien tiene el bien con la consciencia de que daña el derecho de otro. Para referir a este tipo de *possessio* se utiliza el aforismo *possideo quia possideo*.⁷⁰⁰

La posesión de buena fe produce consecuencias jurídicas mientras dura, puesto que si se pierde la posesión de la cosa por accidente, no existe acción que la proteja y, por consiguiente, cesan las consecuencias jurídicas.⁷⁰¹

Es importante aclarar que la buena fe no produce consecuencias jurídicas por sí sola, de manera independiente, sino en cuanto tiene aparejada una causa justificativa (*iusta causa*). En otras palabras, la posesión de buena fe tiene efectos jurídicos cuando reúne los requisitos que conducen a la usuca-

⁶⁹⁷ D. 24. 1. 25 (Terent. 5 *ad leg. Iul. El. Pap.*); D. 41. 6. 3 (Pomp. 24 *ad Q. Muc.*); Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, 1900, 8 Auf. I Band, § 176, pp. 809 y ss.

⁶⁹⁸ Sobre la teoría del error, véase Savigny, F. C. von, *System des Heutigen Römischen Rechts*, III, Berlín, 1840, §§ 115, 135 y ss., pp. 263 y ss.; App. XII, especialmente pp. 441 y ss.; App. XXXIV. Es necesario tener presente que la jurisprudencia romana sólo diferenciaba entre error de hecho y error de derecho.

⁶⁹⁹ D. 5. 3. 20. 11 (Ulp. 15 *ad ed.*): “*Petitam autem hereditatem*” et cetera: *id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor...*; D. 5. 3. 12 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit “quia possideo” nec contendet se heredem vel per mendacium*; D. 5. 3. 25. 7 (Ulp. 15 *ad ed.*): *...quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam.*

⁷⁰⁰ Traducción: “Poseo porque poseo”.

⁷⁰¹ I. 4. 6. 4.

pión: la buena fe, la *iusta causa possidendi* y la ausencia de vicios en el objeto. La consecuencia más importante de la buena fe es la usucapión.⁷⁰² La buena fe, aunada a la *iusta causa*, se exige en todos aquellos casos en los que es el propietario quien transmite la cosa.

Sin embargo, se suscita un problema cuando se está frente aquellos casos en los que se transmite una cosa ajena y/o falla la *iusta causa* (debido a un error de derecho o de hecho), y aun así se admite la posibilidad de usucapir por parte del poseedor,⁷⁰³ como se verá adelante.

La buena fe del poseedor es muy valorada en derecho romano, incluso como verdad, como se observa en Paulo:

D. 50. 17. 136 (18 ad ed.): *Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*⁷⁰⁴

En este sentido, al poseedor de buena fe se le extienden las ventajas que se otorgan con la propiedad.⁷⁰⁵ Con respecto de terceros, se considera como un verdadero derecho, pues a finales de la República se concede la *actio Publiciana*⁷⁰⁶ para proteger la posesión en contra de cualquier ilegítimo detentor. Se puede ejercitar, incluso, contra el mismo propietario.

⁷⁰² Gai. 2. 43: *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint eae res siue nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse; I. 2. 6. pr.: Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide... aliae qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent...*

⁷⁰³ Otros autores que analizan algunos de estos pasajes tan problemáticos son los siguientes: Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, cit., p. 316, n. 6; Mayer-Maly, Th., *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Granz-Köln, 1962, pp. 62 y ss.; Hausmaninger, H., *Die bona fides der Ersitzungsbesitzer im klassischen römischen Recht*, Viena-Múnich, 1964, pp. 49 y ss.; Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 354 y ss. (se limita a citar el paso de Pomponio); Jakobs, H. H., "Error falsae causae", *Festschrift W. Flume*, 1, Colonia, 1978, pp. 47 y ss.; Vacca, L., "Derelictio" e acquisto della "res pro derelicto habitae". *Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milán, 1984, p. 99, n. 14; Vacca, L., "«Iusta causa» e «bona fides» nell' «usucapio» romana a proposito del titolo «pro suo»", *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 4, Nápoles, 1984, pp. 1959 y ss.; Flume, W., "Die iusta causa traditionis und usucapionis", *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-Múnich-Viena-Zúrich, 1990, pp. 59 y ss.; Cannata, C. A., "Atto giuridico e rapporto giuridico", *SDHI*, 57, 1991, p. 47; Müller-Ehlen, M., *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schulde und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien, 1998, pp. 76 y ss.

⁷⁰⁴ Traducción: "La buena fe proporciona exactamente tanto como la verdad al poseedor, siempre que la ley no sea un impedimento".

⁷⁰⁵ Brinz, A. von, *Zum Rechte der bonae fidei possessio*, Múnich, 1875, pp. 73 y ss.; Dernburg, H., *Pandekten I*, Berlín, 1894, p. 457, § 194.

⁷⁰⁶ La acción Publiciana en Gayo (4. 36) puede ser ejercitada por el poseedor de buena fe (y con justa causa) que ha perdido la posesión del bien antes de usucapirlo (es decir, antes del

Únicamente, en este estricto sentido se le considera como derecho, y se le trata como derecho, al lado de los otros derechos sobre las cosas, como la propiedad. La existencia de la *actio Publiciana* es suficiente para demostrar este carácter.

Por lo anterior, a la posesión de buena fe se le aplican, extensivamente, las normas que regulan la propiedad, en lo relativo a la adquisición, la pérdida, las prohibiciones de la transmisión, etcétera. Los romanos claramente la consideran entre las cosas *quae nostri patrimonii sunt*⁷⁰⁷ y los calculan *in bonis*.⁷⁰⁸

Además, si se entabla un juicio reivindicatorio o de petición de herencia contra el poseedor de buena fe, éste es tratado con más consideraciones y beneficios que el poseedor de mala fe.⁷⁰⁹ Otras consecuencias jurídicas importantes son que se permite la adquisición de frutos, se tiene el derecho al reembolso de los gastos y de las mejoras en contra del mismo propietario, entre otras.⁷¹⁰

La buena fe, al lado de la *iusta causa*, no siempre jugó un papel importante para producir la usucapión. En la época preclásica bastaba con que se llevara a cabo una posesión que no hubiera sido producto de *furtum*,⁷¹¹ sin importar la causa, puesto que sólo se exigía un único requisito para que fuera posible

año en bienes muebles y antes de los dos años en bienes inmuebles) y, por la imposibilidad de ejercitar acción civil alguna, se finge que el poseedor ya ha llevado a cabo la usucapión y, por ello, es tratado como si fuera el propietario, según el derecho quirritario. La fórmula versa como sigue: *IVDEX ESTO. SI QVEM HOMINEM AVLVS AGERIVS EMIT ET IS EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM HOMINEM, DE QVO AGITVR, EIVS EX IVRE QVIRITIVM ESSE PORTERET ET RELIQUA*. Esta acción data del siglo I a. C. *cf.* Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, I, *cit.*, p. 402.

Sobre el tema, véanse también Montel, A., *Il possesso di buona fede*, Padua, 1935; Harnier, R., *De probatione bonae fidei in praescriptionibus*, Cassel, 1841; Hildenbrand, C., *De bona fide propria debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria*, Múnaco, 1843; Stintzing, J. A. R. von, *Das Wesen von bona fides und titulus...*, *cit.*

⁷⁰⁷ D. 10. 2. 10 (Ulp. 19 *ad ed.*): *item praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel superficiaria: nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.*

⁷⁰⁸ D. 50. 16. 49 (Ulp. 19 *ad ed.*): *“Bonorum” appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.*

⁷⁰⁹ Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, *cit.*, §§ 193 y ss., pp. 874 y ss.; Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, III, Frankfurt, 1901, §§ 612 y ss., pp. 504 y ss.

⁷¹⁰ Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 207; Albertario, E., *La responsabilità del bonae fidei possessor fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti*, Roma, 1913; Buchenau, A., *Rechtliche Natur des Fruchterwerbs des redlichen Besitzers*, Diss. Gotinga, 1889.

⁷¹¹ Gayo refiere que este principio de inusucapibilidad de las cosas furtivas se contenía en las *XII Tablas*. *Cfr.* Gai. 2. 45, Tabla 8. 17; Gai. 2. 49. Las *Instituciones de Justiniano*, además de las *XII Tablas*, refieren también a la *lex Atinia* (197 a. C.); *cf.* I. 2. 6. 2.

la usucapión, como se puede observar en los modelos antiguos de usucapión —la *usureceptio* y la *usucapio pro herede*—. ⁷¹² Posteriormente, se desarrolló una especificación en los vicios de la posesión ⁷¹³ y el concepto de la *iusta possessio*, concibiéndose como aquella posesión que está exenta de dichos vicios.

En el periodo clásico, los elementos de esta contraposición se encontraban en el mismo plano, lo cual cambia totalmente con la codificación justinianea. En el periodo posclásico, la *possessio malae fidei* se configura como una posesión degradada, ya que es puesta en el mismo plano que la detentación, al ser referida con los mismos términos (*possessio naturalis* o *possessio corporalis*); ⁷¹⁴ además, se lleva a cabo una confusión de dos momentos (el momento de la toma de la posesión y el momento de la adquisición verdadera o aparente del dominio) en las enajenaciones ordinarias. ⁷¹⁵

Por otro lado, sobre la cuestión de si la buena fe puede producir la usucapión por sí sola o requiere siempre de la *iusta causa*, es una cuestión que sigue siendo debatida, en aquellos casos en los que se transmite una cosa ajena y/o falla la *iusta causa* (debido a un error de derecho o de hecho), y aun así se admite la posibilidad de usucapir por parte del poseedor.

Todo esto se debe a la existencia de varios textos contradictorios. Por una parte, hay textos que reconocen la buena fe del poseedor en caso de error de derecho (inexcusable) y que, además, reconocen la producción de consecuencias jurídicas, es decir, la usucapión se puede llevar a cabo de manera efectiva. ⁷¹⁶

D. 41. 10. 5. 1 (Ner. 5 membr.): Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. [quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstat, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est]. ⁷¹⁷

⁷¹² Cfr. *supra* capítulo primero, V, 1.

⁷¹³ Violencia, clandestinidad y precariedad.

⁷¹⁴ Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, cit., p. 107.

⁷¹⁵ Esta confusión ha contribuido en el derecho moderno a crear una idea trastornada del justo título y de la buena fe inicial.

⁷¹⁶ Se excluyen, por supuesto, los casos de *furtum* y aquellos en los que haya una responsabilidad inherente al poseedor de mala fe.

⁷¹⁷ Se ha discutido largamente sobre la interpolación de este texto. Aquí se considera que la interpolación se encuentra en [*quod- fin*]. En el mismo sentido, véanse Alibrandi, I., *Opere giuridiche e storiche del prof. Ilario Alibrandi. Raccolte e pubblicate a cura della Accademia di conferenze storico-giuridiche*, I, Roma, 1896, p. 313; Rabel, E., *Grünzüge des römischen Privatrechts*, Múnich, 1915, p. 441, n. 2; Bonfante, P., *Scritti giuridici varii*, 2: *Proprietà e servitù*, Turín, 1926, p. 679. Traducción: “pero eso, lo que alguno poseyese creyendo suyo, lo usucapirá, aunque haya sido falsa su creencia. Sin embargo, debe interpretarse de tal manera que un error probable por

D. 41. 10. 3 (Pomp. 22 ad Sab.): *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quia si nescio, verius est, ut usucapiam [; quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam]. Et ita Neratius scripsit idque verum puto.*⁷¹⁸

D. 41. 1. 36 (Iul. 13 dig.): *Cum in corpus quidem quod [traditur] <mancipatur> consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit [traditio] <mancipatio>, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum [tradam] <mancipem>, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*⁷¹⁹

D. 24. 1. 25 (Terent. Clem. 5 ad leg. Iul. Et. Pap., alrededor de la mitad del siglo II d. C.):⁷²⁰ *Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. Nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intellegenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest.*⁷²¹

parte del poseedor no impida la usucapición, como si poseyera alguna <cosa> porque falsamente creyera que la compró mi esclavo o el de a quien he sucedido por derecho hereditario, pues el error es tolerable basado en la ignorancia de hechos ajenos”.

⁷¹⁸ Se tiene por interpolado este texto en el mismo sentido que Pernice (*Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 401) y Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 660, n. 1). Por otro lado, Albertario considera que la interpolación corre desde [*quia si- fin*] (*Corso di diritto romano...*, cit., p. 129). De cualquier modo, la interpolación no afecta nuestra interpretación, en el sentido de que el texto es claro al admitir la usucapición del poseedor de buena fe. *Cfr. infra* n. 40. Traducción: “me entregaste un esclavo que falsamente considerabas que me debías por estipulación. Si yo supiese que nada me debieses, no lo usucapiré; porque no lo sé, es más cierto que <lo> usucapiré; porque la misma entrega por una causa que considero que es verdadera es suficiente para producir que yo posea aquello que se me entregó como si fuese mío. Y así escribí <lo> Neracio y yo <lo> considero verdadero”.

⁷¹⁹ Sobre la interpolación de los términos *traditur*, *traditio* y *tradam*, y la más correcta utilización en los tiempos de Juliano de *mancipatur*, *mancipatio* y *mancipem*, véanse Lenel, O., “*Quellenforschung in den Edictcommentaren*”, *ZSS*, 3, 1882, p. 178; Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 674, n. 1. Traducción: “Cuando concordamos con respecto a la cosa que se entrega (se mancipa), pero disentimos sobre las causas, no advierto por qué sería ineficaz la entrega (mancipación). Así, por ejemplo, si yo creyera que por testamento estaba obligado a entregarte <mi> fundo y tú consideras que te lo debo por estipulación. Pues si yo te entregara dinero cantante por una donación y tú lo recibieras acreditándolo, es evidente que la propiedad pasa a ti y que no es impedimento que estemos en desacuerdo sobre la causa de dar y recibir”.

⁷²⁰ En el mismo sentido se pronuncia Pomponio; *cf. D. 41. 6. 3* (Pomp. 24 ad *Q. Muc.*): *Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere.*

⁷²¹ Traducción: “pero también si en un matrimonio estable hubiera sido donada una cosa ajena por el marido a su esposa, se debe decir al instante que la esposa es admitida a la usu-

Gai. 2. 50:⁷²² ...*item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens uendiderit aut donauerit, furtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur. aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*⁷²³

D. 41. 4. 11 (Afric. 7 quaest.): *Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: [nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur].*⁷²⁴

D. 5. 3. 25. 6 (Ulp. 15 ad ed.): *Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videatur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret.*⁷²⁵

D. 41. 3. 48 (Paul. 2 manual.): *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.*⁷²⁶

capión de <la cosa>, porque si no había sido donada por causa de muerte, no se impedirá la usucapión. Pues el derecho establecido <se> refiere a las donaciones por las cuales la mujer <se> enriquece y el marido empobrece en sus cosas. Y así, aunque intervenga la donación por causa de muerte, se debe entender como si hubiese sido hecho entre personas extrañas en <caso> de <una> cosa que, porque es ajena, puede ser usucapida”.

⁷²² Sobre la misma base de Gayo están los siguientes textos: *I. 2. 6. 4-6; D. 41. 3. 36. 1 (2 rer. cott. sive aur.)*.

⁷²³ Traducción: “Asimismo, si alguien a quien pertenece el usufructo de una esclava, creyendo que el parto también es suyo, lo ha vendido o donado, no comete hurto; pues el hurto no se comete sin la intención de robar. También puede suceder de otros modos <como> que alguien transfiera una cosa ajena a otra persona sin el vicio del hurto y haga posible que sea adquirida por usucapión por el poseedor”.

⁷²⁴ Alibrandi, I., *Opere giuridiche e storiche del prof. Ilario Alibrandi...*, cit., I, p. 313; Rabel, E., *Grünzüge des römischen Privatrechts*, cit., p. 441, n. 2; Bonfante, P., *Scritti giuridici varii*, 2, cit., pp. 527, n. 1, y 679. Traducción: “Lo que vulgarmente se ha transmitido <acerca de> que el que cree que compró algo y no lo hubiese comprado, no puede usucapirlo como <si fuese> comprador, <se> dice que es verdadero sólo si el comprador no tuviera alguna justa causa de su error; pues si acaso un esclavo o un procurador, a quien se le había mandado a comprar la cosa, le hubiera persuadido de que la compró y así se la hubiera entregado, es verdad que siga la usucapión”.

⁷²⁵ Traducción: “¿Parece que sabe que no <le> pertenece <n> <los bienes> sólo quien sabe el hecho, o también quien ha cometido un error en el derecho? Pues pensé que el testamento estaba hecho correctamente, cuando era inválido: o cuando otro agnado más cercano lo precedía, él pensaba que debía ser preferido. Y no pienso que sea un usurpador quien carece de mala fe, aunque <hubiese cometido un> error en el derecho”.

⁷²⁶ Alrededor de este texto se ha desarrollado una amplia discusión sobre la cuestión de por qué no se puede usucapir *pro soluto* en el caso de la compraventa. Esta discusión se puede

Algunos de estos textos se encuentran interpolados; sin embargo, las interpolaciones no obstruyen nuestro objetivo de reconstruir y observar la importancia de la buena fe para producir la usucapión. La excusabilidad o la inexcusabilidad del error que constituya la buena fe no impide la usucapión. La buena fe se exige con el objeto de producir la usucapión, pero no la produce por sí sola. Aun cuando en estos casos no se puede hablar de una *iusta causa*, en estricto sentido, existe la convicción justificada de varias circunstancias objetivas que llevan al poseedor a creerse propietario, esto es, una *iusta causa* putativa o, como se denomina en la romanística, “título putativo”.

Parece ser Neracio el creador de esta teoría del título putativo,⁷²⁷ pues es el primer que coloca a la buena fe como fundamento de la usucapión.⁷²⁸ Siguiendo a Neracio, el título putativo es aquella causa o título que el tradente y el poseedor adquirente consideran que existe, aunque estén en el error, pero ese error no le impide al poseedor usucapir: *Hominem, quem ex stipulatione*

observar en Bonfante, P., *Scritti giuridici varií*, 2, *cit.*, pp. 577 y ss., especialmente pp. 595 y ss. El texto, lógicamente, no es considerado genuino; sin embargo, para efectos de contemplar a la teoría del título putativo, las interpolaciones consideradas no interfieren en nuestra interpretación, pues no parecen afectar la primera parte donde claramente se observa que Paulo estima que la creencia de la existencia de una obligación por la cual el tradente entrega una cosa al *accipiens* es compartida por ambos sujetos (*iusta causa* putativa, título putativo). En consecuencia, se puede seguir la usucapión. *Cfr.* Rabel, E., *Grünzüge des römischen Privatrechts*, *cit.*, p. 446, n. 1; Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, p. 661, n. 1; Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, Turín, 1946, p. 293, n. 1; Schulz, F., “Heinrich Lange, Das Kausale Element im Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 52, 1932, p. 548. Traducción: “Si creyendo que te debía entregar <una cosa>, sigue la usucapión sólo si tú también creyeras que <te> la debía. Otro <asunto sería> si yo pensara que quedaba obligado por causa de venta y por esto <la> entregara, pues en ese caso, si no precediese la venta, no tiene lugar la usucapión como <si fuese> comprador. La causa de la diversidad está en que en las demás causas se toma en consideración el momento de la solución y no importa que cuando estipulo sepa que es ajeno o no: es suficiente con que piense que es tuyo cuando pagas. Sin embargo, en la compra se considera tanto al tiempo del contrato como al del pago. Y quien no compra, no puede usucapir como si fuese comprador ni como si hubiese pagado, como en los demás contratos”.

⁷²⁷ D. 41. 10. 5. 1 (Nerat. 5 *membranarum*): *Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet*, y en otro texto referido por Pomponio, en D. 41. 10. 3 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: [quod si- possideam]. Et ita Neratius scripsit idque verum puto.*

⁷²⁸ *Cfr.* Scarano Ussani, V., “Ermeneutica, diritto e «valori» in L. Nerazio Prisco”, *Labeo*, 23, 1977, pp. 150 y ss. Por su parte, Mittelsten Scheid (*Die Vorliebe des L. Neratius Priscus für das Subjektive*, Heidelberg, 1976 [Dissertation], pp. 224 y ss.) y Maifeld (*Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier, 1991, p. 122) son mucho más moderados. Por su parte, tanto Bonfante (*Scritti giuridici varií*, 2, *cit.*, p. 679) como Albertario (*Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 189) señalan simplemente que la teoría de la *iusta causa erroris* (*probabilis error, non levis praesumpti*) no podía haber sido creada por los compiladores, sino que la jurisprudencia clásica ya la conocía. En sentido contrario, Beseler (“Titulus putativus”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 45, 1925, pp. 225-229) sostiene que son los compiladores los primeros en admitir que la *iusta causa erroris* pudiera sustituir la *iusta causa* efectiva.

*te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi.*⁷²⁹ Africano las denomina *iustam causam eius errorem* (D. 41. 4. 11, 7 *quaest.*).

Indagar sobre el sentido original que la buena fe tenía en la posesión en estos momentos está fuera de nuestro alcance. Sin embargo, de acuerdo con las fuentes, es posible afirmar, *grosso modo*, que la buena fe fue muy importante para los jurisconsultos más antiguos, pues en la posesión de la primera etapa clásica se consideraba sólo la buena fe para usucapir; que ciertamente suponía la existencia de una *iusta causa*, sin que por ello significara que dicha *iusta causa* existiera efectivamente, o debiera existir de manera ineluctable.

De los textos antes mencionados, se puede concluir que la teoría del título putativo no encaja como tal dentro de una misma escuela (proculyana o sabiniana), puesto que Neracio, reconocido proculyano, parece ser el primero que antepone la buena fe para producir la usucapión. El mismo Pomponio lo refiere en ese sentido, y concuerda con él en sobreponer la buena fe al título verdadero (*iusta causa* efectiva).⁷³⁰ Esta teoría es sostenida por los juristas Juliano, Terencio Clemente (discípulo de Juliano), Gayo, Africano y, algunos textos hacen pensar que también, Ulpiano — todos estos son pertenecientes a la escuela sabiniana — y, por último, Paulo — proculyano —.

Al mismo tiempo, se presentaba una doctrina opuesta en la que se primaba la existencia de una *iusta causa* efectiva, un título verdadero. Los atisbos de ésta se atribuyen a Próculo⁷³¹ y tiene como defensor acérrimo a Celso.⁷³²

Se discrepa de Bonfante, cuando sostiene:

⁷²⁹ D. 41. 10. 3 (Pomp. 22 *ad Sab.*). Traducción: “Me entregaste a un esclavo, a quien creías falsamente que me debías por una estipulación”.

⁷³⁰ Albertario considera que, en el D. 41. 10. 3 de Pomponio, la referencia a Neracio también es un recurso de los compiladores y que hacen de Pomponio un secuaz de la doctrina de Neracio, que es la que ellos mismos adoptan como doctrina legislativa. Sin embargo, esta aseveración es un exceso, puesto que aun cuando se coincidiera con Albertario en que la interpolación corre desde [*quod si nescio- fin*], la primera parte del fragmento — que tanto Pernice, Perozzi, Albertario, etcétera, consideran genuina — es suficiente para observar que Pomponio sigue la doctrina de Neracio, al afirmar que quien recibe sabiendo que no le deben, *i. e.*, de mala fe, no puede usucapir lo recibido; en sentido contrario, se desprende lógicamente que, si recibo un esclavo de quien creía debérmelo por estipulación, y si yo también creo que me lo debía, puedo usucapirlo, al igual que considera Neracio. En este sentido, es genuina la referencia de Pomponio a Neracio, y su adscripción a la misma. Seguramente, los mismos compiladores se percataron que el primero en dar mayor importancia a la buena fe para usucapir fue Neracio. *Cfr. supra* n. 705.

⁷³¹ D. 23. 3. 67 (Proc. 7 *epist.*). Aun cuando está interpolado, se puede observar la idea de la importancia de una *iusta causa* efectiva. *Cfr. infra* capítulo tercero, IV.

⁷³² Esto se puede deducir a través de un texto de Ulpiano, donde refiere la oposición de Celso a aquellos que sostienen que quien ha alcanzado la posesión de buena fe de una cosa la puede usucapir. *Cfr. D. 41. 3. 27 (31 ad Sab.)*.

...io ritengo l'invasione progressiva di quelle ombre di giusta causa, che vano sotto il nome generico di titolo putativo, come una vera sostituzione progressiva della *bona fides* alla giusta causa: è la stessa *bona fides* che è applicata sempre più largamente a integrare la giusta causa e tende a esaurirla del tutto e usurparne il posto.⁷³³

En efecto, la buena fe no sustituye la *iusta causa*. Hay una *iusta causa* que se encuentra afectada por el error, pero eso no quiere decir que la buena fe se sustenta en una mera idea del poseedor, sino en una convicción justificada de varias circunstancias objetivas, como lo señalan las fuentes mencionadas. La *iusta causa* sigue siendo importante en los casos en los que es el propietario quien transmite el bien y en los que no falla la *iusta causa*. Sólo en aquellos casos en los que la *iusta causa* falla, se utiliza la buena fe como un recurso para suplir esa falla; sin embargo, en estos casos, la buena fe se sustenta en la creencia justificada —tomando la justificación como un elemento que objetiva— de la existencia efectiva de la *iusta causa* y, como consecuencia, esta última llega a ser considerada como un presupuesto de la buena fe, no como un elemento sustituido por la buena fe.⁷³⁴

En contra de Bonfante, también es importante señalar que, en el origen de la usucapión y durante la época preclásica, la buena fe es el único requisito para usucapir. La *iusta causa* adquiere importancia con posterioridad, mientras que la buena fe siempre la tuvo.

En conclusión, la excusabilidad del error influye en la usucapión, mas no en la buena fe. Ambos se configuran como requisitos independientes para poder usucapir. Cuando la *iusta causa* está viciada por un *probabilis error*,⁷³⁵ y se admite un título putativo, este último tiene que basarse al menos en un error excusable, para que se puedan producir las consecuencias de la usucapión, además de que exista una *iustam causam erroris*.

En sentido contrario, hay otros textos que niegan la usucapión en caso de error de derecho, inexcusable.⁷³⁶ Declaran de manera general que el error de derecho es útil para remover un daño o una pérdida, pero no en

⁷³³ Bonfante, P., “Essenza della bona fides...”, *op. cit.*, p. 115.

⁷³⁴ Si se contrastan los textos clásicos en los que se exige el requisito de la *iusta causa* con los textos bizantinos correspondientes, se puede ver que la *iusta causa* desaparece o se funde con la *bona fides*. Cfr. Rotondi, G., “Problemi giuridici in alcuni scoli di Teodoro Balsamone”, *RIL*, L, 1915, pp. 873 y 874.

⁷³⁵ D. 41. 10. 5. 1 (Ner. 5 membr.).

⁷³⁶ D. 22. 6. 4 (Pomp. 3 *ad Sab.*); D. 41. 3. 31 (Paulus — Pomponio — 32 *ad Sab.*); D. 41. 3. 32. 1 (Pomp. 32 *ad Sab.*); D. 41. 4. 2. 15 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41. 3. 44. 4 (Pap. 23 *quaest.*); D. 41. 4. 11 (Afr. 7 *quaest.*); D. 41. 10. 5 (Ner. 5 membr.).

los casos en los que se obtiene un provecho.⁷³⁷ A este último caso se refiere el error en el motivo determinante de la voluntad: el error propio. Dichos textos son objetables; sin embargo, ésa es otra materia para una investigación posterior.

La posesión de buena fe también fue muy importante para la *longi temporis praescriptio*, que surgió en la época de los severos para aquellos casos en los que no podía llevarse a cabo la usucapión, *i. e.*, para la adquisición de los fundos provinciales (*fundi stipendiarii vel tributarii*). Dicha institución, con Gordiano, asume los requisitos limitativos de la usucapión, produciendo los mismos efectos.

Otro de los efectos importantes de la buena fe consiste en el derecho a adquirir los frutos obtenidos durante el tiempo de la duración de ésta. Desde el derecho romano más antiguo, quien poseía un bien sin afectar la posesión de otro podía hacer suyos los frutos obtenidos de la cosa. La interpretación de las fuentes del periodo clásico parece mostrar cómo las normas que regulan la adquisición de los frutos son independientes a las normas que regulan la usucapión. Para adquirir la propiedad de los frutos no se requería la existencia de la buena fe sólo al momento de la adquisición de la posesión (buena fe inicial), sino que ésta se extendiera hasta el momento de la separación de los frutos.

Entre otros efectos, se encuentra que el poseedor de buena fe no tiene sólo el derecho al reembolso de los gastos necesarios (al igual que el poseedor de mala fe), sino que también a los gastos útiles. Asimismo, no responde del deterioro causado a la cosa.

III. POSSESSIO IUSTA Y POSSESSIO INIUSTA

Esta distinción es muy importante en la teoría de la posesión. Cuando se habla del uso del término *iusta* en la posesión, es claro observar que se utiliza de manera ambigua. Por un lado, *iusta* se utiliza para calificar aquella posesión que en su adquisición no está viciada de violencia, clandestinidad y precariedad (*vi, clam, precario*),⁷³⁸ en sentido contrario, *iniusta* es la que sí se encuentra viciada. Por otro lado, *iusta* tiene la función de dar un justo fundamento en

⁷³⁷ D. 22. 6. 7 (Pap. 19 *quaest.*) y D. 22. 6. 8 (Pap. 1 *definit.*).

⁷³⁸ La cláusula *vi, clam, precario* se contiene en la fórmula de los interdictos posesorios: *uti possidetis, utrobi, de vi non armata, de superficiebus, de itinere actuque privato, de aqua cotidiana et aestiva, de rivis, de fonte*, así como en la *praescriptio longi temporis*.

sentido jurídico. El concepto opuesto (*iniusta*) refiere la carencia de dicho fundamento jurídico, título o relación jurídica previa.⁷³⁹

Sin embargo, estos dos significados no son coincidentes el uno con el otro, puesto que se puede presentar una posesión adquirida sin vicios (*nec vi, nec clam, nec precario*), pero que no se encuentra fundada jurídicamente en un título o relación jurídica previa (causa civilmente reconocida). En este sentido, sería una posesión justa conforme al primer significado, pero injusta de acuerdo con el segundo. Éste sería el caso de la posesión del cónyuge donatario, la cual, aun cuando no esté viciada, es injusta porque es *ex iniusta causa*. Por otro lado, se pueden presentar casos con una posesión *ex iusta causa* —en el sentido de que existe un justo título con base en el cual se posee (una relación jurídica reconocida por el derecho) o en el sentido de *iusta causa usucapionis*—, pero que se encuentra viciada, por ejemplo, la posesión del precarista, la cual es una posesión justa porque se basa en *ex iusta causa possessionis*, pero también podría ser injusta desde la perspectiva de que está viciada de precariedad. Lo mismo sucede con la situación del acreedor pignoraticio.

Además, tomando en consideración otra situación que parece ser incoherente, es que la posesión del precarista es considerada *iusta* o *iniusta* dependiendo si se observa desde la perspectiva del verdadero poseedor (concedente) o de los terceros.⁷⁴⁰ Otra interpretación muy aceptada en el pasado consistía en distinguir en justa o injusta la posesión del precarista dependiendo si se consideraba antes o después de la revocación del precario.⁷⁴¹

Gran parte de la doctrina simplemente había señalado la existencia de dicha ambigüedad en las fuentes, sin buscar la razón o fondo de ésta.⁷⁴² Además, debido a la pluralidad de significados de *iusta possessio*, no pudieron llevar a cabo una categorización de ésta y optaron por considerar que el calificativo de *iusta* de la posesión se determinaba con relación al caso concreto y/o a los sujetos involucrados en el caso o controversia concreta. En otras

⁷³⁹ Como se observa en el caso de la *iusta traditionis causa* o, en general, el reconocimiento de una relación jurídica existente con el poseedor anterior, por ejemplo, en los casos del precarista y del acreedor pignoraticio.

⁷⁴⁰ Scialoja, V., “Il possesso del precarista”, *Studi giuridici e storici per l’VIII cent. dell’Univ. di Bologna*, Roma, 1888, p. 229, n. 4; Ferrini, C., *Manuale di Pandette, cit.*, p. 312, n. 1.

⁷⁴¹ Pasa algo muy interesante con esta tesis. No hay texto que señale que la posesión viciosa es injusta. Por otra parte, en una primera etapa del precario, si se revoca la concesión de la posesión, ésta se vuelve viciada. El concedente podía recuperar el fundo de dos formas: a través de la acción real o expulsar al precarista violentamente. El precarista era reconocido como poseedor, y tenía la tutela interdictal contra terceros; no obstante, con respecto del concedente, éste podía contrarrestar al interdicto con la *exceptio vitiosae possessioni*.

⁷⁴² Savigny, F. C. von, *Das Recht des Besitzes...*, cit., pp. 101 y ss.; Dernburg, H., *Pandekten I, cit.*, § 175, p. 412.

palabras, clarificando dicha postura, la “injusticia” de la posesión habría tenido relevancia sólo en las relaciones entre demandante y demandado, careciendo de toda importancia que la posesión pudiera ser *iniusta* con relación a terceros, que no participaban de la *litis*.

La tesis generalizada en el siglo XIX y principios del XX sostenía que la *iusta possessio* era preeminente y que se identificaba con la *possessio ex iusta causa*,⁷⁴³ en el sentido amplio, y que la *possessio vitiosa* era considerada una especie de injusto. También hay quienes consideran que la *iusta causa* corresponde a la *possessio civilis*.⁷⁴⁴

Según Suman, esta tesis podría ser cierta si se llegara a encontrar en las fuentes que la *vitiosa possessio* es *iniusta*, lo que no sucede así, puesto que en la mayoría de los pasajes se califica directamente como *iusta* la *possessio* que no está viciada por la furtividad, la clandestinidad o la temporalidad.⁷⁴⁵

Las investigaciones de Antonio Suman⁷⁴⁶ y Guido Donatuti⁷⁴⁷ han sido reveladoras en cuanto al tema de la *iusta e iniusta causa* en la posesión. Profundizan en el desarrollo histórico del concepto de *iusta possessio*, su significado y la antítesis *iusta possessio e iniusta possessio*. Independientemente de que cada uno lleva un desarrollo diverso, el profundo análisis exegético de las fuentes, que caracteriza a ambos, los lleva a una misma conclusión: la existencia de interpolaciones —“l’oscuramento del concetto di *iusta possessio* sia in gran parte dovuto all’opera dei compilatori”⁷⁴⁸— que derriban la teoría que hasta ese momento dominaba y la importancia del análisis de las fuentes con perspectiva histórica, es decir, analizando las fuentes tomando como base que los diversos y contradictorios significados de *iusta possessio*, a fin de cuentas, no son tan contradictorios si se observan como pertenecientes a diversas etapas del derecho romano antiguo. En otras palabras, se refieren a lo que habíamos acotado desde el inicio de esta investigación, y que ya muchos romanistas habían señalado: una institución jurídica no permanece invaria-

⁷⁴³ Como se puede observar en Ruggieri, O., *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso*, Florencia, 1880, 1a. parte, v. I, § 86, p. 117; Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo... cit.*, pp. 405 y ss.; Schulz, F., “Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im Klassischen römischen Recht”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, 27, 1906, p. 103; Brugi, B., *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, Padua, 1910, § 63, p. 279; Riccobono, S., “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...”, *op. cit.*, p. 348.

⁷⁴⁴ Donello, *Commentarium de jure civili viginti octo, in quibus jus civile universum singulari artificatio atque doctrina explicatum continetur* (lib. V, cap. VI), Frankfurt, 1596, t. I, p. 340.

⁷⁴⁵ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *AIV*, 76, 1916-17, parte 2, p. 1608 (2).

⁷⁴⁶ *Ibidem*, pp. 1607 y ss.

⁷⁴⁷ Donatuti, G., “Iusta possessio”, *AIV*, 80, 1920-21, parte 2, pp. 1075-1111.

⁷⁴⁸ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1609 (3).

ble a lo largo de los siglos de desarrollo del derecho romano, sino que tiene diversas características, significados o contenidos, dependiendo del periodo histórico de la jurisprudencia romana.⁷⁴⁹

En este sentido, el concepto de *possessio iusta* tuvo varios significados dependiendo de la época histórica.⁷⁵⁰ Sin embargo, tanto Suman como Donatuti no dan referencia clara al significado de *possessio iusta* en el periodo preclásico, puesto que sólo la refieren a la fórmula *nec vi nec clam nec precario*, que prácticamente no refleja la realidad arcaica. Al contrario, parece ser que Donatuti está confundiendo los dos tipos de posesión que existieron en la época arcaica, así como el derecho civil y el honorario, cuando afirma:

In realtà, se si fa attenzione al disposto delle dodici tavole, che vietava l'usucapione delle *res furtivae*... si vedrà che la *possessio nec vi nec clam nec precario*, rappresenta nell'antico diritto l'unico limite dell'usucapione.

Che il possesso non vizioso in modo assoluto basta in quell'epoca primitiva all'usucapione e vi rappresenta la più recente *possessio bona fidei*... Era *iusta*, cioè, perché aveva tutti i requisiti richiesti allora, nella epoca preclassica, dal *ius civile*.⁷⁵¹

En primer lugar, si con el *ius civile* se refiere a las *XII Tablas*, éstas nunca mencionan los vicios de la posesión. Simplemente se limitan a señalar el tiempo requerido del *usus auctoritas fundi* y *cetararum rerum* (6. 3), y determinar la prohibición de la usucapibilidad de las *res furtivas* (8. 17).

Pero las *res furtivas* son aquellas que pueden ser objeto de *furtum* (apoderamiento ilícito y clandestino de cosa ajena mueble), quedando excluidos los fundos. Parece ser que confunde la clandestinidad con la que se puede llevar a cabo el robo con la clandestinidad de la cláusula, que son dos cosas totalmente diversas, y después amplía las consecuencias de la primera a la segunda.

Sólo los *ceterae res* (bienes muebles) podían entrar dentro de las *res furtivae*,⁷⁵² cuya usucapación estaba prohibida por las *XII Tablas* y, posteriormente, por la *lex Atinia*.

⁷⁴⁹ Véase capítulo primero, II.

⁷⁵⁰ Donatuti, G., "Iusta possessio", *op. cit.*, p. 1079 (5): "...partiamo dal presupposto che la soluzione al problema potremo trovarla soltanto tenendo presente che i frammenti della compilazione giustiniana sono manifestazioni del pensiero giuridico di tempi diversi, necessariamente la ricerca suddetta si fonderà con quella diretta a precisare quale sia il concetto di *iusta possessio* negli scritti dei giuristi delle varie epoche".

⁷⁵¹ *Ibidem*, p. 1080 (6).

⁷⁵² Ruggieri, O., *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso*, *cit.*, II, p. 153, n. 3; Voci, P., *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milán, 1952, p. 163; Albanese, B., "La no-

Es necesario recordar que, en la época arcaica, la posesión es el señoría de hecho o la posibilidad de ejercitar el mismo sobre la cosa cuando se quiera. Si esta posibilidad o este poder de hecho desaparecen, la posesión no puede permanecer. Cuando alguno ocupa clandestina o violentamente un fundo, se convierte en poseedor, por lo que la posesión anterior deja de existir⁷⁵³ y, además, su posesión no tenía por objeto usucapión alguna. Prueba de ello es la referencia a la *clandestina possessio, clam possidere*,⁷⁵⁴ *res vi possessae*.⁷⁵⁵

Algo diverso y, a la vez, similar pasaba con la posesión del precarista. Era diverso en el sentido de que el *precario dans* seguía poseyendo, al mismo tiempo que se reconocía la posesión del precarista, pero aquél podía recuperar el bien cuando quisiera, a través de la revocación del precario. Era similar porque la posesión del precarista tampoco tenía por objeto la usucapión.

Aun cuando se reconozcan como posesión (violenta y/o clandestina), quien fue privado de la posesión violentamente podía solicitar el *interdicto unde vi*, mientras que quien perdió la posesión por un acto clandestino de otro podía intentar regresar a la posesión y, si el poseedor clandestino se lo impedía, se actualizaba la violencia; por tanto, podía hacer lo señalado en el caso anterior (privación violenta de la posesión).

En resumen, la ocupación violenta o clandestina de un fundo, así como la ocupación del precarista, son consideradas como posesión en la época antigua.

Cuando se abre la privatización de los fondos públicos, que anteriormente sólo se podían poseer, se abre la posibilidad de usucapir los bienes, incluso si fueron adquiridos a través de *vi, clam* o *precario*, pero también queda explícitamente claro que quien perdió la posesión *vi* o *clam*, o el precario ante la negativa del precarista de devolver el fundo, pueden solicitar la tutela interdictal para recuperar la posesión. Con anterioridad, esta protección interdictal se otorgaba; sin embargo, previendo posiblemente que se multiplicarían los casos en los que el poseedor sería privado de su posesión por medio de violencia o clandestinidad, o, en el caso del precario, la intención

zione del «furtum» a Nerazio”, *AUPA*, 23, 1953, pp. 38 y ss.; Albanese, B., *Le situazioni possessorie...*, cit., p. 94, n. 336, y pp. 109 y 110; Kaser, M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., p. 36, n. 5; Watson, A., *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 30; Vacca, L., *Ricerche in tema di “actio vi bonorum raptorum”*, Milán, 1972, p. 98; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, p. 422; Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, 3, Torino, 1991, p. 134.

⁷⁵³ D. 41. 2. 15 (Gai. 26 ed. *Provi.*).

⁷⁵⁴ Gai. 4. 154; P. S. 5. 6. 7; D. 43. 17. 2 (Paul. 64 ad ed.); D. 41. 2. 53 (Ven. I *interd.*); D. 41. 2. 25. 2 (Pomp. 23 ad Q. *Muc.*). Véase también Cic. *de leg. agr.* 3. 3. 11.

⁷⁵⁵ D. 41. 3. 33. 2 (Iul. 44 *dig.*).

del precarista de quedarse con el bien sabiendo que no le pertenece, motivados por la posibilidad de que esos fundos podían entrar a la propiedad privada, se decidió incluir la protección interdictal en una ley.⁷⁵⁶

A pesar de lo anterior, es lógico pensar que continuara la posibilidad de llevar a cabo la usucapión de *res vi possessae*, requiriéndose la emisión de la *lex Plautia de vi* (70 a. C.)⁷⁵⁷ y, la confirmación posterior, la *lex Iulia* (17 a. C.),⁷⁵⁸ que prohíben la usucapión de *res vi possessae*.

Parece ser que la *lex Plautia* sólo se refería a los fundos, pues sólo éstos podían ser violentamente ocupados.⁷⁵⁹ En resumen, los fundos (inmuebles) que eran violentamente ocupados no podían considerarse dentro de las *res furtivae*, ya que no existe tal cosa como un *furtum fundi*,⁷⁶⁰ por esta razón, se requirió la emisión de la *lex Plautia de vi*, para colmar la laguna referente a los fundos violentamente ocupados.⁷⁶¹

Algo similar sucede con los fundos ocupados clandestinamente. Antes de este momento, el poseedor que se ausentaba del fundo dejaba de poseerlo cuando un extraño entraba en la posesión de éste, como se desprende de la interpretación de Pomponio.

⁷⁵⁶ *Lex Agraria* del 111 a. C.

⁷⁵⁷ *Gai.* 2. 45; *D.* 41. 3. 33. 2 (*Iul. 44 dig*); *I.* 2. 6. 2. No hay unanimidad en la datación de esta ley. La teoría tradicional la sitúa entre el 78-63 a. C.; *cf.* Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, *cit.*, p. 378. Pero actualmente existe más consenso en ubicarla en el 70 a. C., producto de un plebiscito de Marcus Plautius Silvanus (89 a. C.); *cf.* Schmuck, H., *Biographischer Index der Antike*, Walter de Gruyter, 2001, p. 749; Labruna, L., *Il console "sovversivo". Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, Nápoles, 1975, pp. 105, 109 y 172; Labruna, L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, 2, Nápoles, 1986, p. 7; Labruna, L., «Iuri maxime... adversaria». La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica», *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 4-7 giugno 1990*, Nápoles, 1992, pp. 267 y 268.

⁷⁵⁸ *D.* 22. 5. 3. 5 (*Calistr. 4 de Cognit.*); *D.* 48. 6. 1-12; *D.* 48. 7. 1-8; *I.* 4. 18. 8; *P.S.* 5. 26; *Coll.* 9. 2. 1-3. Algunos atribuyen estas leyes a César (Mommsen, Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 323 nt.); sin embargo, la gran mayoría considera que son de Augusto, pero que César había emitido una ley análoga (*Cic. Phil.* 1. 9. 23).

⁷⁵⁹ Paráfrasis Theofilo. 2. 6. 2: Οὐ δὲ τὰ φιστιστα, οὐ δὲ τὰ σι ποσσεσσα, ἦ τοι τὰ βιαίως κατεχόμενα, οὐ δὲ δεκαετίας ἢ εἰ κοαετίας παραδραμούσης, καὶ βονα φιδε νεμομένου. ἀλλὰ τὰ μὲν φουρτιστα δέξαι ἐπὶ τῶν κινητῶν, τὰ δὲ σι ποσσεσσα ἐπὶ τῶν ἀκινήτων. ἔ κώλυσε γὰρ τὴν οὐσοκαπίονα τῶν μὲν φουρτίβον ὁ δυωδεκάδελτος καὶ ὁ Ἄτιλιος νόμος, τῶν σι ποσσεσσορμῶ ὁ Πλάυτιος.

⁷⁶⁰ *Gell. Noct. Att.* 11. 18. 13; *Gai.* 2. 51; *D.* 41. 3. 38. 2 (*Gai. 2 rer. cott. sive aur.*); *D.* 47. 2. 25. *pr.* (*Ulp. 41 ad Sab.*); *I.* 2. 6. 7. Al respecto, véase Albanese, B., «La nozione del «furtum» fino a Nerazio», *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁷⁶¹ Ruggieri, O., *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso*, *cit.*, II, p. 152; Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, Leipzig, 1901, p. 409; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 2, 2, Roma, 1926, p. 280; Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, pp. 653 y ss.

D. 41. 2. 25. 2 (23 ad Q. Muc.): Quod autem solo⁷⁶² animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius [corpore]⁷⁶³ ingressus sit [, ut potior sit illius corporalis possessio],⁷⁶⁴ an vero quod quasi magis (Quinto Mucio?) probatur usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem [: et videtur utilius esse].⁷⁶⁵

Éste es un texto muy importante y controvertido, el cual analizaremos en varias ocasiones. En primer lugar, hay quienes optan por considerarlo altamente interpolado, proponiendo una reconstrucción. Éste es el caso de Albertario, quien reconoce el carácter clásico del contenido del fragmento, pero lo vincula estrechamente con el fragmento § 1 y con el *D. 41. 2. 44. 2 (23 quaest.)* de Papiniano, interpretándolos en el sentido de que, en el derecho clásico, si el poseedor es también el detentador, se pierde la posesión definitivamente si se pierde el *animus*. Sin embargo, si falla o viene a menos la *possessio corpore*, la permanencia del *animus* es irrelevante y, en este caso, considera

⁷⁶² Consideran que *solo* es una interpolación y que, en su lugar, el texto genuino debió contener *nostro*: Albertario, E., “*D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*”, *op. cit.*, pp. 218 y ss. (*Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 253 y ss.); Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso, I. Possessio naturalis”, *RIL*, 63, 1930, pp. 515 y ss. (*Scritti giuridici*, II.2: *Studi di diritto romano*, Milán, 1992, pp. 301 y ss.). En un sentido más radical, hay quienes impugnan el carácter clásico de *solus (nudus)* también) cuando acompaña a *animus*; *cf.* Pringsheim, F., “Animus in Roman Law”, *LQR*, 49, 1933, p. 54; Möhler, R., “Der Besitz am Grundstück, wenn der Besitzmittler es verlässt”, *ZSS*, 77, 1960, pp. 63 y ss.

⁷⁶³ [*Corpore*] es una expresión que no se utiliza sola en el lenguaje clásico, por lo que consideramos que no es genuina. De igual forma, lo estiman Hägerström (*Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 212) y Cannata (“L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23).

⁷⁶⁴ Rotondi considera que la parte [*ut potior- possessio*] (de tal suerte que sea preferente la posesión corporal de él) no es genuina, porque no parece algo que diría un clásico, sino que tiene todos los rasgos de un glosema, siendo una interpolación que quiere disminuir la posesión clandestina. *Cfr.* Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 35 y 37, n. 3 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 131 y 133, n. 2); concuerda Bonfante (*Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, pp. 332 y 364). En el mismo sentido, véanse Hägerström, A., *Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 212; Albertario, E., “*D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*”, *op. cit.*, p. 9; Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, pp. 515 y ss.; Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁶⁵ La frase [*et videtur- fin*] también es una interpolación, como piensan los siguientes autores: Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, p. 848, n. 2; Albertario, E., “*D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*”, *op. cit.*, p. 9; Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 210, 253 y ss.; Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, pp. 515 y ss.; Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23. Traducción: “Pero se pregunta si lo que poseemos sólo con el ánimo lo poseemos hasta que otro haya ingresado corporalmente, de modo que su posesión corporal sea preferible, o si, como se considera más probable, lo poseemos hasta que alguien nos repela al regresar, o dejamos de poseerlo con el ánimo porque sospechamos que podemos ser repelidos por aquel que haya entrado en la posesión: y parece ser más útil <esto>”.

que se pierde la posesión por la ocupación clandestina de otro. Albertario atribuye esta pérdida de la posesión, por el venir a menos de la *possessio corpore*, a los principios clásicos de la posesión, que —según él— consideran que la *possessio* se pierde si el *animus possidendis* o la *possessio corpore* se ven disminuidos; en este tenor, lleva a cabo la reconstrucción desacertada del fragmento,⁷⁶⁶ por lo que prácticamente se ha aislado por la doctrina.

Por otro lado, hay quienes consideran que sólo son unas partes las que están interpoladas. Una de las partes que más controversia ha causado es *quod quasi magis probatur*, que ha originado varias tesis de distintos autores: a) algunos consideran que es un simple glosema o interpolación;⁷⁶⁷ b) otro excluye el *quasi*;⁷⁶⁸ c) otro establece que se refiere al Quinto Mucio, y d) uno más señala que el texto genuino dice *quod quidem magis*. De éstas, las dos últimas tesis son las que han tenido más respaldo por romanistas. La primera fue sostenida por Van de Water y la segunda se estableció por Riccobono, como resultado de una oposición a aquélla.

Van de Water⁷⁶⁹ considera que, en lugar de *quasi magis probatur*, debería leerse *Quinto Mucio probatur*, lo que daría un valor histórico al fragmento, pues sería el primero que considera el *animus* y se atribuiría la tesis que presenta Pomponio al antiguo jurista republicano.⁷⁷⁰ Después de todo, la obra de

⁷⁶⁶ Reconstruye el texto de la siguiente manera: *Quod autem <nostro> animo <servi vel coloni corpore> possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, an vero donec nos revertentes aliquis repellat... et videtur <amitti possessionem, cum eam alius ingressus fuisset>. Cfr. Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., pp. 252 y ss.*

⁷⁶⁷ Kniep, F., “*Vacua possessio*”, Jena, 1886, pp. 366, 378, 448, 455 y 478; Kniep, F., *Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht*, Jena, 1900, p. 297 (en la primera obra menciona la propuesta de Van de Water, haciendo referencia a Quinto Mucio; sin embargo, al final sigue considerando que es un glosema o interpolación, puesto que la obra de Pomponio está referida al jurista republicano); Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 81 (*Scritti Giuridici...*, 3, cit., pp. 131, 133 y 175); Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 848, n. 2; Rabel, E., “*Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*”, *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936, p. 215; Rabel, E., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, p. 349, n. 4 (en esta obra niega dicha interpolación); Wieacker, F., “*Der Besitzverlust an den heimlichen Eindringling*”, *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, p. 186, n. 11.

⁷⁶⁸ Burdese, A., “*Possesso tramite intermediario*”, *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milán, 1971, pp. 392 y ss.

⁷⁶⁹ Schultingii, A., *Notae ad Digesta seu Pandectas*, VI, a cargo de N. Smallenburg y Lugduni Batavorum, 1828, p. 396 (§, n. 1).

⁷⁷⁰ Esta tesis es recogida por un gran número de romanistas, de los cuales algunos de ellos la toman dubitativamente: Mommsen y Krueger en la edición del *Digesto*; Rudorff, A. F., “*Anhang*”, en Savigny, F. C. von, *Das Recht des Besitzes. Eine zivilistische Abhandlung*, Viena, 1865, p. 682; Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 343, n. 17; Lenel, O., “*Mo 286*” (citado en el *Index Interpolationum*, III, p. 188); Bekker, E. I., *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880, p. 228; Ubbelohde, A., *Continuazione al commentario alle Pandette di F. Glück*, libros 43-44, parte

Pomponio son comentarios dirigidos a Quinto Mucio, por lo que no carecería de razón, además de que no hay argumentos contundentes que excluyan de manera categórica la posibilidad de que Quinto Mucio pudiera considerar la posesión con sólo el *animus*, y menos que sostuviera dicha tesis.

En sentido contrario, Riccobono⁷⁷¹ considera que el texto debió decir *quod quidem magis*, considerando a *Paul.* 5. 6. 6. Asimismo, señala que la tesis de Van de Water es insostenible por la imposibilidad de atribuir a Quinto Mucio una opinión en la que se considera que una persona puede retener la posesión con el *solo animo*, es decir, Riccobono considera que es imposible que en el último siglo de la República se concibiera la teoría del *animo retinere possessionem*. La teoría de Van de Water no parece imposible, por las razones que expondremos.

Dentro de los trabajos más recientes, tenemos a *La perdita della possessio animo retenda nei casi di occupazione*, de D'Angelo (2007), quien con una argumentación clara y concisa sostiene la viabilidad de la tesis de Van de Water, con la que concordamos.⁷⁷² Con todos los argumentos y, algunas veces, desvalorizaciones que se han presentado contra la tesis de Van de Water, inclui-

V, Milán, 1899, p. 42, n. 43 b s.; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, pp. 188, n. 1, 410 y 447, n. 4; Kübler, B., "Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit", *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, I, Pavia, 1934, p. 92, n. 1; Arno, C., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Turín, 1936, p. 26; Lauria, M., "Note sul possesso", *Studi Solazzi*, Nápoles, 1948, p. 795; De Zulueta, F., *Digest 41, 1 & 2*, Oxford, 1950, p. 100, ad h. l; Cannata, C. A., "L'animo possidere nel diritto romano classico", *op. cit.*, p. 23, nn. 43 y 44, y pp. 87 y ss. (posteriormente, objeta la consideración de Quinto Mucio como arbitraria; *cf.* Cannata, C. A., "Rec. a D'Angelo, G.", *IVRA*, 59, 2011, pp. 307 y 310); Albanese, B., *Le situazioni possessorie...*, *cit.*, p. 49, n. 163; Castro Saenz, A., "Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio: un ensayo sobre la evolución del «animus» en derecho romano", *IVRA*, 52, 2001, p. 113; D'Angelo, G., *La perdita della possessio animo retenda nei casi di occupazione*, Turín, 2007, pp. 18, n. 14, y ss.; Ankum, H., "Rec. a D'Angelo, G.", *SCDR*, 22, 2009, p. 682.

⁷⁷¹ Riccobono, S., "La Derelizione", *RISG*, 14, 1892, p. 359; Riccobono, S., "Proposta di emendazione del fr. 25 § 2 D. 41, 2 (Pomp. 23 ad Q. Muc.)", *BIDR*, 6, 1893, pp. 229 y ss.; Riccobono, S., "La teoria del possesso nel diritto romano", *AG*, 50, 1893, p. 266, n. 17; Riccobono, S., "La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano", *Scritti Ferrini*, Milán, 1946, p. 63; Riccobono, S., "Le scuole di diritto in Roma al tempo di Augusto", *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, 2, Milán, 1948, pp. 91 y ss.; Riccobono, S., "Diritto romano e diritto moderno", *Lecture Londinesi* (editado por G. Falcone, mayo de 1924), Turín, 2004, p. 89, n. 115. Lo siguen los siguientes autores: Rotondi, G., "Possessio quae animo retinetur...", *op. cit.*, p. 37 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 133); Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 332.

⁷⁷² D'Angelo, G., *La perdita della possessio animo retenda nei casi di occupazione*, Turín, 2007. Dicha obra ha sido objeto de varias recensiones: Ankum, H., "Rec. a D'Angelo, G.", *op. cit.*, pp. 677 y ss., y Cannata, C. A., "Rec. a D'Angelo, G.", *op. cit.*, pp. 299 y ss. También véase Ferretti, P., "Alcune osservazioni sulla perdita della «possessio animo retenta» nei casi di occupazione", *Scritti Zamorani*, Milán, 2009, pp. 193 y ss. La respuesta a estas críticas se puede encontrar en

das las críticas realizadas a D'Angelo por Cannata,⁷⁷³ no son suficientemente contundentes para desechar dicha posibilidad, la cual es altamente probable.

Como lo señala G. D'Angelo, *quod <Quinto Mucio> probatur* podría estar en el mismo plano que la expresión *quod Quinto Mucio placebat*, contenida en *D. 18. 1. 59* (Cels. 8 *dig.*).⁷⁷⁴

En el texto se discute la posesión de un fundo que es dejado temporalmente sin custodia al ausentarse su poseedor, y que posteriormente es ocupado por otro. En este sentido, se discute si el poseedor que se ausento pierde la posesión por la ocupación del otro o al momento en que quiere retomar la posesión y es repelido, o al momento de saber que otro posee el fundo y teme que será repelido, por lo que decide renunciar a intentarlo.

Del análisis del texto se observa que la primera solución que presenta Pomponio se refiere a la posesión material, que tiene todas las características de la posesión antiguamente considerada, consistente en el señorío de hecho que se ejerce sobre el bien.

La segunda consiste en una concepción más avanzada en la que la materialidad falla, pero aún se considera que se posee con el *animo*, hasta que al regresar el poseedor sea repelido por el ocupante. Aquí es importante explicitar algo que no está contenido en el texto, pero que se observa, de acuerdo con los estudios realizados por Nicosia⁷⁷⁵ —de Cicerón, sobre *pro Caecina*—,⁷⁷⁶ y que consiste en que era necesario que el titular continuara

D'Angelo, G., "Occupazione clandestina e lex Plautia de vi", *AUPA*, Turín, LV, 2012, p. 281, en especial n. 7.

⁷⁷³ En uno de sus primeros trabajos sobre el *animo possidere*, se pronuncia por la clara posibilidad de que Quinto Mucio pudo haber resuelto el caso sosteniendo la continuidad de la posesión del propietario, pero con diversa terminología, lo cual parece más posible, por lo que concordamos con el autor (*cf.* Cannata, C. A., "L'animo possidere nel diritto romano classico", *op. cit.*, pp. 23, n. 43, y 24, n. 44). Sin embargo, posteriormente objeta como "arbitraria" la inserción de Quinto Mucio, basándose en la imposibilidad de justificar la inserción, desde el punto de vista gramatical (*cf.* Cannata, C. A., "Rec. a D'Angelo, G.", *op. cit.*, pp. 307 y 310), lo cual es discutible. Ya lo había señalado Riccobono con respecto al verbo *probo*, que está en forma pasiva y construido con el dativo simple, cuya forma pasiva nunca había sido usada por Pomponio, pero la cuestión gramatical —considera— no es suficiente razón para desechar la idea de Van de Water, sino que recurre al argumento de la imposibilidad histórica de la concepción de la retención de la posesión *animo* en época de Quinto Mucio. *Cfr.* Riccobono, S., "Proposta di emendazione...", *op. cit.*, p. 230.

⁷⁷⁴ D'Angelo, G., "Occupazione clandestina...", *op. cit.*, p. 285, n. 17.

⁷⁷⁵ Nicosia, G., *Studi sulla "deiectio"*, *cit.*, pp. 5 y ss.

⁷⁷⁶ Situada en el 69 a. C., de acuerdo con Frier (*The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton, 1985, pp. 45 y ss.), y basada en cálculos de Drumann (*Geschichte Roms in seinem Übergange von der republikanischen zur monarchischen Verfassung —oder Pompeius, Caesar, Cicero und ihre Zeitgenossen— nach Geschlechter und mit genealogischen Tabellen*, V, Berlín, 1899-1929, pp. 358 y ss.). Otros autores la colocan antes, alrededor del 71 a. C. *Cfr.* Nicosia, G., *Studi sulla*

poseyendo hasta el momento de la *non admissio*, puesto que el *non admissus* podía considerarse *deiectus*⁷⁷⁷ si y sólo si el fundo se encontraba en su posesión al momento de haber sido repelido o impedido el acceso al fundo. Para que se considerara que el titular poseía al momento de la *non admissio*, parece ser que era importante el *animus* de regresar, como lo expresa el mismo Cicerón:

48: ...*In fundum Caecina utrum tandem noluit, an non potuit accedere? Cum te obstitisse et reppulisse dicis, certe hunc voluisse concedis. Potes igitur dicere non ei vim fuisse impedimento cui, cum cuperet eoque consilio venisset, per homines coactos licitum non sit accedere? Si enim id quod maxime voluit nullo modo potuit, vis profecto quaedam obstitit necesse est; aut tu dic quam ob rem, cum vellet accedere, non accesserit.*⁷⁷⁸

En este sentido, es de considerarse que la *possessio solo animo* (Pomp. 23 *ad Q. Muc. en D. 41. 2. 25. 2*) o *animo retinere possessionem* de Próculo (Proc. 5 *epist. en D. 41. 2. 27*) del *dominus revertens* era un elemento que permitía al titular seguir poseyendo hasta que no se le permitía la entrada a su fundo. El acto de repeler implica la aplicación de violencia en la no permisión del regreso del titular al ejercicio de su posesión. Por tal motivo, perdía la posesión por medio de la violencia del ocupante, actualizándose así la posibilidad de pedir el interdicto *unde vi* para verse restituído en la posesión.

Finalmente, la tercera consiste en una forma de perder definitivamente la posesión, puesto que se encuentra en la misma hipótesis anterior, pero con la variante de que el titular decide abandonar la intención de regresar por temor a la violencia.

La segunda posibilidad es generalmente admitida en época de Pomponio,⁷⁷⁹ pero parece que ya había sido concebida por Quinto Mucio en el siglo I a. C. y en tiempos de Cicerón.

⁷⁷⁷ “*deiectio*”, *cit.*, pp. 147 y ss.; dicho autor es seguido por otros autores citados por Falcone, G., “Ricerche sull’origine dell’interdetto *uti possidetis*”, *op. cit.*, p. 284, n. 490.

⁷⁷⁷ En este mismo sentido se pronuncia D’Angelo (*La perdita della possessio animo retenda...*, *cit.*, pp. 99 y ss.). Sobre una bibliografía esencial del tema, véase Mantovani, D., “Gli esordi del genere letterario ad edictum”, en AA. VV., *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino (genn. 1993)*, Turín, 1996, p. 114, n. 182.

⁷⁷⁸ Traducción: “En cuanto al fundo de Caecina, ¿no quiso acceder o no pudo <hacerlo>? Cuando dices que te opusiste y lo repeliste, ciertamente reconoces que él quiso <entrar ahí>. Entonces, ¿podrías decir que la violencia no fue el impedimento para aquel cuando, habiéndolo deseado y habiendo venido con esa intención, no le fue permitido acceder por los hombres que lo forzaron? Pues, si no pudo hacer de ninguna manera lo que más quería, sin duda es necesario que se hubiese interpuesto alguna fuerza, o, dime, por qué si quería acceder no lo hizo?”.

⁷⁷⁹ De acuerdo con la doctrina dominante: Klein, F., *Sachbesitz und Ersitzung*, Berlín, 1891; Wieacker, F., *Der Besitzverlustung. Forschungen im Gebiete des römischen Sachenrechtes und Zivilprozesse*,

Otro texto que se puede interpretar complementariamente con el anterior es el siguiente:

Ulpiano *D.* 41. 2. 6. 1 (70 *ad ed.*): *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit; [retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit <abit>]: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.*⁷⁸⁰

En este texto se plantea el mismo caso que el texto de Pomponio, consistente en que una persona parte al mercado dejando sin custodia. En este caso, Labeón considera que el ocupante de la posesión posee clandestinamente, mientras no regrese el poseedor del mercado (*dum ille a nundinis redit*). Este *dum ille a nundinis redit* lleva a pensar que el jurista, defensor de la República, sigue la idea del *animus possidere*, *i. e.*, que el *dominus revertens* continúa poseyendo con el *animus* hasta su regreso del mercado, pues ha calificado la

Berlín, 1891, pp. 167 y 214; Cornil, G., *Traité de la possession dans le droit romain: pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*, París, 1905, p. 263; Ubbelohde, A., *Commentario alle Pandette de Glück*, libros 43-44, parte II, Milán, 1899, pp. 51 y 346; Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, *cit.*, p. 255, n. 2; Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 27 y ss., y 38 y ss. (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 122 y ss., y 134 y ss.); Siber, H., *Römisches Recht II*, Berlín, 1928, pp. 143 y 152; Bozza, F., *Il possesso. Parte prima...*, *cit.*, p. 101; Bozza, F., *La nozione della possessio II. Epoca classica*, Siena, 1964, pp. 84 y ss.; Rabel, E., “Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre”, *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936, pp. 215 y 217; Rabel, E., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, p. 65; Carcaterra, A., *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938, p. 95; Jörs, P. *et al.*, *Römisches Privatrecht*, Berlín-Groninga-Heidelberg, 1949, pp. 117 y 120, n. 12; Wieacker, F., “Der Besitzverlust an den heimlichen...”, *op. cit.*, pp. 185, 187 y ss.; Möhler, R., “Der Besitz am Grundstück, wenn der Besitzzmittler es verlässt”, *ZZS*, 77, 1960, pp. 65 y 85, n. 166; Maschi, C. A., *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milán, 1966, p. 500; Burdese, A., “Possesso tramite intermediario”, *op. cit.*, pp. 403 y 460; Albanese, B., *Le situazioni possessorie...*, *cit.*, p. 49; Nicosia, G., “Il possesso nella plurisecolare esperienza giuridica romana. Profilo storico-dogmatico”, en Nicosia, G., *Silloge. Scritti 1956-1996*, Catania, 1998, p. 793; D’Angelo, G., “Occupazione clandestina...”, *op. cit.*, p. 281.

⁷⁸⁰ Consideramos la parte *retinet-abit* interpolada. Sin embargo, dicha interpolación no cambia el sentido del texto. En el mismo sentido de la interpolación, véanse Bremer, F. P., *Iurisprudéntiae antehadrianae quae supersunt*, 2, 1, Leipzig, 1896, p. 129; Beseler, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechts-quellen*, 4, Tubinga, 1920, p. 74; Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 35, 71, n. 2, y 76 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 131, 169, n. 2, y 175); Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, pp. 848, n. 2, y 882, n. 1; Siber, H., *Römisches Privatrecht*, *cit.*, p. 143; Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, pp. 213-236 (*Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 245-270). Traducción: “Quien habiendo ido a los mercados no hubiese dejado a nadie y, mientras él vuelve de ahí, alguien <más> hubiese ocupado <su posesión>, escribe Labeón que parece que <se> posee clandestinamente, por lo que retiene la posesión aquel que fue a los mercados. Pero, si no se admitiese al dueño que regresa, se entiende que más <bien se> posee por fuerza que de manera clandestina”.

posesión del ocupante como *possessio mala fides*, viciosa.⁷⁸¹ Cabe decir que lo es con respecto al *dominus revertens*, cuya posesión se considera *iusta*.⁷⁸²

La interpretación aquí sostenida va contra la teoría tradicional que considera que Labeón, al rechazar la *possessio plurium in solidum* (D. 41. 2. 3. 5 [Paul. 54 *ad ed.*]),⁷⁸³ reconoce la *possessio* clandestina del intruso y, en conclusión, no podía admitir la continuación de la posesión del *dominus revertens* después de aceptar la posesión clandestina del intruso.

La segunda parte del fragmento (*verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam*) también concuerda con lo observado por Cicerón, pues considera *deiectus* cuando a su regreso es repelido o rechazado (*non admissus*) por el ocupante clandestino. En este sentido, al ser considerado *deiectus*, se estima que poseía al momento de sufrir la *deiectio*, al tiempo de Labeón en el último siglo de la época republicana, y, como consecuencia, el dueño continuaba su posesión al momento de la *non admissio*, a pesar de la ocupación clandestina,⁷⁸⁴ que mutaba en posesión violenta por la misma *deiectio*.⁷⁸⁵

Una cuestión que queda en la mesa es indagar por qué no se prohíbe la usucapión de la posesión clandestina. No se hace referencia a ésta en las leyes mencionadas que sancionan la posesión violenta y tampoco se han encontrado otras leyes que la sancionen. La posesión clandestina tenía una importancia menor con relación a la violenta. Además, el poseedor que había perdido la posesión por un acto clandestino de otro, si tenía la intención de seguir poseyendo, mantenía la *possessio animo retenda* y podía recuperar el fundo al re-

⁷⁸¹ Sobre la *possessio bona fides* y *malae fides*, cfr. *supra* capítulo segundo, II y V, 3.

⁷⁸² Cfr. *supra* capítulo tercero, III, 1, “*Iusta possessio* como *possessio nec vi nec clam nec precario*”.

⁷⁸³ Cfr. *infra* pp. 217 y 218, n. 127. Véase Horak, F., *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, pp. 283 y ss.

⁷⁸⁴ Nicosia, G., *Studi sulla “deiectio”*, *cit.*, pp. 5 y ss. Otros textos que tratan sobre la continuación de la posesión del *dominus revertens* que posee: D. 41. 2. 46 (Pap. 23 *quaest.*); D. 41. 2. 3. 7 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 43. 16. 1. 24 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 43. 16. 3. 8 (Ulp. 69 *ad ed.*), y D. 41. 2. 18. 3 (Cels. 23 *díg.*), sobre la posesión clandestina de una parte del fundo mientras el poseedor continúa poseyendo la totalidad del fundo con el ánimo y una parte con el cuerpo. Sobre la pérdida de la posesión, *Concerniente al dominus timore conterritus noluerit accedere, amisse eum possessionem placet*: D. 41. 2. 3. 8 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41. 2. 7 (Paul. 54 *ad ed.*).

⁷⁸⁵ Ubbelohde, A., *Continuazione al commentario alle Pandette...*, *cit.*, p. 40; Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, p. 35 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 131); Rabel, E., “*Zum Besitzverlust...*”, *op. cit.*, p. 207; Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, *cit.*, p. 255, n. 2; Zamorani, P., *Possessio et animus*, *cit.*, p. 118, n. 8; Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo...*, *cit.*, pp. 287 y ss.; Cornil, G., *Traité de la possession...*, *cit.*, p. 263; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 410; Carcaterra, A., *Possessio...*, *cit.*, pp. 94 y ss.; Bozza, F., *La nozione della possessio II...*, *cit.*, p. 56; Burdese, A., “*Possesso tramite intermediario*”, *op. cit.*, pp. 403 y 460.

gresar a él. Dicho regreso podía tener dos consecuencias: 1) que el ocupante clandestino fuere extraído del fundo —si quisiera pedir el interdicto *unde vi*, el poseedor que regresa puede defenderse con la *exceptio clandestina possessio*—, y 2) si el ocupante clandestino lograba repeler al poseedor que regresa, se actualizaba la *deiectio*, mutándose la posesión del ocupante en violenta.

La posesión arcaica se vinculaba con la usucapión sólo en una pequeña parte (denominada *usus*), constituida por la *usureceptio* y la *usucapio pro herede*.⁷⁸⁶ Esta usucapión no requería ni *iusta causa* ni *bona fides*,⁷⁸⁷ puesto que bastaba una posesión que no hubiera sido producto de *furtum*,⁷⁸⁸ sin importar la causa; se atendía simplemente a que el poseedor no hubiera hurtado el bien cuya posesión tiene.⁷⁸⁹

Con relación al precario, es necesario recordar que las primeras alusiones de la posesión (en el ámbito jurídico) se refieren a la entrega de *ager publicus* al *pater gentilicius*, quien a su vez repartía a sus clientes, entregas que se daban en concepto de precario. Ésta es la posesión que primó hasta el último siglo del periodo preclásico.⁷⁹⁰ Conforme Roma se fue expandiendo, dicha posesión se extendió a los territorios conquistados (*ager occupatorius*). Ésta, en un primer momento, era calificada de *iniusta*, porque constituía un control monopolizado de los patricios, pues acaparaban grandes extensiones de tierra, dejando sin posibilidad a los plebeyos de acceder a la posesión. En un segundo momento, cuando se limitó la posesión de tierras (500 yugadas),⁷⁹¹ se utilizó ese calificativo para la posesión que se llevaba a cabo en desobediencia de las leyes, en la tenencia de una superficie mayor a la permitida. Otros

⁷⁸⁶ Véase *supra* capítulo primero, V.

⁷⁸⁷ Véase *supra* capítulo primero, V, 1, p. 58 s. n. 134. Como lo expresa Albertario: “bastava una *possessio iusta*, una *possessio* che non venisse a portare una lesione puramente materiale di un possesso altrui. Di questa antica usucapione sopravvivono ancora figure classiche, che sono anormale di fronte all’usucapione normale, e sono la *usureceptio* e la *usucapio pro herede*, in cui basta il possesso senza furto”. Cfr. Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, cit., p. 20.

⁷⁸⁸ La prohibición de usucapir las cosas furtivas —principio de inusucapibilidad de las cosas furtivas— está contenido en las *XII Tablas* (Tabla 8. 17), de acuerdo con Gayo y Aulo Gelio. Cfr. *Gai.* 2. 45; *Gai.* 2. 49; *Gell. Noct. Att.* 17. 7. 1; *D.* 41. 3. 4. 6 (Paul. 54 *ad ed.*); *D.* 41. 3. 33. *pr.* (Iul. 44 *Digest.*). Por otra parte, las Instituciones de Justiniano, además de las *XII Tablas*, refieren también a la *lex Atinia* (197 a. C.), I. 2. 6. 2, que confirma la existencia de la prohibición de la usucapión de los bienes furtivos.

⁷⁸⁹ Bonfante, P., “La iusta causa dell’usucapione e il suo rapporto colla buona fides”, *RISG*, 15, 1893, pp. 173 y ss.

⁷⁹⁰ Es el último siglo de la República, que también se le conoce como época clásica inicial y que corresponde del 130 a. C. al 30 a. C.

⁷⁹¹ Liv. 2. 61. 1-4, 3. 1. 1-2, 3. 30. 1, 4. 36. 1-2, 4. 48. 2-4, 4. 51. 5-6, 4. 53. 5, 4. 58. 12 y 6. 5. 4-5; *Zonar.* 7. 17; *Cass. Dio.* 5. 20. 2; *Dion. Hal.* 5. 68. 1, 6. 95. 3-4, 7. 4. 5, 8. 69-75, 10. 36. 2. *Lex Licinia Sextia de modo agrorum*, Liv. 6. 43. Cfr. *supra* capítulo primero, p. 65 s. n. 149.

tipos de posesión eran la del acreedor pignoraticio y la del secuestrario, y ninguna de ellas estaba dirigida a obtener la usucapión. Dichas figuras de la posesión, de acuerdo con Albertario, “sono nell’età classica *species sperdute di un genus scomparso*”.⁷⁹²

En ese sentido, es totalmente ilógico que esta posesión —de tierras públicas en precario— sea a la vez modelo y vicio de la posesión dentro de la época arcaica.

Ahora, volviendo a la fórmula *vi clam precario*, ésta surge en el ámbito del derecho honorario, en los interdictos. La referencia más antigua se encuentra en la comedia de Terencio, *Eunuchus*, presentada por primera vez en Roma en el 161 a. C. Como se observa en la escena tercera, acto segundo, Querea exige al esclavo Parmenón que le consiga a una esclava ajena —Pánfila, que al parecer era una mujer libre—, de la cual cayó enamorado después de haberla visto por la calle. Querea quiere desesperadamente poseer a esta mujer; por ello, exige a Parmenón que la consiga por cualquier medio:

320: *Hanc tu mihi uel ui uel clam uel precario fac tradas; mea nihil refert, dum poterit modo.*⁷⁹³

La referencia a la cláusula interdictal es clara, así como la alusión a la figura del precario, que fue el modelo de la posesión antigua. Terencio la señala con la intención de dar impacto cómico al referirla a una mujer (que se creía era esclava), a la que se desea conseguir por cualquier medio (violentamente, a escondidas o por medio de ruegos), incluso los considerados viciosos en el sentido jurídico para la adquisición de bienes inmuebles.⁷⁹⁴

Este paso de Terencio es una prueba fehaciente, generalmente aceptada, de la existencia de los interdictos posesorios⁷⁹⁵ y, sobre todo, de la *cláusula vitii* a mediados del siglo II a. C.

⁷⁹² Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, p. 20; Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 40. Véase capítulo segundo, p. 34.

⁷⁹³ Traducción: “Entrégame esto, ya sea por la fuerza, en secreto o de forma precaria. No me importa la manera <en la que sea>, mientras lo obtenga”.

⁷⁹⁴ Una esclava podía ser objeto de hurto, pero no de precario. Por lo tanto, la fórmula *vi clam precario* no se utilizaba para bienes muebles.

⁷⁹⁵ Hay quienes consideran la obra *Stichus* de Plauto, presentada en Roma alrededor del 200 a. C. y que hace referencia a *utrubi* (*cf.* 696 y 750), como otra prueba anterior de la existencia de los interdictos, lo cual no parece muy acertado, pues consideramos que dicho paso refleja el uso común del término, pero no tiene ningún significado jurídico. De acuerdo con este punto de vista, se encuentran Costa, E., *Il diritto privato romano nelle Commedie di Plauto*, Roma, 1968, p. 457; Zamorani, P., “*Precario Habere*”, Milán, Giuffrè, 1969, p. 37, n. 23; Labruna, L., “*Vim fieri veto*”, Nápoles, 1971, pp. 70 y ss. En contra, tenemos a Ubbelohde, A.,

El primer texto jurídico que contiene esta fórmula es la *lex Agraria* epigráfica (*Baebia*) del 111 a. C.:

18: ...[sei quis eorum, quorum age]r s(upra) s(criptus) est, ex possessione ui eiectus est, quod eius is qui eiectus est possederit, quod neque ui neque clam // neque precario possederit ab eo qui eum ea possessione {m} ui eiect[it, qui ex h(ac) l(ege) ious deicet, sei is ad eum de ea re in ious adierit ante eidus Mar]tias, quae post h(anc) l(egem) rog(atam) primae erunt, facito utei is, qui ita ui eiectus e[st, in eam] [possessionem, unde ui eiectus est, restituatur].⁷⁹⁶

Cabe señalar que este texto presenta una fuerte analogía con el interdicto *de vi*. Por otro lado, Cicerón es quien habla de esta cláusula en sus *Orationes Pro Tullio, Pro Caesina* y *De lege agraria*, siempre referida a fundos.⁷⁹⁷

Commentario alle Pandette de Glück, cit., p. 650; Huschke, P. E., “Die «Multa» und das «Sacramentum»”, *Ihren verschiedenen Anwendungen*, Osnabrück-Neoburgo, 1968, p. 54.

⁷⁹⁶ “[Se qualcuno di coloro il cui] *ager* è scritto sopra è stato estromesso con la forza dal possesso, relativamente a quanto dell’*ager* da cui è stato estromesso egli avrà avuto in suo possesso, relativamente a quanto avrà avuto in suo possesso non per violenza nei confronti di colui che lo avrà estromesso con la forza da tale possesso né a sua insaputa né per sua concessione temporanea, [quel pretore o console al quale ci si sarà rivolti in giudizio su tale questione prima delle idi di] marzo subito successive all’approvazione di questa legge faccia in modo che colui che è stato estromesso con la forza [sia reintegrato nel possesso da cui è stato estromesso con la forza]”. Traducción de Sisani, S., *L’ager publicus in età graccana (133-111 a. C.)*, Roma, Quasar, 2015, p. 156.

Como podemos observar, puede ser restituido en la posesión sólo aquel que fue expulsado si su posesión no había sido adquirida por violencia, clandestinidad o precario con respecto de quien lo expulsó. En este sentido, podemos interpretar, en el caso del precario, que estaba permitido que el concedente del precario podía expulsar por la fuerza al precarista que se negara a devolver el fundo, y este último no era protegido por la ley agraria para recuperar la posesión del predio.

⁷⁹⁷ Cic. *pro Tullio* 19. 44: ...cum ille possideret, et hoc amplius: quod possideret nec ui nec clam nec precario; 19. 45: Multa dantur ei qui vi alterum detrusisse dicitur; quorum si unum quodlibet probare iudici poterit, etiam si confessus erit se vi deiecisse, vincat necesse est vel non possedissee eum qui deiectus sit, vel vi ab se possedissee, vel clam, vel precario.

Pro Caesina 32. 92: ...Ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedissee <ut> nec vi nec clam nec precario possederit. Itaque is qui se restituisse dixit magna voce saepe confiteri solet se vi deiecissee, verum illud addit: “non possidebat” vel etiam, cum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsionem, si planum facit ab se illum aut vi aut clam aut precario possedissee.

De lege agraria 3. 11: Etiamne si vi deiecit, etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Traducción: “Si alguno de aquellos, cuyo terreno está escrito anteriormente, ha sido expulsado por la fuerza de su posesión, que aquel que fue expulsado recupere lo que poseía, lo cual no poseía por la fuerza, ni clandestinamente, ni de manera precaria de quien lo expulsó por la fuerza de esa posesión. Si de acuerdo con esta ley busca justicia antes de los idus de marzo, que serán después de la promulgación de esta ley, que aquel que fue expulsado por la fuerza sea restituido en la posesión de la cual fue expulsado a través de la fuerza”.

Es indudable que antes de Terencio existían los interdictos; la utilización de la cláusula es también probable.

Ahora, es importante determinar si esa cláusula interdictal fue introducida en la fórmula del interdicto *uti possidetis*,⁷⁹⁸ en el mismo momento en que éste surgió (finales del siglo III a. C.)⁷⁹⁹ o fue posterior. Todo esto, con el objeto de considerar si estos *vitiū possessionis* dan contenido a la *iniusta possessio* arcaica o sólo a la que corresponde al último siglo del periodo preclásico y a lo largo del clásico. Yendo un poco más adelante, es más viable la segunda posibilidad. Una de las razones que hace pensar eso es que la primera referencia al interdicto *uti possidetis* se encuentra en el decreto del Senado romano sobre la disputa territorial entre Itanos y Hierapytna del 139 a. C.,⁸⁰⁰ la cual no contiene dicha cláusula:

L. 51-55: ὃν τρόπον ἑκάτεροι ταύτην [τὴν χώραν καὶ] τὴν νῆσον περὶ οὗ ἡ πράξις [ἐνέ]στικε νενομῆ- | μένοι εἶσαν τῇ πρὸ τοῦ ἡμέραι ἢ ὁ πόλεμος ἐν αὐτοῖς ἤρξατο οὗ πολέμου ἐνεκεν Σερούιος | Σολπίκιος κάκειν ἢ πρεσβεία εἰς Κρήτην ἀπεστάλησαν ὅπως οὕτω κρόνωσιν αὐτοῦ[ς] | [ἔχειν] κατέχειν καρπίζεσθαι τε ἐξείναι...⁸⁰¹

⁷⁹⁸ El interdicto *possessorio* más antiguo es el *uti possidetis*, de carácter prohibitivo y dirigido a tutelar la posesión de bienes inmuebles.

Gai. 4. 139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam furiendis controuersiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet.*

D. 43. 2. 14. 3 (Pomp. 31 ad Sab.): *...in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur.*

Véase también Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 495.

⁷⁹⁹ No hay unanimidad con relación a la antigüedad de los interdictos. Estamos de acuerdo con Capogrossi Colognesi en el sentido de que los interdictos posesorios más antiguos se pueden identificar en un periodo que va desde el surgimiento de la magistratura del pretor (366 a. C.) hasta la introducción del procedimiento formulario (*Lex Aebutia*, 130 a. C.). Cfr. Capogrossi Colognesi, L., “Interdetti”, *ED*, 21, 1971, p. 919.

También consideran que los interdictos posesorios son más antiguos que el proceso formulario: Berger, A., “Interdictum”, *RE*, Stuttgart, 9, 1916, pp. 1609 y ss.; Luzzato, G. I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, 1, Bologna, 1965, pp. 121 y ss.; Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, Múnich, 1996, p. 322.

Asimismo, estimamos que es posible que antes de los interdictos propiamente dichos existieron órdenes administrativas que protegían al poseedor. Éstas fungen como el antecedente del interdicto *uti possidetis*. Ésta es una hipótesis a profundizar, pero en otro momento.

⁸⁰⁰ Dittenberger, G., *Sylloge inscriptionum graecarum*, 2, cit., p. 276.

⁸⁰¹ El Senado demanda a la ciudad de Magnesia (arbitro) resolver la *litis* en vía arbitral. Este decreto se formula mediante la utilización y adaptación del texto del *uti possidetis*. En este caso se tiene que decidir sobre la tenencia de tierras entre peregrinos y en suelo no itálico, por lo que se habla de *possessio*. De acuerdo con Ciapessoni, podemos observar una adaptación de la formulación romana, lo que hace evidente que dicha formulación es vigente en el tiempo del senadoconsulto.

La redacción latina está traducida en el texto oficial en griego, que dice: *uti illi eum agrum eamque insulam, quo de agitur, possedissent pridie eius diei qua etc. Ita iudicarent eis habere possidere frui*

Como podemos observar, no hay referencia alguna de la cláusula *vitii*. Por otra parte, al momento en que fue introducida en la fórmula interdictal (*uti possidetis*), ésta no se comportaba como una excepción. Esto lleva a pensar a algunos, erróneamente, que eso es un argumento para sostener que dicha cláusula surgió en el mismo momento que el interdicto, lo que no se sigue lógicamente. Además, de la misma fórmula del interdicto se observa que toda posesión es protegida con respecto a terceros.

En lo que respecta al interdicto *uti possidetis*,⁸⁰² *es retinendae possessionis*, se debe ejercitar dentro de un año, es simple y es prohibitivo.

Surge simple y se desarrolla así durante el periodo preclásico. Ya en el clásico se configura tardíamente el carácter doble, por lo que ambas posibilidades coexisten en este último periodo.⁸⁰³

En caso de que el poseedor haya sido expulsado violentamente del fundo que poseía, podía recurrir al *interdictum de vi (non armata)*,⁸⁰⁴ que es más reciente que el *uti possidetis*. Es un interdicto *reciperandae possessionis*, anual, que contenía la *cláusula vitii* y con efecto restitutorio.

licere. Podría considerarse que el texto del interdicto versa así: *uti nunc possidetis eum agrum, quo de agitur, ita possideatis*, sino *ita vobis habere possidere uti frui liceat*, como haría suponer el texto griego. Cfr. Ciapessoni, P., “Appunti sul testo editale degli interdetti «*uti possidetis*» e «*utrubi*»”, *Studi in memoria di Albertoni*, 2, Padua, CEDAM, 1934, pp. 19 y 20.

La fórmula recogida en el *Digesto* la encontramos en *D. 43. 17. 1. pr.* (Ulp. 69 *ad ed.*): *Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto*. Traducción: “Prohíbo que se impida por la violencia que sigáis poseyendo la casa de que se trata tal como la poseéis sin violencia ni clandestinidad, ni en precario el uno del otro”.

Existe otro senadoconsulto parecido al anterior: *SC. de Lacedaemoniis et Messeniis* del 136 a. C. *L. 52-55: ὀπό]-|τεροί ταύτην τὴν χώραν κατεῖχ[ον ὅτε Λεῶκιος] | Μόμμιος ὑπατος ἢ ἀνθύπατος [ἐν ἐκείνῃ τῇ ἔπαρ]-|χείαι ἐγένετο, ὅπως οὗτοι οὐτ[ως κατέχουσιν ———] (uti illi eum agrum eo tempore possidebant cum etc. — ita possideant).*

⁸⁰² *D. 43. 17*; Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3, Leipzig, 1927, § 247, pp. 469-474. El pretor concedía estos interdictos generalmente a concesionarios del *ager publicus* o *vectigalistas*, acreedores pignoratícios para retener la prenda, secuestrarios o depositarios de una cosa litigiosa a devolver en un determinado tiempo o evento. También lo otorgaba a copropietarios, tanto civiles como bonitarios, aunque luego se probara que no lo son. Tiene la característica de que prevalece quien se encuentra en posesión efectiva del inmueble.

⁸⁰³ Al respecto, véase Falcone, G., “Ricerche sull’origine dell’interdetto *uti possidetis*”, *op. cit.*, pp. 121 y ss. Ahí también se incluye bibliografía sobre esta discusión.

⁸⁰⁴ *Gai. 4. 154; I. 4. 15. 6; D. 43. 1. 2. 3* (Paul. 63 *ad ed.*); *D. 43. 16, de vi, et de vi armata; C. 8. 4 Unde vi; Cic. pro Caec*; Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum...*, *cit.*, § 245, pp. 461-469. La fórmula de este interdicto es: “De donde tú lo has expulsado con violencia o tus esclavos lo han expulsado, mientras estaba poseyendo sin violencia, clandestinidad o precario con respecto a tí, restitúyelo, en el plazo de un año, junto con las cosas que entonces él allí tenía” (*Interdicta unde ui: unde in hoc anno tu illum ui deiecisti, aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas*).

Es importante destacar que este paso provoca una inquietud: saber cuál es el significado de la inclusión del precario en la cláusula, al lado de la violencia y la clandestinidad.

El precario, inscrito en la cláusula del *uti possidetis*, lleva a pensar que debió presentarse un número considerable de casos en los que el precarista quería continuar en posesión del bien, seguramente de manera definitiva, y adquirir por usucapión la propiedad del fundo que había recibido en precario. Esta situación fue jurídicamente preocupante, por lo que el pretor consideró necesario incluirla en dicha fórmula. Pero, además, se presupuso la calidad de poseedor del precarista (no sólo al precarista, sino también al que despojó violentamente y al que posee clandestinamente), al protegerlo interdicalmente contra terceros, *i. e.*, de aquellos que no recibió en precario, pero negándole la tutela —como producto de la inserción en la cláusula— con relación al concedente, que salía lesionado de su comportamiento, a quien le otorgó la *exceptio vitiosae possessionis*. En este sentido, la ingratitud del precarista (con relación al *precario dans*) se pone al lado de la conducta violenta y clandestina. No debe considerarse que el precario como tal tenga una connotación negativa o análoga a la violencia y clandestinidad, sino la conducta ingrata del precarista, que quiere obtener la protección de su posesión, ya reconocida y tutelada con relación a terceros, a costa de lesionar al concedente, a través de la utilización indebida de los medios de defensa pretorios en contra del *precario dans*. Ésa es la conducta que se considera indigna de protección jurídica —pero siempre con respecto del concedente—. ⁸⁰⁵

La posesión violenta y la clandestina de un fundo, así como la del precarista, en el sentido recién mencionado, son consideradas como posesión en la época antigua. ⁸⁰⁶

Lo anterior sugiere que la cláusula no se contenía en el texto original del interdicto (*uti possidetis*), sino que se llevó a cabo una inserción con posterioridad a la aparición del interdicto para tutelar la posesión privada. Antes no se requería, puesto que el interdicto protegía a todo poseedor del *ager publicus*, quienes sólo necesitaban una protección en contra de terceros, pues el *populus Romanus* podía revocar la concesión cuando lo quisiera, sin que el concesionario pudiera hacer algo. También se aplicaba a la posesión privada, pero ésta era secundaria y de poca importancia, lo que no pudo haber hecho surgir el interdicto. ⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ Ello se establece en contra de lo que dice Labruna, quien considera que la posesión en precario es la que se estima indigna, de manera análoga a la violencia y a la clandestinidad. Cfr. Labruna, L., “*Vim fieri veto*”, *cit.*, pp. 133 y ss.

⁸⁰⁶ Cfr. *supra* capítulo tercero, II.

⁸⁰⁷ En este mismo sentido se pronuncian los siguientes autores: Klein, F., *Sachbesitz und Ersitzung*, *cit.*, pp. 88 y ss.; Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, pp. 28 y 29

Dicha inserción pudo haber surgido alrededor del siglo II a. C., posiblemente a finales, cuando se estaba llevando a cabo el gran proceso de privatización del *ager publicus*. Esto se debió a que las posesiones del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario dejan de ser el modelo paradigmático de la posesión. Sólo así se podrían concebir como un vicio de la nueva figura de la posesión que emerge con la *lex Agraria* del 111 a. C. —el precario como vicio de la nueva posesión, puesto que esta nueva figura no podía concebirse sin la usucapión—, porque anteriormente el precarista no tenía la posibilidad de oposición alguna contra el *populus Romanus*, y cualquier mínima sospecha de actuación opuesta a la *res publica* era traición —sentimiento que se extendió hasta la época de César—.

En este sentido, se discrepa de Donatuti y Suman, puesto que consideran a la cláusula *nec vi nec clam nec precario* como único límite a la usucapión y como elemento que determina el contenido de la *possessio iusta* en el periodo arcaico. Esto sólo se aplica a partir de la última fase del derecho preclásico, el último siglo de la República.

Con la inserción de la cláusula en el interdicto *uti possidetis*, se desarrolló una especificación de los vicios de la posesión y el concepto de la *possessio iusta*⁸⁰⁸ clásica, concibiéndose ésta como la posesión exenta de dichos vicios (*vi, clam, precario*);⁸⁰⁹ por el contrario, la *possessio iniusta* se consideraba viciosa, porque se encontraba afectada por alguno de los vicios posesorios.⁸¹⁰

Este momento posterior es el punto de partida de Suman, quien inicia su estudio en la jurisprudencia clásica de mediados del siglo I a. C., coincidente con la caída de la República romana. Así, según él, el significado original de *possessio iusta*⁸¹¹ es la posesión que no está afectada por alguno de los *vitia possessionis* (*nec vi, nec clam, nec precario*). Sin embargo, es claro que existen otros pasos que demuestran que *iusta possessio*, en palabras del autor,

...abbia cominciato a venir usata, sia pure limitatamente e sporadicamente, già nel diritto classico anche pel possesso di buona fede, forse perché i giuriconsulti classici, dati i punti di contatto che vedremo in effetto esistere fra

(*Scritti Giuridici...*, 3, cit., pp. 123 y 124); Buckland, W. W., *Text Book of Roman Law from Augustus to Justinianus*, Cambridge, 1932, p. 734; Ciapessoni, P., “Appunti sul testo editale...”, *op. cit.*, p. 55; Dauve, D., “Concerning the Classification of Interdicts”, *RIDA*, 6, 1951, p. 29; Kaser, M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., pp. 254 y ss.

⁸⁰⁸ D. 41. 2. 3. 5 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 43. 17. 2 (Paul. 65 *ad ed.*); D. 8. 6. 12 (Cels. 23 *digest.*).

⁸⁰⁹ D. 41. 2. 6 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 41. 2. 13. 1 (Ulp. 72 *ad ed.*); D. 43. 16. 1. 28 (Ulp. 69 *ad ed.*); Gai. 4. 151.

⁸¹⁰ D. 41. 2. 13. 13 (Ulp. 72 *ad ed.*); C. 7. 32. 7 (Diocleciano).

⁸¹¹ *Cfr. supra* p. 196, n. 55. Véanse D. 41. 2. 3. 5 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 43. 17. 2 (Paul. 65 *ad ed.*); D. 8. 6. 12 (Cels. 23 *digest.*).

questa specie di possesso e la genuina *possessio iusta*, non ritennero infirmato per tale estensione il concetto originario, compilatoria invece è tale terminologia pel possesso *ex iusta causa*.⁸¹²

En este sentido, en el punto de más alto desarrollo de la jurisprudencia clásica (la *iusta possessio*), el estado de no lesionar requiere ser formulado en sentido positivo para legitimar la toma de posesión. Así, la posesión apta para la usucapión no sólo es aquella que carece de vicios, sino que también debe basarse en un justo título (*ex iusta causa*), y más tarde requiere la comparecencia de un elemento espiritual que implique la voluntad de no causar una lesión a la posesión del otro (*bona fides*).⁸¹³ El concepto de *possessio iusta* permanece en el sentido de posesión apta para la usucapión, y simplemente se amplía para incluir uno u otro de estos nuevos requisitos (buena fe y una causa justa).

Por otra parte, el uso esporádico de *iusta possessio* en el sentido de *bona fides* es impropio.⁸¹⁴ Finalmente, en el derecho justinianeo, la *possessio iusta*⁸¹⁵ se separa totalmente de la usucapión y toma el significado de *possessio ex iusta causa*,⁸¹⁶ sin importar que conduzca o no a la usucapión, que en el mayor de los casos no conduce.

Donatuti, contra de la teoría tradicional,⁸¹⁷ tiene razón cuando sostiene que el carácter de *iusta* en la posesión es una cualidad absoluta.⁸¹⁸

Con respecto a la protección interdictal, el carácter *iusto* o *iniusto* de la posesión es meramente relativo, puesto que se considera como tal sólo con relación al adversario. Como lo señalan Venuleyo y Paulo:

D. 41. 2. 53 (Ven. 5 *de interd.*): *Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet*.⁸¹⁹

⁸¹² Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1609 (3).

⁸¹³ No existe uniformidad en cuanto a la preexistencia de la *iusta causa* sobre la *bona fides*. Algunos de los que sostienen la anterioridad de la *iusta causa* respecto de la *bona fides* son los siguientes: Bonfante, P., “La iusta causa dell’usucapione...”, *op. cit.*, pp. 173 y ss.; Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1912, p. 265; Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, *cit.*, pp. 405 y ss. En contra, tenemos a Costa, E., *Storia del diritto romano*, Turín, 1911, p. 230.

⁸¹⁴ *Cfr.* especialmente *Gai.* 2. 95. Existen otros textos que hacen esta confusión, como *D.* 20. 4. 19 (Scaev. 5 *resp.*) y *D.* 5. 3. 31. 2 (Ulp. 20 *ad. ed.*); sin embargo, son textos interpolados.

⁸¹⁵ También es llamada *iusta detentio*, así como el *iusustus possessor*, *iusustus detentor*.

⁸¹⁶ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, pp. 1610 (4) y 1627 (21).

⁸¹⁷ *Cfr. supra* p. 195, en lo relativo a que, debido a la pluralidad de significados de *iusta possessio*, no pudieron llevar a cabo una categorización de ésta, relativizando completamente a la *iusta possessio* con relación al caso concreto y/o a los sujetos involucrados en el caso o controversia concreta.

⁸¹⁸ Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1079 (5).

⁸¹⁹ Traducción: “Contra los extraños suele ser útil la posesión viciosa”.

*D. 43. 17. 2 (Paul. 65 ad ed.): Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.*⁸²⁰

En el periodo clásico son pocos los fragmentos que hablan de *iusta* o *iniusta possessio* (*iuste* o *iniuste possidere*). *Possessio iusta* es utilizada por juristas clásicos con los siguientes significados:

- 1) De *possessio nec vi nec clam nec precario*: *Gai.* 4. 151; *D.* 41. 2. 3. 5 (Paul. 54 ad. ed.); *D.* 8. 6. 12 (Cel. 23 dig); *D.* 43. 26. 19. pr. (Iul. 49 dig); *D.* 43. 17. 3. pr. (Ulp. 69 ad. ed.); *D.* 43. 17. 2 (Paul. 65 ad ed.) y *D.* 41. 2. 11 (Paul. 65 ad ed.). En éstos se tiene la opinión directa de Juliano, Celso, Paulo y Ulpiano, y la indirecta por parte de Trebacio, Labeón y Sabino.
- 2) De *bona fides*: *Gai.* 2. 95; *D.* 5. 3. 31. 2; *C.* 7. 36. 2 (Diocleciano).
- 3) De *possessio ex iusta causa*: *D.* 20. 4. 19 y *D.* 41. 2. 11.
- 4) De *possessio ex iusta causa y bona fides*: *C.* 7. 33. 9 y 9. 22. 18 (Diocleciano).

1. *Iusta possessio como possessio nec vi nec clam nec precario*

Se iniciará con el texto de Gayo, porque es el único de esta lista que no forma parte del *Corpus Iuris Civilis*.

4. 151: *Sed in VTRVBI interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, uelut eius, cui heres extiterit, eiusque, a quo emerit uel ex donatione aut dotis nomine acceperit. itaque si nostrae possessioni iuncta alterius iusta possessio exsuperat aduersarii possessionem, nos eo interdicto uincimus. nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest. nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest. sed et si uitiosam habeat possessionem, id est aut ui aut clam aut precario ab aduersario adquisitam, non datur accessio; nam ei possessio sua nihil prodest.*⁸²¹

⁸²⁰ Traducción: “no importa nada en este interdicto que la posesión sea justa o injusta con respecto a los demás, pues cualquiera que sea poseedor, tiene más derecho que aquel que no posee, por el mismo hecho de que es poseedor”.

⁸²¹ Traducción: “Pero en el interdicto UTRUBI, no sólo la posesión propia beneficia a cada uno, sino también la de otro, cuando es justo que se le sume, como la del heredero, o la de aquel de quien compró, o la que recibió en donación o por causa de la dote. Por lo tanto, si a nuestra posesión se le suma la justa posesión de otro <y> supera la posesión del adversario, vencemos con ese interdicto. Sin embargo, a quien <no> tiene ninguna posesión propia no se le concede, ni se le puede conceder, un aumento de tiempo; pues a lo que no existe, nada <se le> puede añadir. Pero, también, si tiene una posesión viciosa, esto es, adquirida por la

Gayo se refiere a la *accessio possessionis* para poder vencer al contrario con el interdicto *utrubi*. Es necesario recordar que el pretor otorga dicho interdicto a quien ha poseído el bien mueble por un periodo más largo que el adversario en el último año. Tiene las características de ser prohibitivo y se da para retener la posesión (*retinendae possessionis*). Pero el poseedor puede vencer con este interdicto, aun cuando haya poseído por un periodo más corto que su adversario, sumando la posesión de aquel de quien adquirió, en caso de que sea justo reunirlos (*i. e.*, que la haya recibido por herencia, compra, donación; en resumen, por una *iusta causa*). Se habla de posesión justa para referir a la posesión que se considera en el interdicto *utrubi* —*nec vi nec clam nec precario ab adversario*—.

Paulo, en su libro 54 al edicto, contiene las ideas de los juristas más antiguos al respecto:

*D. 41. 2. 3. 5: Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*⁸²²

Éste es un texto muy importante. En este caso, es importante destacar la base sobre la cual sustentan la posibilidad o imposibilidad de que dos individuos posean por entero una misma cosa.

fuerza, clandestinamente, o por precario del adversario, no se le concede la adición; pues su posesión <no> le beneficia nada”.

⁸²² Este texto se toma como base de la tesis que sostiene que la posesión del precarista es injusta en el periodo clásico. Este paso es muy complejo y no sólo en cuanto a la discusión del problema de la doble posesión, sino también en cuanto a otros problemas. Sin embargo, aquí es utilizado exclusivamente para explicar la posesión del precarista. Para recurrir a más información de la literatura referente al texto, véase Horak, F., *Rationes decidendi. Entscheidungs-begründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, pp. 283 y ss. Traducción: “Por el contrario, muchas <personas> no pueden poseer por completo la misma cosa: es en efecto, contra la naturaleza, que, si yo tengo algo, también parezca que tú lo tienes. Sin embargo, Sabino escribe que quien concede algo en precario y quien lo recibe <de la misma forma>, ambos poseen. También lo aprobaba Trebacio, creyendo que uno puede poseer justamente y otro injustamente, pero que dos no podían poseer injustamente ni dos justamente, a quien reprendió Labeón porque para el conjunto de la posesión no importa mucho que uno posea justa o injustamente, lo que es más cierto, pues la misma posesión no pueden tenerla dos <personas>, como si pareciera que tú estás en el lugar en el que estoy yo, o que <que estoy> sentado en el lugar donde tú estás sentado”.

Con respecto a este problema, se destacan dos posturas que posiblemente representen la oposición teórica existente entre las escuelas proculeyana y sabiniana. La primera, representada por Labeón y seguida por Paulo, niega dicha posibilidad basado en la materialidad de la posesión, puesto que donde está uno “pisando o sentado” no puede estar en el mismo lugar el otro “pisando o sentado” (*quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*).⁸²³

La segunda, en palabras de Sabino, admite dicha posibilidad poniendo de ejemplo al precario, *i. e.*, que tanto el *precario dans* como el *accipiens* posean simultáneamente, en sentido abstracto, puesto que la posesión potencial del primero se concilia con la posesión actual del segundo, tesis que también es seguida por Pomponio, quien inicia configurando una nueva teoría sobre el *animus possessionis*, que se analizará más adelante. Introduce una nueva perspectiva al considerar que uno tenga el *animus possessionis* y el otro, *possideat corpore*.⁸²⁴

Por otra parte, contiene la perspectiva de Trebacio, maestro de Labeón,⁸²⁵ quien sí reconocía dicha posibilidad, remarcando que uno lo hacía *iusta* y el otro, *iniustamente*.

Es con relación a esta posibilidad que Trebacio considera que el *precario dans* tiene una *iusta possessio*, mientras que el precarista cuenta con una *iniusta possessio*. Sin embargo, de los juristas mencionados en el texto, no se refiere que alguno respalde o retome la idea de Trebacio.

Celso, en su *Digesto*, libro 23, también utiliza los términos contrapuestos de *iuste nec ne possideat*.

D. 8. 6. 12 (Cel. 23 dig.): *Qui fundum alienum bona fide emit, itinere quod ei fundo debetur usus est: retinetur id ius itineris: atque etiam si precario aut vi deiecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens ita, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert, iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet. Quare fortius et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur, quod et Sabino recte placet, ut apud Neratium libro quarto membranarum scriptum est.*⁸²⁶

⁸²³ Traducción: “como si pareciera que tú estás en el lugar en el que estoy yo, o que <que estoy> sentado en el lugar donde tú estás sentado”.

⁸²⁴ Cfr. D. 43. 26. 15. 4 (29 ad Sab.).

⁸²⁵ Parece ser que Labeón se alejó de las ideas de su maestro Trebacio, lo cual algunos atribuyen a desacuerdos políticos. Por otra parte, es importante reconocer que otros fragmentos de Labeón parecen estar en contra de la postura que aquí adopta. Cfr. D. 41. 2. 6. 1 (Ulp. 70 ad ed.). Asimismo, véase *supra* capítulo tercero, III.

⁸²⁶ Traducción: “Quien compró un fundo ajeno de buena fe, usó la servidumbre de paso que está destinada a aquel fundo. Se retiene esta servidumbre de paso y también si posee en precario o habiendo sido echado por el dueño. Pues, el fundo tal como está, cuando se ha

Celso plantea un caso muy interesante que continúa en la misma línea de contraposición de Trebacio, que consiste en diferenciar entre posesión justa e injusta, pero referidas a la manera en que se comportan las servidumbres de paso. Sostiene que quien compró de buena fe un fundo ajeno y utiliza la servidumbre de paso (*ius itineris*) vinculada al fundo conserva el derecho a seguir usándola, incluso si poseyera en precario o por haber despojado con violencia al dueño (*si precario aut vi deiecto domino possidet*), porque el poseedor, independientemente de que sea justo o injusto, ha poseído el fundo en su habitual estado, en toda su integridad jurídica; por ello, la servidumbre no se extingue, puesto que las servidumbres prediales son inherentes al predio, son *qualitates fundi* (cualidades objetivas del fundo). Se está de acuerdo con Suman en lo siguiente:

...qui l'antitesi fra possesso giusto ed ingiusto, ricollegandosi all' "*etiam si precario aut vi deiecto domino possidet*", assume il valore di contrapposto fra possesso che non sia e quello che sia viziato ed il possesso di buona fede, di cui si discorre nel passo, appare giusto non tanto perché *ex iusta causa*, quanto perché esente da ogni vizio.⁸²⁷

Donatuti interpreta de manera poco clara este texto y presenta un significado demasiado amplio —abstracto— de *bonae fidei* y de *iusta possessio* para poder sobreponer uno sobre el otro. Prácticamente, su razonamiento consiste en sostener que la *bona fides possessio* se utiliza en este fragmento con su significado propio; no obstante, como tal, la *bona fides* es antítesis de la *iniusta possessio* en tanto es *iusta possessio*.⁸²⁸ También parece ser que concibe que la *bonae fidei* significa *ex iusta causa*,⁸²⁹ lo que es totalmente errado, pues en los

poseído en su estado habitual, no pierde su derecho <de servidumbre de paso> y no importa que quien lo posea de tal manera lo haga con justicia o no. Por lo tanto, con mayor razón, si el agua fluye naturalmente por un canal, se retiene la servidumbre de conducir el agua, lo cual también es correctamente aceptado por Sabino, como está escrito en el libro cuarto de los pergaminos de Neracio”.

⁸²⁷ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1614 (8).

⁸²⁸ “...il possesso di buona fede è iusta possessio come sono iniustae quelle vi o precario”. *Cfr.* Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1089 (15).

⁸²⁹ “Certo per essere opposta a vi precario, possessio bonae fidei, iusta possessio, che si riferisce a quest’ultima, deve significare nec vi nec clam nec precario. Ma tale denominazione negativa non esclude denominazione più precise, come quella «bonae fidei» ad esempio, ed «ex iusta causa». Infatti, il possesso di buona fede, per essere opposto a possessio vi et precario, non perde il suo significato per annegarsi in quello di possesso «nec vi nec clam nec precario»; giacché l’antitesi sussiste ugualmente se a bonae fidei possessio si conserva il suo significato...”. *Cfr.* Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1089 (15). Por su parte, Albertario sigue la tesis de Donatuti, sin dar más datos. *Cfr.* Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 110.

problemas de buena fe lo que hay es un título putativo (*iusta causa putativa*, construcción creada por Neracio, contemporáneo de Celso).

No carece de sentido admitir que quienes actúan de buena fe creen que actúan acorde con lo que el derecho les dicta, para producir las consecuencias jurídicas relativas al acto que realizan, específicamente que en la adquisición de la posesión no se esté dañando al dueño o al antiguo poseedor. Sin embargo, un poseedor de buena fe podría estar dañando con su posesión al antiguo dueño o poseedor, pero no tiene conocimiento de ello ni la intención de causar ese daño. Este último es el elemento determinante de la buena fe, que en tiempos de Celso se utilizaba con claridad, y es el significado que no se encuentra en este texto o algún elemento que lo clarifique. Celso simplemente señala primero el caso que parece claro, en el que no podría presentarse problema para admitir que se retiene la servidumbre predial, y, posteriormente, los casos contrarios al primero, en los que también se mantiene dicha servidumbre. Generalmente, ello ocurre cuando se hace la diferenciación de la buena fe con el objeto de destacar sus efectos benéficos, en caso de que se presente; pero aquí carece de sentido diferenciar la buena fe como tal, si al fin y al cabo los efectos son los mismos. Esto no sucede con la *iusta e iniusta possessio*, puesto que ya se han visto varios fragmentos en los casos en que esta diferenciación no importa (en ciertos casos).

Juliano también se refiere a la posesión justa como aquella *nec vi nec clam nec precario*, y a la injusta como aquella viciada por los mismos. De igual forma que los juristas anteriores, lo hace con respecto a la posesión solidaria, por entero de un fundo, la cual no puede llevarse a cabo por dos precaristas, poseedores por violencia o clandestinidad, en el sentido de que una posesión de este tipo no puede realizarse por dos poseedores justos o por dos poseedores injustos. Lo que se puede deducir es que Juliano admite que se puede poseer por dos sujetos solidariamente, sólo cuando uno lo hace justa y el otro injustamente. Lo establece en el título 26, que se refiere al precario:

*D. 43. 26. 19. pr. (Iul. 49 dig): Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam: nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt.*⁸³⁰

Asimismo, un texto interesante pertenece a Ulpiano, quien admite dicha posibilidad con relación a la posesión clandestina —que se convierte en violenta—:

⁸³⁰ Traducción: “dos <personas> no pueden tener en precario <una cosa> por completo, como dos <personas> <no> pueden poseer <algo> por entero por la fuerza o de manera clandestina, ya que no pueden concurrir dos posesiones, <ya sean> justas o injustas”.

D. 41. 2. 6. 1 (70 ad ed.): *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit; [retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit <abit>]: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.*⁸³¹

En este sentido, podemos interpretar que el poseedor que parte a la feria posee justamente, mientras que quien ocupa la posesión del primero posee clandestinamente, de lo que se deduce que ambos poseen.⁸³²

En otro texto, el mismo jurista refiere al interdicto *uti possidetis*:

D. 43. 17. 3. pr. (Ulp. 69 ad ed.): *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.*⁸³³

Como observamos, Ulpiano analiza los efectos que se podrían producir cuando se estuviera frente a un caso en el que dos personas posean por entero el mismo bien. Es claro que toma los términos de Trebacio, siendo *iusta possessio* aquella que tuviera una *causa iusta*, e *iniusta* la obtenida por violencia o clandestinidad. Es muy interesante observar que Ulpiano no menciona al precario.⁸³⁴

De acuerdo con este texto, hay varios casos de aplicación del *uti possidetis*. Los hechos de los que se parte son un sujeto que se hace de la posesión por

⁸³¹ Consideramos la parte [retinet-abit] interpolada. Sin embargo, dicha interpolación no cambia el sentido del texto. Sobre otros autores que consideran la misma interpolación, *cfr. supra* n. 89. Traducción: “Quien habiendo ido a los mercados no hubiese dejado a nadie y, mientras él vuelve de ahí, alguien <más> hubiese ocupado <su posesión>, escribe Labeón que parece que <se> posee clandestinamente, por lo que retiene la posesión aquel que fue a los mercados. Pero, si no se admitiese al dueño que regresa, se entiende que más <bien se> posee por fuerza que de manera clandestina”.

⁸³² *Cfr. supra* n. 751.

⁸³³ Traducción: “Si dos <personas> poseyeran <una cosa> por completo, veamos qué se debe decir. Tratemos cómo procede <esto>: si alguien propusiera una posesión justa y una injusta. Yo poseo por justa causa, tú por la fuerza y clandestinamente. Si tú posees por mí —en mi lugar— yo tengo más ventaja por el interdicto, pero si no por mí, ninguno de nosotros será vencido, pues tanto tú posees como yo”.

⁸³⁴ Esto parece acorde con nuestra idea de que el precario no era como tal un vicio, sino solamente en el caso de que el precarista quisiera ejercitar el interdicto *uti possidetis* o *de vi* en contra del *precario dans*. En otras palabras, parece reconocer que el precario como tal no implica un vicio en la adquisición de la posesión (origen del precario o, mejor dicho, la causa, *i. e.*, el negocio de precario), sino que el vicio deviene posteriormente, cuando el precarista pide el interdicto *uti possidetis* contra el *precario dans* que quiere recuperar su fundo, o el interdicto *unde vi*, cuando el *precario dans*, ante la negativa del precarista de devolver el fundo, lo recupera por la fuerza. En ambos casos, el *precario dans* puede defenderse por la *exceptio vitiosae possessionis*.

violencia o clandestinidad, lo que implica que su posesión es injusta. Ahora bien, la cuestión consiste en determinar en contra de quién puede ejercitar el interdicto y cuáles serían los efectos:

- a) En primer lugar, si el poseedor injusto adquiere la posesión por violencia o clandestinidad del poseedor justo y, posteriormente, ejercita el interdicto *uti possidetis* contra el mismo (poseedor justo). En este caso, resultará vencedor el poseedor justo, pues en todo caso en el que se confronte el poseedor justo contra el injusto debe protegerse al poseedor justo.
- b) En segundo lugar, si el poseedor (injusto) despojó a un tercero de la posesión que justamente pertenece a otro y, después, ejercita el *uti possidetis* contra el último. En este caso, ninguno resulta favorecido o vencedor por el interdicto, puesto que ambos son poseedores, aquél injusta y éste justamente. Debe quedar claro que esto no quiere decir que se favorece el *statu quo* del poseedor injusto, sino simplemente que el *uti possidetis* no es aplicable a este caso, puesto que el poseedor injusto no lo es respecto del poseedor justo, y tampoco éste es justo con respecto de aquél. Este caso podría resolverse con el interdicto *unde vi*, puesto que, de acuerdo con el mismo Ulpiano en su comentario siguiente al mismo edicto del pretor (70 *ad ed.*),⁸³⁵ si el poseedor clandestino (considero que también se aplica al que por violencia despojó a un tercero) no permite entrar al poseedor justo (propietario) a la finca —que posee injustamente—, se entiende que posee con violencia, más que clandestinamente, y ahora sí con respecto al *iusto possessor*.
- c) Por último, el poseedor injusto ejercita el interdicto contra un sujeto totalmente extraño a la posesión, *i. e.*, no es poseedor justo ni quien fue despojado por violencia o clandestinidad, caso en el que resulta siempre vencedor el que posee, aunque sea poseedor injusto (Paul. 65 *ad ed.* en D. 43. 17. 2).

La dicotomía de *iusta* e *iniusta possessio* con el mismo significado clásico también es utilizada por Paulo, referida al interdicto *uti possidetis*:

D. 43. 17. 2 (Paul. 65 *ad ed.*): *Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.*⁸³⁶

⁸³⁵ D. 41. 2. 6. 1 (Ulp. 70 *ad ed.*).

⁸³⁶ Traducción: “Ciertamente, en este interdicto no importa nada que la posesión sea justa o injusta con respecto a los demás, pues cualquiera que sea el poseedor, por el mismo hecho de <ser> poseedor, tiene más derecho que el que no posee”.

Paulo es muy claro al señalar la naturaleza relativa del interdicto *uti possidetis*, ya que se otorga sólo a quien ha iniciado su posesión *nec vi nec clam nec precario* con relación a su adversario; en cambio, toda posesión era protegida con relación a terceros.⁸³⁷

2. Iusta possessio como possessio bonae fidei

Ahora, se analizarán los fragmentos clásicos en los que se presenta la expresión *iusta possessio* con el significado de *bonae fidei*.

*Gai. 2. 95: Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos seruos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. et hoc est, quod uulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse; tantum de possessione quaeritur, an per liberam personam nobis adquiratur.*⁸³⁸

Este texto es muy importante en virtud de que es externo al *Corpus Iuris*, por lo que es altamente posible que sea genuino y, por ende, se puede tomar como punto de referencia para el análisis de los demás textos.

Como Gayo señala en la primera línea, se tiene que atender al contenido que antecede al fragmento para poder interpretarlo y entenderlo en su contexto. El contenido relevante para este análisis es parte del § 86, que contiene los casos en los que es posible adquirir la posesión por medio de otros, entre los que se encuentran *per eos quos in potestate manu mancipiue habemus* (§§ 87-90); *per eos seruos in quibus usumfructum habemus* (§§ 91 y 94); *per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus* (§§ 92, 93 y 94). En los fragmentos que refiere Gayo, no hace mención alguna a la posesión *vi, clam o precario*, sino solamente a la *bonae fidei possessio*; por ello, cuando menciona la *iusta possessio*, claramente se puede observar que aquélla está en lugar de la *possessio bonae fidei*, pues se refiere a que es posible adquirir a través de los esclavos ajenos sobre los que se tiene el usufructo o la *iusta possessio*, en el sentido de que se tenga sobre el esclavo la posesión de buena fe.

⁸³⁷ Cfr. *supra* capítulo tercero, III. En este mismo sentido se pronuncia Venuleyo, 5 de *interd.* (D. 41. 2. 53) y Gayo.

⁸³⁸ Traducción: “De estas <cosas> es evidente que no puede adquirirse nada para nosotros a través de hombres libres que no están sujetos a nuestra <autoridad> ni que poseemos de buena fe, ni tampoco mediante esclavos ajenos, sobre los cuales no tenemos usufructo ni posesión justa. Esto es lo que comúnmente se dice: que no se puede adquirir nada para nosotros a través de una persona extraña. Sólo se discute si <se puede adquirir algo> para nosotros a través de una persona libre”.

Otro texto en el que se puede observar la utilización de *iustus possessor* con el significado de poseedor de buena fe es el *D. 5. 3. 31. 2* (Ulp. 15 *ad ed.*),⁸³⁹ pero se debe considerar lo contenido a lo largo del § 31. En el principio, Ulpiano refiere que el poseedor de buena fe puede poner a cuenta todos aquellos pagos hechos por él mismo a los acreedores hereditarios —los cuales *non liberavit petitorum hereditatis*, puesto que fueron hechos en nombre propio, *i. e.*, a nombre del poseedor de buena fe y no del deudor— y cobrarlos contra el heredero. Además, menciona a Juliano (6 *dig.*), quien considera que el poseedor podrá poner a cuenta dichas deudas pagadas si fue convenido con la *hereditatis petitio*, que daría garantía de defender al heredero del cobro de los acreedores. Sin embargo, Ulpiano se pregunta si Juliano estima que la caución debe ser dada también por el poseedor de buena fe, a lo que considera:

...*Et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore...*⁸⁴⁰

§ 1 *Sed si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debet: maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur...*⁸⁴¹

§ 2 *Iustus autem possessor dubio procul debet deducere, quod sibi debetur.*⁸⁴²

Finalmente, distingue en el párrafo siguiente (§ 3)⁸⁴³ entre poseedor de *bonae fidei* y *malae fidei possessor* (*praedo*) con respecto a la responsabilidad por culpa en la que incurre este último, derivada de la no realización de los gastos necesarios que debió hacer *quia quasi suam rem negrexit...*, y en el § 5 pone al poseedor de buena fe como al de mala fe en el mismo plano, pues ambos deben restituir los pagos recibidos.

⁸³⁹ Existen grandes dudas sobre la autenticidad del fragmento en cuestión, del que forma parte el párrafo que nos interesa. Ya grandes romanistas han señalado las interpolaciones de las que se encuentra afectado: Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, *cit.*, p. 241; Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 3, *cit.*, pp. 179 y 180; Messina Vitrano, F., “La mala fede con l’inizio della lite nella hereditatis petitio”, *BIDR*, 20, 1909, pp. 241 y ss.; Albertario, E., “La litis contestatio nella hereditatis petitio”, *RIL*, 47, 1914, p. 566 (“«Lis contestata» e «controversia mota»”, *Studi di diritto romano*, 4, Milán, 1941, pp. 261 y ss.).

⁸⁴⁰ Traducción: “Y me parece que Juliano solamente <se refería> al ladrón cuando <expresó su opinión acerca> de tomar precauciones, no también al poseedor de buena fe”.

⁸⁴¹ Traducción: “Pero si algo se debía al propio ladrón, no deberá deducirlo, sobre todo si era una deuda que se debía por naturaleza”.

⁸⁴² Traducción: “Sin embargo, el poseedor justo, sin duda, deberá deducir lo que se le debe”.

⁸⁴³ Beseler, Mesina-Vitrano y Albertario consideran que este párrafo se encuentra interpolado en la parte *nisi bonae fidei... praedo est*. Véase nota anterior.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que el *iustus possessor* del párrafo 2 se contrapone evidentemente con el poseedor de mala fe, por lo que su significado concuerda con el de *bonae fidei possessor*.⁸⁴⁴

C. 7. 36. 2 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Marcellae*

*Si debitori heres non extitisti, sed iusta viginti annorum possessione collata in te donatio roborata est, neque personali actione, quia debitori non successisti, conveniri te iuris ratio permittit nec data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt, quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescriptionem opponi posse tam rescriptis nostris quam priorum principum statutis probatum sit.*⁸⁴⁵

Los emperadores responden que, si una persona ha recibido en donación unos fundos gravados con prenda, pero a la vez su donación es reforzada por la posesión de los mismos fundos por un periodo de diez años, no puede el acreedor del causante-deudor ejercitar en contra del donatario-poseedor una acción personal, puesto que este último no es heredero del deudor. Tampoco se le pueden privar de dichos fundos, porque ya trascurrió el periodo de la *longi temporis praescriptio*. Como hemos visto, *iusta possessio* no significa posesión carente de vicios (*nec vi nec clam nec precario*), y tampoco *possessio ex iusta causa*, pues se trata de una adquisición por donación, en la cual no se atiende al momento inicial de adquisición de la posesión, sino a la posesión continuada por el lapso necesario para prescribir, periodo durante el cual persistió la cualidad de *iusta* de la posesión. Cuando se refiere que esta cualidad de *iusta* permaneció en el tiempo, sólo puede hacerse alusión a la posesión *bonae fidei*; por tanto, en este texto, *iusta possessio* significa *possessio bonae fidei*. Este mismo texto confirma que en la *praescriptio longi temporis* es necesario que la buena fe permanezca si se adquiere a título gratuito: *mala fides superveniens nocet...*⁸⁴⁶

De lo anteriormente expuesto, se deduce que el uso de la expresión *iusta possessio* como *bonae fidei possessio* es clásico en Gayo. Posiblemente, utilizó esta

⁸⁴⁴ También se puede observar dicha antinomia entre poseedor de buena y mala fe en las *Bas.* 42. 1: μην ὁ κακή πίστη...

⁸⁴⁵ Son dos rescritos de Diocleciano y Maximiano, que se analizarán más adelante; pertenecen al primer periodo posclásico, pues datan del siglo III d. C. Estas constituciones deben considerarse de manera separada y con reservas, ya que su terminología y la lengua son descuidadas, y no tienen las características de la jurisprudencia clásica, pero son consideradas bajo la influencia del derecho clásico. Traducción: “Si no te convertiste en heredero del deudor, pero la donación se fortaleció por la justa posesión de veinte años <que> te fue transferida, la ley no permite que se te demande con una acción personal, porque no sucediste al deudor; ni las propiedades dadas en prenda deben ser arrebatadas después de un largo periodo de tiempo, dado que se ha demostrado, tanto por nuestros rescriptos como por los decretos de los emperadores anteriores, que la prescripción de diez años puede oponerse inclusive a los acreedores presentes”.

⁸⁴⁶ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1620 (14).

expresión para evitar la repetición de *bona fides*, además de que es dudoso que Gayo conociera el significado técnico de *iusta possessio*. Por otro lado, es normal que al desconocer el significado técnico de *iusta possessio* recurriera a otra figura afín, sin que por ello anule o invalide su sentido estricto. Por ello, se utiliza, en las fuentes analizadas y en otra más, *praedo*⁸⁴⁷ como contrario a *bonae fidei possessor*, pues *praedo* es también el poseedor injusto por excelencia, lo que confirma que, en caso de que los conceptos no se adecuaran perfectamente, era comprensible designar como *iustus possessor* al poseedor de buena fe, incluso cuando se sabe que el poseedor justo no siempre es de buena fe, pero el poseedor de buena fe es siempre poseedor justo, porque no puede haber buena fe en quien ha adquirido la posesión viciosamente a través de violencia, clandestinidad o temporalidad.⁸⁴⁸

3. *Iusta possessio como possessio ex iusta causa*

*D. 20. 4. 19 (Scaev. 5 resp.): Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere. Respondi posse videri non iniustum postulare.*⁸⁴⁹

En este texto, Escévola presenta un caso en el que se utiliza *iustus possessor* como poseedor *ex iusta causa*.⁸⁵⁰ El razonamiento es el siguiente: una mujer da en dote a su marido un predio que estaba gravado en prenda. Posteriormente, instituye de herederos testamentarios a su marido e hijos (hijos tenidos con su marido y otros hijos tenidos de un marido anterior). Muere la mujer, y el acreedor pignoraticio tiene dos opciones: *a)* demandar con la acción personal a los herederos, o *b)* ir con la acción real hipotecaria contra

⁸⁴⁷ Gayo: *D. 9. 4. 13 (13 ad ed. prov.)* y *D. 5. 3. 39. 1 (6 ad ed. prov.)*. De Ulpiano, todos los fragmentos de su libro 15 *ad edicto*: *D. 5. 3. 11. 1, 5. 3. 13. 8 y 12; D. 5. 3. 25. 3, 5-7 y 17; D. 5. 3. 31*. De Paulo, todos los fragmentos de su libro 20 *ad edicto*: *D. 5. 3. 19. 2; D. 5. 3. 22. pr.; D. 5. 3. 28; D. 5. 3. 36. 3 y 5; D. 5. 3. 38; D. 5. 3. 40. pr. y 1*. También encontramos un texto de Modestino, con la misma utilización de *praedo*: *D. 5. 3. 46 (6 differentiarum)*.

⁸⁴⁸ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1619 (13).

⁸⁴⁹ Traducción: “Una mujer dio a su marido en dote un predio obligado en prenda y por testamento instituyó herederos a <su> marido y a <sus> hijos nacidos de él y a también a los de otro. El acreedor, cuando podría citar a juicio a los herederos idóneos, se dirigió contra el fundo. Preguntó, si acaso el poseedor legítimo le ofreciera <pagar>, ¿deberá ser compelido a ceder el derecho de <su> crédito? Respondí que podía parecer que no solicitaba <nada> injusto”.

⁸⁵⁰ Schulz, F., “Klagen-Cession im Interesse...”, *op. cit.*, p. 103; Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1092 (18).

el poseedor del fundo. Decide hacer lo segundo. En este sentido, se plantea la siguiente cuestión: si el justo poseedor del fundo se ofreciera a pagar la deuda al acreedor pignoraticio, se puede constreñir a éste a aceptarla y ceder su derecho de crédito al poseedor, para que éste lo haga valer con relación a los coherederos. A dicha cuestión, Escévola responde que sí. Ahora, parece claro que el *iustus possessor* es el marido,⁸⁵¹ quien recibió el fundo por concepto de *dotis causa* de su mujer.

Suman considera que en este texto *iustus possessor* indica al poseedor de buena fe, porque la única distinción que se puede hacer en el texto es aquella entre poseedor de buena fe y poseedor de mala fe, tal y como se distingue entre poseedor y propietario reivindicante de los gastos hechos por el primero. Sin embargo, él mismo reconoce que dicha lectura es forzada, porque al final hipotetiza la posibilidad de que *iustus* se trate de un glosema que se introdujo por una interpretación errada del sucesivo *iniustus*, en el sentido de que *iustus* parece totalmente extraño al texto.⁸⁵²

Existe otro fragmento, pero esta vez de Paulo:

D. 41. 2. 11 (65 *ad ed.*): *Iuste possidet, qui auctore praetore possidet.*⁸⁵³

La posesión que se adquiere por medio del pretor es sin duda una posesión *iusta*, en el sentido de *ex iusta causa*,⁸⁵⁴ puesto que, si el pretor lleva a cabo una *missio in possessionem*,⁸⁵⁵ ésta es justa porque es una *possessio ex secundo decreto*, que se funda *ex decreto* del pretor⁸⁵⁶ ordenado *cum iusta causa videbitur*.⁸⁵⁷

⁸⁵¹ Beseler considera que *maritus* es un glosema. Cfr. Beseler, G., “Miscellanea”, *zSS*, 43, 1922, p. 421.

⁸⁵² La posibilidad de un glosema no parece imposible, pero consideramos que es poco probable. Prácticamente, Suman es el único, junto con Seligsohn, en considerar tal posibilidad. Cfr. Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1617 (11); Seligsohn, E. H., *Iusta possessio, Verlagsdruckerei Adolf Fürst*, Berlín, 1927, p. 42, n. 149. Por otra parte, el hecho de que se trate de *Responsa* implica que posiblemente el compilador reproducía la pregunta (problema) como propuesta de las partes para formular al jurisconsulto, por lo que muy probablemente el epíteto es del compilador, y no de Escévola. Cfr. Krüger, G., “Über den Widerruf eines Testaments durch Zeischneiden des «linum»”, *zSS*, vol. 7, 2o. fasc., 1886, p. 92. En contra, tenemos a Schirmer, T., “Replik in Sachen des linum testamenti incisum”, *zSS*, vol. 8, 1o. fasc., 1887, pp. 99 y ss. Reitera Krüger, G., “Bemerkungen”, *zSS*, vol. 8, 1o. fasc., 1887, p. 110.

⁸⁵³ Traducción: posee de manera justa quien <lo hace> con la autoridad del pretor.

⁸⁵⁴ Cfr. Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, *cit.*, p. 420; Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 110; Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1093 (19).

⁸⁵⁵ Sobre los casos en los que se puede entrar en posesión, véase D. 42. 4: *quibus ex causis in possessionem eatur*.

⁸⁵⁶ D. 39. 2. 7. pr. (Ulp. 53 *ad ed.*) y D. 39. 2. 15. 16 (Ulp. 53 *ad ed.*).

⁸⁵⁷ D. 39. 2. 15. 21 (Ulp. 53 *ad ed.*).

Posiblemente, en el contexto de discusión de este texto, se deliberaba sobre la posibilidad de que aquellos que fueron puestos en posesión *praetore auctore* fueran tutelados por el interdicto *uti possidetis*, a lo cual Paulo consideraría que sí, puesto que poseían justamente, en un sentido más amplio que la simple posesión *nec vi nec clam nec precario ab adversario*, ya que si no Paulo hubiera posiblemente utilizado *nec vi nec clam nec precario possidet, qui praetore auctore possidet*.⁸⁵⁸

Por su parte, Suman considera erróneamente que no se tienen los elementos que lleven a suponer que en este fragmento Paulo se refiera a la *iusta causa possessionis* y sostiene que *iuste possidet* debe interpretarse como una posesión no viciada, argumentando que este fragmento pertenece al libro 65 del comentario al edicto, libro en el que Paulo se consagra al interdicto *uti possidetis*, por lo que, según él, cuando Paulo se refiere a *iuste possidet*, quiere decir que es todo aquel que posea.

4. Iusta possessio como possessio ex iusta causa y bonae fidei

En los textos siguientes se presenta la expresión *iusta possessio*, conteniendo a la vez dos significados: *possessio ex iusta causa y bonae fidei*. Ambos textos son del siglo III d. C.

*C. 7. 33. 9. Impp. Diocletianus, Maximianus AA et CC. Demostheni. *<A 294>. Emptor bona fide contra praesentem decennii praescriptione, cuius initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione iustae possessionis defensio absolvi recte postulat.*⁸⁵⁹

El comprador de buena fe, que ha poseído el bien el tiempo necesario para ejercer la *praescriptio longi temporis*, debe hacer la declaración al principio de la *litis*, en la que se encuentre demandado. Tendrá que probar su posesión justa después de que el actor haya probado su propiedad, por lo que deberá absolverse.

El texto hace claramente referencia a que la *iusta possessio* es la del comprador de buena fe, quien puede adquirir la propiedad con la *praescriptio longi*

⁸⁵⁸ Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1093 (19).

⁸⁵⁹ Traducción: “El comprador de buena fe mediante la prescripción de diez años contra el presente, para la cual al inicio es suficiente que se haya realizado la contestación, después de que el demandante haya cumplido con su intención, solicita correctamente ser absuelto, al presentar prueba de la posesión justa”.

temporis, por lo que no hay duda de que debe entenderse en el sentido de *possessio* de buena fe y *ex iusta causa usucapionem* (*emptio*).

C. 9. 22. 18. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. AA. Et CC. Maximo* *<A 294 S.III NON.MART.CC.CONSS.>. *Ex initio falsi commissi iusta possessio non paratur. Unde contra eos, quos de dominio fundi tecum contendere proponis, accusationem instituire potes.*⁸⁶⁰

Varias personas falsifican un título, probablemente un testamento, y con la utilización del mismo título falso se apropian de un fundo, a lo que el emperador responde que nadie puede adquirir una posesión justa mediante un acto falso, por lo que el propietario puede hacer valer su derecho a través del juicio de falso.

Iusta possessio se entiende como *possessio* que contenga *bonae fides* y *ex iusta causa*, pues indica una posesión apta para la adquisición del dominio. En este sentido, la falsificación inicial del título implica que no se actuó de buena fe y, al mismo tiempo, la falsedad del título excluye la *iusta causa* que justifique la apropiación de la posesión del fundo.⁸⁶¹

En los textos que anteriormente se analizaron,⁸⁶² en los que *iusta possessio* se utiliza con un sentido diverso al clásico (ausencia de los tres vicios: *nec vi nec clam nec precario*), se emplea para representar conceptos nuevos, *i. e.*, la *iusta causa* y la *bona fides*. En la misma época clásica, estos conceptos se suman a la *possessio nec vi nec clam nec precario*, como requisitos de la posesión dirigida a obtener la usucapión. En este sentido, es claro observar cómo en este periodo la usucapión, o, mejor dicho, la posesión dirigida a obtener la usucapión, toma el lugar central como “la posesión”; por esta razón, los juristas tratan de desarrollar el concepto de *iusta possessio*, y buscan ampliarlo a tal punto que pueda incluir los nuevos requisitos civiles impuestos para alcanzar tal objetivo —la usucapión—.

Es importante remarcar que, cuando encontramos que la posesión de buena fe es justa, es ésa exactamente la posesión dirigida a adquirir el dominio. En este sentido, la posesión de buena fe es siempre justa, porque es totalmente incompatible con la posesión *vi clam precario*. Por otro lado, no encontramos ni una sola referencia que diga que la posesión de mala fe es injusta, en el sentido de que está viciada, presentándose la posibilidad de que

⁸⁶⁰ Traducción: “Desde el inicio, la posesión justa no se obtiene a partir de fraude. Por lo tanto, contra aquellos con quienes pretendes disputar la propiedad del terreno, puedes iniciar una acusación”.

⁸⁶¹ Suman considera que *iusta possessio* debe ser entendida en el sentido de *possessio bonae fides*. Cfr. Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1621 (15).

⁸⁶² Cfr. *supra* capítulo tercero, III, 2 y 3.

un poseedor de mala fe pueda ser un poseedor justo, como en el caso en que una persona adquiere de un incapaz conociendo su situación —es poseedor de mala fe, pero no injusto, puesto que no adquiere *vi clam precario*—.

En el periodo justiniano, la *possessio iusta* mantiene su significado, pero se diferencia de su antecesora clásica, pues se separa de la *usucapio* y se utiliza para designar la *possessio ex iusta causa*, incluyendo como *iusta possessio* casos en los que la usucapición es imposible, ya que son en realidad detentaciones. Esto se observará después de revisar varios textos en los que se utiliza dicha expresión para referir a la posesión del precarista y del acreedor pignoraticio, los cuales en el periodo clásico eran, sin lugar a duda, posesiones injustas por no conducir a la usucapición. Sin embargo, en el derecho justiniano se consideran justas, ya que se sustentan en un negocio jurídico del cual se producen. Las fuentes del periodo posclásico que utilizan *possessio iusta* —asimismo, emplean *iusta detentio*, y el *iustus possessor* también es referido como *iustus detentor*— con el significado de *possessio ex iusta causa* son *C. 7. 31. 1. 3* y *C. 7. 39. 8. 1. 1a.* (Justiniano). Igualmente, se encuentra en otros textos interpolados: *D. 41. 2. 24* (Iav. 14 *epist.*);⁸⁶³ *D. 6. 2. 7. 3* (Ulp. 16 *ad ed.*); *D. 6. 2. 13. pr-1* (Gai. 7 *ad ed. prov.*); *D. 9. 4. 22. 1* (Paul. 18 *ad ed.*); *D. 10. 3. 7. 4* (Ulp. 20 *ad ed.*).⁸⁶⁴

*C. 7. 31. 1. 3. Imperator Justinianus A: Johanni pp. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium, quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est.*⁸⁶⁵

⁸⁶³ Éste es un texto altamente interpolado, como lo afirman Vassalli, F., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 36; Bonfante, P., *Scritti giuridici vari*, 2, *cit.*, pp. 517, nn. 2 y 3, y 539; Hägerström, A., *Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 208; Albertario, E., “Un interesante testo di Giavoleno (*D. 41, 2, 24 ex L. 14 epist.*)”, *AUF*, 30, 1915, p. 43 (*Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 299 y ss.; *AG*, 106, 1931); Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, p. 35, n. 1 (*RDP*, vol. 2, núm. 1, 1932, p. 28, n. 2). Perozzi considera que la interpolación comprende el fragmento [*quoniam-possidet*]; sin embargo, no concordamos con él. Véase Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, p. 868.

⁸⁶⁴ Sobre la interpolación de dichos textos, véase Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, pp. 16 y ss.; Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 28 y ss., y 130 y ss. (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 124 y ss., y 232 y ss.); Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, pp. 1095 y ss. (21 y ss.).

⁸⁶⁵ Traducción: “Con la única observación de que, en todos estos casos, desde el principio se debe adquirir la posesión de buena fe, según lo que exige la prescripción de largo tiempo, y que la posesión del poseedor anterior también se continúe y se cuente para el periodo de

En este texto, *iusta detentio* se refiere a la posesión que se funda en un *iusto título*.

C. 7. 39. 8. 1a. *Imperator Justinianus A. Menae pp. II. Sin vero nullum ius in eadem re quocumque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab iniusto detentore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor triginta vel quadraginta annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui et vicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus sit.*⁸⁶⁶

En esta constitución, Justiniano establece cuáles deben ser las consecuencias producidas por la pérdida de la cosa por parte del poseedor, que por la *praescriptio longi temporis* se convirtió en propietario. En el proemio considera la situación del poseedor *ex iusta causa* y *bona fide* que ha adquirido la propiedad de la cosa y que, no obstante, si posteriormente pierde de manera fortuita la posesión de ésta, puede recurrir a la *rei vindicatio*. En el fragmento § 1 refiere el caso del poseedor que devino propietario del bien (*praescriptio triginta vel quadraginta annorum*), pero diferenciando las consecuencias de acuerdo con dos posibles casos, en función de la existencia de la buena fe inicial. En el primer de los casos, el poseedor tuvo buena fe inicial, mientras que en el segundo se comenzó a poseer de mala fe. El primero puede ser tutelado con la *rei vindicatio*, en tanto que el segundo no. En el caso del poseedor de mala fe, se pueden observar dos situaciones: una en la que el nuevo poseedor es quien había sido propietario anteriormente o quien haya tenido un derecho sobre la cosa —a quien el poseedor de mala fe, con anterioridad, le había opuesto la *triginta vel quadraginta annorum exceptione*—, por lo que readquiere el *commodum detentionis*; la otra posibilidad es que sea un tercero, quien no había tenido derecho alguno sobre el bien.

Cuando el nuevo poseedor es un tercero, el propietario anterior, el acreedor pignoraticio —que, dicho sea de paso, es considerado como poseedor justo— o sus herederos pueden reivindicar la cosa, no obstante que el acree-

diez o veinte años, o tres años, que consideramos aplicable en el caso de bienes muebles. De esta manera, la justa posesión del antecesor con un título válido no será interrumpida por el conocimiento posterior de que tal vez se trate de una cosa ajena, aunque haya comenzado por un título lucrativo”.

⁸⁶⁶ Traducción: “Pero si en ningún momento tuvo derecho alguno sobre ese bien, entonces se permitirá al antiguo dueño o al acreedor, que tenía el bien comprometido en una hipoteca, y a sus herederos, reclamarlo del poseedor injusto, sin que les impida el hecho de que el poseedor anterior los había removido con una excepción de treinta o cuarenta años, a menos que el mismo poseedor injusto esté protegido por una excepción de treinta o cuarenta años contados desde el momento en que el poseedor anterior, que ganó, perdió esa posesión”.

dor de mala fe haya opuesto contra la reivindicación de éstos la excepción de treinta o cuarenta años, pues esta excepción es removida con respecto del tercero, quien ahora es el nuevo poseedor, porque nunca había tenido un derecho sobre el bien. Este tercero puede defenderse de la reivindicación de aquéllos, solamente, con la *triginta vel quadraginta annorum exceptione*, contados desde el momento en que el primer poseedor, que ejercitó la *rei vindicatio*, desistió de la posesión.

Así, este tercero es un *iniusto detentore*, *iniusto possessor*, que sin *vero nullum ius in eadem re quocumque tempore habuit*. De manera clara, se concluye que en este texto un *iusto possessor*, *iusto detentor*, sería aquel que haya tenido un *ius* sobre la cosa y, por tanto, *ius* sólo puede ser entendido como *possessio ex iusta causa*, con un significado más general que la posesión civil.

Ahora, analizaremos los textos del *Digesto* que siguen la misma identificación de *iusta possessio* como *possessio ex iusta causa*, tal y como las constituciones anteriores.

D. 41. 2. 24 (Javol. 14 *epist.*): *Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non [corporalem possessionem, sed iustam] potest adquirere: [sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet]. Nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere]. Quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.*⁸⁶⁷

Este texto es muy complejo, por lo que es tema suficiente para un desarrollo individual. Por ello, aquí no realizaremos un análisis exhaustivo del mismo, sino que sólo expondremos brevemente en qué sentido es útil en nuestro hilo conductor de la exposición.

La discusión teórica principal que se desarrolla sobre este texto es la sostenida por Riccobono⁸⁶⁸ y Albertario. El primero considera que la parte [*sicut-creditur possidere*] es toda interpolada. También estima que los compiladores excluyeron *ex peculiari causa*, que va antes de *ignoranti tibi*. En este senti-

⁸⁶⁷ Traducción: “No posees lo que un esclavo tuyo posee por la fuerza, ignorándolo tú, ya que el que está bajo tu potestad no puede adquirir <para ti> una posesión corporal, sino una justa, ignorándolo tú, así como posee aquello que ha llegado a él por su peculio. Pues entonces se dice que el dueño posee también a través del esclavo, y con gran razón, porque lo que es tenido corporalmente con justa causa por el esclavo está en su peculio, y el peculio, que el esclavo no podría poseer civilmente, sino que lo tiene naturalmente, se considera poseído por el dueño. Pero lo que se obtiene a través de delitos no pertenece a la posesión del dueño, porque no se adquiere a causa del peculio”.

⁸⁶⁸ Riccobono, S., “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse”, *ZSS*, 31, 1910, pp. 356 y 357.

do —continúa—, es claro observar que el esclavo solamente puede adquirir sin conocimiento de su dueño la *iusta possessio* (i. e., la *possessio civilis*), nunca la posesión injusta. Dicha adquisición es sólo corporal, lo que en el significado clásico correspondería a la mera detentación. En consecuencia, el dominio o su adquisición es resultado de una relación jurídica que se debe fundar en el derecho civil, negando la posibilidad de adquirir a través de cualquier acto criminal. Lo que se adquiere contra el derecho civil trae aparejada una sanción de derecho civil. En este sentido, se puede interpretar el fragmento como un principio según el cual el esclavo puede adquirir la posesión a favor de su dueño, quien ignora la adquisición, solamente en caso de que ésta sea *civilis possessio* —*ex omni iusta causa*—; por ello, es posible la adquisición de la posesión *ex peculiari causa* (la cual es sólo un ejemplo).⁸⁶⁹

Con respecto a la expresión bizantina de la antítesis *civiliter possidere-naturaliter tenere*, *civiliter* incluye tanto la posesión civil como la pretoria (interdictal). Además, reconstruye la forma originaria del texto, basado en el paso correspondiente de las *Basilicas* (50. 2. 23).

Albertario interpreta el texto en forma diversa. Acertadamente, considera que la antítesis *corporalis-iusta* no puede ser interpretada en el sentido de Riccobono, pues la *possessio corporalis* no puede significar o referir la mera y simple detentación, porque ello llevaría a un absurdo. Lo que parece decir Javoleno es que la posesión que adquiera el esclavo para su dueño, sin que éste lo sepa, no debe ser adquirida violentamente, porque el esclavo, en ese caso, no puede adquirir para él (amo) la detentación. En conclusión, *corporalis* debe entenderse, además de mera detentación, como *iniusta possessio*, posesión viciosa, significado que no es clásico, por lo que se debe admitir que la parte [*corporalem-iustam*] también está interpolada.⁸⁷⁰

Donatuti concuerda con Albertario, pero además agrega que, si se sigue el texto, puede observarse que *iusta possessio* significa *possessio ex iusta causa*. Por lo tanto, si la regla de que el esclavo puede adquirir para su amo *ex omni iusta causa* es bizantina, *iusta possessio*, en este fragmento, también es una expresión de su pensamiento, *ex iusta causa*.⁸⁷¹

⁸⁶⁹ Podemos observar la base de esta regla en *D.* 41. 2. 1. 5 (Paul. 54 *ad ed.*), de acuerdo con Sabino, Casio y Juliano. Véanse también otros fragmentos: *D.* 41. 2. 1. 22 (Paul. 54 *ad ed.*); *D.* 41. 3. 44. 7 (Pap. 23 *Quaest.*) y § 47 (Paul. 3 *ad Nerat.*). Quien mejor presenta las razones de la regla es Papiniano: *D.* 41. 2. 44. 1 (23 *Quaest.*).

⁸⁷⁰ *Cfr.* Albertario, E., “Un interesante testo di Giavoleno...”, *op. cit.*, p. 37. Otros que consideran dicha interpolación son los siguientes autores: Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 85, n. 4, 109, n. 2, 138, n. 1, y 150, n. 5 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 185, n. 1; 210, n. 2; 240, n. 3, y 254, n. 2); Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, p. 515.

⁸⁷¹ En este sentido, véase Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, pp. 1098 (24) y ss.

D. 6. 2. 7. 3 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit.*⁸⁷²

El *iustus possessor* a que refiere Ulpiano es aquel que ha recibido una donación, posiblemente a título de dueño, en el derecho clásico; por ello, la donación funge aquí como *iusta causa possidendi*.

No obstante, es un texto considerado interpolado por muchos romanistas. Perozzi señala la repetitividad bizantina de la frase *est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit*, que no aporta nada en claridad a la primera parte, puesto que se dice que el donatario es un *iustus possessor* o un *iustus petitor*, siendo la primera una expresión claramente clásica, cuyo concepto no lo es, y la segunda se trata de un elemento totalmente extraño a la jurisprudencia clásica, por lo que declara dicha frase bizantina, redundante, superflua e inútil.⁸⁷³ Pacchioni⁸⁷⁴ ha demostrado que dicha frase redundante no es genuina. De la misma forma, Di Marzo considera que la parte *ex lucrativis causis* está interpolada.⁸⁷⁵

Sin embargo, quienes son más contundentes en sostener que el fragmento es escrito completamente por los compiladores son Bonfante y Suman, apoyados por Donatuti.⁸⁷⁶ Bonfante considera, al igual que Di Marzo, que la *lucrativis causis* tampoco es genuina. También está de acuerdo con Perozzi y Pacchioni, pero el punto más importante de su argumentación consiste en atacar la frase *quae etiam adversus donatorem competit*, pues en el derecho clásico no competía la *actio Publiciana* en caso de *personae non exceptae*, ya que se le oponía la prohibición de la *lex Cincia* —por medio de la excepción o denegación de la acción por parte del pretor—. ⁸⁷⁷ Ulpiano debió haber dicho lo contrario, es decir, negar el carácter de *iusta possessio*; no obstante, los compiladores, al tener un régimen diverso, no les fue suficiente afirmar el carácter *iusto* de la posesión del donatario (incluso frente al donante), sino que además lo redundan.⁸⁷⁸ Suman, por su parte, considera que el § 3 es

⁸⁷² Traducción: “Pero también si alguien aceptó la cosa por causas lucrativas, tiene <lugar> <la acción> publiciana, que también compete en contra del donador: pues es poseedor justo y demandante quien acepta una liberalidad”.

⁸⁷³ Perozzi, S., “L’editto Publiciano”, *BIDR*, 7, 1894, pp. 63 y ss. (*Scritti giuridici*, I, Milán, 1948).

⁸⁷⁴ Pacchioni, G., “Una nuova ricostruzione dell’Editto Publiciano”, *BIDR*, 9, 1896, p. 126.

⁸⁷⁵ Di Marzo, S., “Appunti sulla dottrina della causa lucrativa”, *BIDR*, 15, 1903, p. 113.

⁸⁷⁶ Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1100 (26).

⁸⁷⁷ De acuerdo con el *F. V.* 302, el donante que poseía la cosa se podía defender de cualquier ataque.

⁸⁷⁸ Bonfante, P., *Scritti giuridici varii*, 2, *cit.*, pp. 416 y 417.

un texto totalmente extraño que rompe el orden argumentativo lógico que sigue Ulpiano en los §§ 2 y 4.⁸⁷⁹

Los tres textos que siguen son considerados por Albertario los más esquemáticos para probar la teoría bizantina de la *iusta possessio* como *ex iusta causa*, pues son textos en los que se reconoce como *iusta possessio* la del precarista, conjunta o separadamente con la posesión del acreedor pignoraticio.⁸⁸⁰

D. 6. 2. 13. pr.-1 (Gai. 7 ad ed. prov.): pr. Quaecumque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persecandarum gratia haec actio. 1. [Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit publicianum iudicium: namque pignericiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse].⁸⁸¹

En el proemio, Gayo declara que la acción publiciana compete siempre que se haya adquirido un bien *ex iusta causa*, cuando se haya perdido su posesión, para posteriormente plantear en el § 1 una excepción que resulta totalmente contradictoria con el estilo de escribir de Gayo y, dogmáticamente, por lo expresado en sus *Institutas*. Es decir, expone el caso del acreedor pignoraticio y el precarista, los cuales en este texto son considerados como posesiones justas —contrario a lo expresado en sus *I. 4. 151*—, pero a quienes no compete la acción publiciana, porque dichos poseedores carecen de *opinio domini*. *Iusta possessio* equivale a *possessio ex iusta causa*, pero —como bien señala Donatuti— tiene un significado muy amplio, que sólo tiene en textos interpolados.⁸⁸²

También se considera interpolado porque incluye al precario y a la prenda dentro de los *iustae causae acquirendarum rerum*; la expresión *animus ut credat se dominum esse* no es clásica —*animus possidendi* sería su correspondiente clásica— y tiene el mismo significado que la bizantina ψυχη δεσποζοντος.⁸⁸³ El uso repetido de *competere* no es de estilo gayano, pues éste utiliza *dare*; lo mismo sucede con *Publicianum iudicium*, pues la expresión clásica sería la breve

⁸⁷⁹ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1622 (16).

⁸⁸⁰ Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 114.

⁸⁸¹ Traducción: “Si hubiésemos perdido las cosas que obtuvimos por cualquiera de las justas causas que existen para adquirir las cosas, se nos dará esta acción para perseguir aquellas cosas. A veces ni por justas posesiones compete el juicio publiciano a algunas <personas>, porque las posesiones pignoraticias y precarias son justas, pero, por esto, no suele competir tal juicio. Sin duda, esto es por esta razón, porque ni el acreedor ni el que solicitó en precario adquiere la posesión con ese ánimo, que crea que es el dueño”.

⁸⁸² Para ver los textos reconocidos como interpolados, *cf.* Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1103 (29), n. 1.

⁸⁸³ Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 116.

publiciana; *Publicianum iudicium*, a breve distancia del gayano *haec actio*; el plural de *possessiones*; el carácter solemne del discurso contrario a la simplicidad habitual de Gayo; la parte de *ex his non solet competere tale iudicium* parece dar a entender que en determinadas circunstancias se puede conceder la *actio Publiciana* también al precarista y al acreedor pignoraticio.⁸⁸⁴

D. 9. 4. 22. 1 (Paul. 18 *ad ed.*): *Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: [licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat].*⁸⁸⁵

Quien tiene un esclavo en prenda o en precario no está obligado por la acción noxal, porque aun cuando lo posea justamente, carece de la *opinio domini*, por lo que el esclavo sigue bajo la potestad de su dueño y éste tiene la facultad de recuperarlo. Este texto tiene varias incoherencias: considera justa la posesión del precarista, contrariamente a otro texto del mismo jurista,⁸⁸⁶ utiliza la expresión *opinio domini* que no es clásica y tiene el mismo sentido que la $\psi\upsilon\chi\eta$ $\delta\epsilon\sigma\pi\omicron\zeta\omicron\nu\tau\omicron\varsigma$ bizantina; el *animus* no está en función de la posesión, sino del *dominium*, lo que es totalmente diferente del *animus possidendi* clásico. Por otra parte, Beseler ha demostrado la interpolación de *si facultatem repetendi eos dominus habeat*,⁸⁸⁷ sin embargo, se considera que la interpolación podría correr desde *licet*.⁸⁸⁸

Sintácticamente, la primera oración se encuentra en singular y la segunda en plural —*tenetur; possideant-possident*—; tiene un acusativo con un infinitivo —*hos... intellegi*— y no lo sigue ningún verbo; el sujeto de este enunciado *hos* se refiere al *servos* que se sobreentiende, que no tiene ningún sentido con lo que antecede, por lo que literalmente diría que el acreedor pignoraticio y el precarista se encuentran bajo la potestad del deudor o del *precario dans*, respectivamente.

D. 10. 3. 7. 2-4 (Ulp. 20 *ad ed.*): 2. *Qui in rem publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.*⁸⁸⁹

⁸⁸⁴ Suman, A., “Iusta et inusta possessio”, *op. cit.*, p. 1623 (17).

⁸⁸⁵ Traducción: “No queda obligado por la acción noxal aquel que aceptó <algo> en prenda o el que <lo> solicitó en precario, pues, aunque <lo> posean justamente, sin embargo, no poseen con la suposición <de ser> dueño<s>. Pero se entiende que el dueño tiene bajo su potestad a aquellos, si tuviera la facultad de reclamarlos”.

⁸⁸⁶ D. 43. 17. 2 (Paul. 65 *ad ed.*).

⁸⁸⁷ Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 3, *cit.*, p. 39.

⁸⁸⁸ En este mismo sentido, véanse Suman, A., “Iusta et inusta possessio”, *op. cit.*, p. 1624 (18); Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1104 (30).

⁸⁸⁹ Traducción: “Quienes tienen la acción Publiciana sobre una cosa, también pueden ejecutar el juicio de división de <cosa> común”.

3. *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.*⁸⁹⁰

4. *Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit nec si clam, quia iniusta est possessio ista precaria vero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii vigorem.*⁸⁹¹

Ulpiano dice que quienes tienen la acción publiciana cuentan también con la *actio communi dividundo*; sin embargo, en ciertos casos *ex iusta causa possidendi*, la *actio Publiciana* no se puede ejercer, sino sólo la *actio communi dividundo*. No obstante, todavía presenta otra salvedad a la excepción en el § 4 cuando señala que, en caso de poseedores de mala fe (*praedones*) y quienes poseen *precario* o *clam*, tampoco tienen la *actio communi dividundo*, porque la posesión de *praedoni* y la *clam* son injustas, mientras que la posesión precaria es justa, pero no tiene fuerza suficiente para que pueda ejercitarse la acción de división. Es importante remarcar que, en este texto, la posesión del precarista es justa porque es *ex iusta causa*, mientras que la antitética *iniusta possessio* —que tienen el *praedo* y el poseedor clandestino— cuenta con un significado totalmente diverso al significado clásico, pues significa una posesión *non ex iusta causa*.

Sobresale la locución *pergat ad iudicii vigorem*,⁸⁹² que también es totalmente extraña al estilo clásico. Asimismo, *quia iniusta est possessio ista* parece referirse a los tres vicios de la posesión: *vi* (como ya se vio anteriormente, *praedoni* hace referencia a la posesión *vi* en algunos textos clásicos), *precario* y *clam*. Además, llama la atención el plural *praedones*, que es altamente probable que no sea de Ulpiano; la repetición de *locum habet, locum habebit*; el uso de *ista*⁸⁹³ y de *vigor*,⁸⁹⁴ el *possideant* sin sujeto. Ferrini⁸⁹⁵ y Suman⁸⁹⁶ sostienen la interpolación del § 4 completo, mientras que Donatuti, sólo la última parte de *quia-vigorem*.⁸⁹⁷

⁸⁹⁰ Traducción: “Pero, por ciertas causas, cesa la vindicación. Sin embargo, si hay <una> justa causa para poseer, compete la <acción> útil de división de <cosa> común, por ejemplo, si se poseyese una cosa por causa de pagarse <lo> indebido”.

⁸⁹¹ Traducción: “Por otra parte, este juicio no tiene lugar entre <poseedores de mala fe>, <tampoco> tendrá lugar si poseyesen en precario ni si <poseyeran> clandestinamente, porque esta posesión es injusta. Por cierto, la precaria es realmente justa, pero no <proporciona> la fuerza para este juicio”.

⁸⁹² De acuerdo con Donatuti, es una expresión más retórica que jurídica. *Cfr.* Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1105 (31).

⁸⁹³ La palabra *iste (ista)* es de uso reiterado por los compiladores, como advierten Beseler y Vassalli. Véanse Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 3, *cit.*, pp. 131 y ss., y Vassalli, F., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 51 y 53.

⁸⁹⁴ Longo, G., “Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano”, *BIDR*, 10, 1897-1898, pp. V-XIV, y p. 595.

⁸⁹⁵ Ferrini, C., *Manuale di Pandette, cit.*, p. 312, n. 1.

⁸⁹⁶ Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1625 (19).

⁸⁹⁷ Donatuti, G., “Iusta possessio”, *op. cit.*, p. 1104 (30).

En conclusión, en estos tres últimos textos, los justinianos utilizan el término *iusta possessio* para referirse a relaciones de detentación, pero son consideradas *iusta* en tanto tengan una *iusta causa* sobre la cual se sustentan. Por *iusta causa* se entiende un contrato, como en las detentaciones del precarista y el acreedor pignoraticio, que se sustentan en los contratos de precario y prenda, respectivamente. Ambas eran consideradas en derecho clásico como verdadera *possessio*, sólo que la primera anómala, mientras que la segunda *iniusta possessio*.⁸⁹⁸

Con la intención de resumir, sin ser repetitivos, la terminología posclásica se aleja de la clásica, al designar como posesión a estos casos que carecen de toda intención de usucapir, puesto que el poseedor no tiene la mínima intención de convertirse en propietario, carece de *animus domini* u *opinio domini* —expresiones introducidas por los compiladores justinianos y diversas al *animus possidere* clásico—. Pero, además, incluye casos en los que la buena fe está ausente. A ambos casos los designa con las expresiones *naturalis* o *corporalis possessio* —los κατοχη, νομη bizantinos—.⁸⁹⁹

Con el transcurso de los siglos, del paso del periodo preclásico al clásico (siglo I a. C.) y del clásico al posclásico se presentaron cambios profundos en el concepto de *iusta possessio* influenciados por el desarrollo jurídico semántico de ambos términos, de manera independiente y a la vez conjunta. En el derecho arcaico se consideraba como justa la posesión que se hiciera con la medida determinada en las leyes, una justicia más política que de otro carácter, pues aun cuando las leyes determinaban algo con respecto a la posesión, es muy complicado aseverar contundentemente que estas leyes se seguían, por lo que era más el poder político que primaba. Es más sencillo afirmar que no se seguían por la presencia de varias leyes que repetían reglas de leyes anteriores, pues las anteriores parecían haber carecido de eficacia.⁹⁰⁰

Por otro lado, el reducido ámbito de la posesión (*usu capere*) de carácter privado recurre a un solo elemento que permite calificar a la posesión como justa, *i. e.*, el *furtum* (bienes muebles) de las *XII Tablas*, que presuponía la clandestinidad y la injusticia. Por esta razón, quien obtenía la posesión de bienes por este medio no podía adquirir por usucapión. El elemento de la violencia tuvo otro desarrollo sobre el que no profundizaremos aquí, pero que fungió más como una circunstancia agravante de la pena en el *furtum*.

Es a finales del siglo II a. C. cuando se privatiza la posesión de fundos y se delimitan los vicios de la posesión (*vi clam precario*), cambiando, por ello, el contenido que califica la posesión. Se observa así una posesión más justa en

⁸⁹⁸ D. 41. 2. 3. 5 (Paul. 54 *ad ed.*).

⁸⁹⁹ Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, pp. 30 y ss.

⁹⁰⁰ Sobre esta cuestión, véase capítulo primero.

sentido de derecho privado, en el que la usucapión toma el punto central, alrededor del cual se desarrolla el concepto de *iusta possessio*, para llegar a la etapa media y avanzada de la jurisprudencia clásica para calificar de *iusta possessio* que carece de vicios, se realiza *bona fides* y se funda *ex iusta causa*.

Con esto, se llega así al derecho justinianeo, en el que la usucapión deja de tener la importancia clásica. El vínculo que unía la usucapión con la *possessio iusta* se rompe, provocando que la usucapión deje de determinar el contenido de ésta. Dicho rompimiento trae consigo un desarrollo del contenido de *iusta possessio* independiente, por lo que ahora la *iusta possessio* se confunde con la *iusta detentio* (considerada en el periodo clásico como opuesta a la posesión, por carecer del *animus possidere*), que se funda en un justo título, una *iusta causa*. De ahí deviene la consideración posclásica de las posesiones del precarista y del acreedor pignoraticio como justas, por fundarse en el justo título del contrato de precario y de prenda, respectivamente.

IV. *POSSESSIO EX IUSTA CAUSA* Y *POSSESSIO EX INIUSTA CAUSA*

La posesión *ex iusta causa*, también llamada como posesión *ex iusto titulo* en el derecho justinianeo, es aquella posesión que se sustenta en una relación jurídica con el poseedor anterior; relación que justifica la adquisición de la propiedad.

Normalmente, la relación jurídica permitía que el poseedor adquiriera la propiedad inmediatamente, por lo que no era necesario hacer referencia alguna a la *iusta causa possessionis*, pues en estos casos el adquirente es propietario.

Sin embargo, la *iusta causa possessionis* es importante en aquellos otros casos en los que la propiedad no se adquiere inmediatamente, debido a que el poseedor precedente no era propietario. En este sentido, el adquirente requiere una causa justificativa de su posesión, la cual se indica en las fuentes con la partícula *pro*.

En este sentido, no indagaremos en el origen de la *iusta causa* o, mejor dicho, en el momento en que se inicia a requerir una justificación jurídica de la posesión.

La posesión antigua, fácticamente, podía ser usada por cualquier ciudadano romano que quisiera trabajarla.⁹⁰¹ Este uso estaba totalmente condicionado, ya que se llevaba a cabo sin ningún título, en el sentido de que no originaba derechos y obligaciones entre el *populus Romanus* y el poseedor, por

⁹⁰¹ Algunos sostienen que fue empleada por latinos e italianos. Cfr. Roselaar, S. T., *Public Land in the Roman Republic...*, cit., p. 89. Ya Tito Livio hablaba de que también eran distribuidas en posesión tierras a los latinos. Liv. 2. 41. 2.

lo que aquél, teóricamente, podía recuperar las tierras cuando lo quisiera o necesitara, sin que el poseedor pudiera oponerse.

Apiano⁹⁰² admite la existencia de una posesión sujeta a la libre ocupación, mientras que otros niegan la libre iniciativa de los particulares para ocupar el *ager publicus*, argumentando que la expresión *ager occupatorius* se utilizó para referirse a la ocupación de los privados hasta los siglos I y II d. C.⁹⁰³

La ocupación libre del *ager publicus* por parte de los particulares prevaleció en la época más antigua y primera parte de la República. También, como señala Kaser, las fuentes refieren al acto privado de ocupación como título de adquisición del *ager occupatorius*.⁹⁰⁴

Además de la libre ocupación, que era generalizada, en ciertos casos se requiere una concesión personal por parte del Senado,⁹⁰⁵ aunada a la efectiva posesión del privado; considero, al igual que Burdese, que ambas posturas no son del todo contrarias.⁹⁰⁶ La emisión de concesiones personales por parte del Senado se realizaba en un ámbito limitado, es decir, como un procedimiento excepcional relacionado con la posesión de tierras de mayor provecho (beneficio) económico, con el objeto de evitar enfrentamientos entre particulares que intenten poseer el mismo fundo; aun así, no se originaban derechos y obligaciones entre el *populus Romanus* ni el poseedor, sino solamente la obligación del poseedor a devolver el fundo cuando el *populus Romanus* lo requiriera.

En la época clásica, el concepto de *ex iusta causa possessionis* toma el significado de causa justificativa de la adquisición de la posesión. Asimismo, no se tiene en las fuentes una lista omnicompreensiva de todas las causas justificativas de la adquisición de la propiedad, ya que no todas están positivamente determinadas. Las que sí están determinadas son las *causae iniustae*, *i. e.*, aquellas que impiden la transmisión de la propiedad,⁹⁰⁷ como la transmisión entre cónyuges.

Paulo presenta un repertorio de *iustae causae*:

⁹⁰² App. *Bell. Civ.* 1. 7 y 1. 18.

⁹⁰³ Zancan, L., "Sul possesso dell'ager publicus", *op. cit.*, p. 71; Zancan, L., *Ager publicus...*, *cit.*, p. 6; Bozza, F., "Sull'origine del possesso", *op. cit.*, p. 191; Bozza, F., *La possessio dell'ager publicus*, *cit.*, pp. 38-43; Lauria, M., *Possessiones: età repubblicana*, Nápoles, 1953, p. 153 (cuestiona a Apiano con relación a las imposiciones de la décima parte de los granos y la quinta parte de las frutas cultivadas). Sobre la discusión, véase capítulo primero, V, 2, A.

⁹⁰⁴ Kaser, M., "Die Typen der römischen Bodenrechte...", *op. cit.*, pp. 27 y 28, n. 77.

⁹⁰⁵ La tesis sobre la concesión personal es presentada por Bozza. *Cf.* Bozza, F., *La possessio dell'ager publicus*, *cit.*, pp. 13 y ss., y 38 y ss.

⁹⁰⁶ Burdese, A., *Studi sull'ager publicus*, *cit.*, p. 24.

⁹⁰⁷ Se habla de la transmisión de la propiedad y no de la posesión, porque la posesión es una *res facti*.

D. 41. 2. 3. 21 (54 ad ed.): *Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*⁹⁰⁸

La *possessio ex iusta causa* es en el derecho clásico un elemento más que integra la *iusta possessio*, junto con la *bona fides* y la *possessio nec vi nec clam nec precario*. En este sentido, para poder usucapir, se requería la presencia de todos estos elementos.

Algo muy diferente sucede en el derecho justiniano, ya que se confunde la *possessio iusta* con la *possessio ex iusta causa* y, por consiguiente, la *possessio iniusta* con la *ex iniusta causa*. En este sentido, las posesiones del precarista y del acreedor pignoraticio son declaradas *possessio ex iusta causa* —que en el derecho clásico constituían una simple detentación, pues no conducían a la usucapición—.

Así, la *possessio ex iusta causa* es llamada *possessio iusta*; asimismo, es llamada *possessio civilis* porque se basa en una causa reconocida por el *ius civile*. En otras palabras, en el periodo justiniano, la *possessio ex iusta causa* es confundida con la *possessio civilis*, ya que se fundamenta en una causa reconocida por el *ius civile* y, al ser reconocida su causa por el derecho civil, es conforme al *ius*; por tanto, y en conclusión, es *iusta*.⁹⁰⁹

V. POSSESSIO NATURALIS, POSSESSIO CIVILIS Y POSSESSIO AD INTERDICTA⁹¹⁰

1. Una primera aproximación teórica a la dicotomía: *Cuperus* y *Savigny*

Un tema fundamental para comprender la *possessio* romana es la distinción entre *possessio civilis* y *possessio naturalis*. Dicho estudio siempre ha estado plagado

⁹⁰⁸ Traducción: “Existen tantos géneros de posesión como causas de adquirir lo que no sea nuestro, por ejemplo, como comprador, como donación, como legado, como dote, como heredero, como entrega noxal, como <cosa> suya, así como en las cosas que tomamos por tierra o por mar de los enemigos, o aquellas que nosotros mismos hemos hecho existir en la naturaleza. En resumen, hay un solo género de posesión, pero infinitas formas <de poseer>”.

⁹⁰⁹ Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, cit., p. 119.

⁹¹⁰ En el desarrollo de esta parte preliminar se tomó como guía a Albertario, en donde también se puede observar una bibliografía completa sobre el tema. Véase Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., pp. 213 y ss.

de incongruencias. El desarrollo teórico de este tema parte de dos teorías que han prevalecido como punto de referencia. Una fue elaborada por Cuperus,⁹¹¹ quien identifica a la posesión civil con la posesión interdictal, y la posesión natural con la detentación.⁹¹²

La otra fue hecha por Savigny, quien presenta una tesis plagada con incoherencias y contraposiciones. Primero, distingue una posesión jurídica con dos significaciones, dependiendo si da lugar a los interdictos (*possessio ad interdicta*, o *possessio* propiamente dicha) o a la usucapición, cuando se cumplen otras condiciones —*iusta causa, possessio non vitiosa e bona fides*—. ⁹¹³ En esta tesis, identifica la *possessio civilis* con la *possessio ad usucapionis*.⁹¹⁴

Por otra parte, también sostiene que *naturalis possessio* tiene un doble significado: el primero corresponde a la *detentio*, que se opone a la posesión civil, porque no reúne los requisitos para la usucapición, y correspondería a la *possessio ad interdicta*, que es una verdadera y jurídica posesión (*possessio honoraria*); la segunda se contrapone a la *possessio ad interdicta* o propiamente dicha, porque consiste en una mera detentación que no da ni lugar a los interdictos (mera *detentio*).⁹¹⁵ En este sentido, coloca la *possessio ad interdicta* (o propiamente dicha) como un tipo de *possessio naturalis*.

⁹¹¹ Cuperus, A. J., *Observationes selectae de natura possessionis. Denuo edidit, adiectis de naturali et civili possessione animadversionibus*, Jena, 1804. En efecto, Cuperus explica: “*Naturalis Possessio ea jam videatur vocanda, quae vulgo, sive in vulgari sermonis usu proprie POSSESSIO vocatur, id est, ea cui corpore insistitur, seu, ut modo dicebamus, ipsa rei detentio corporalis*” (p. 25); “*Civilis Possessionis in Legibus mentio fiat, eam esse definiendam, non quae sit detentio rei cum animo sibi habendi conjuncta, verum quae in Iure talis esse statuatur*” (pp. 29 y 31); “*...in Interdictis iusta sive legitima possessio censetur, quaecumque non tenetur vi, clam, aut precario: ac proinde quum nullum horum vitiorum cadat in possessionem, quae litis contestatione interpelletur, dicendum omnino, interpellatam possessionem, etiam post litem contestatam, quod ad Interdicta justam esse...*” (p. 42).

⁹¹² Siguen esta teoría los siguientes autores: Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo...*, cit., nn. 43-50 (*Opere giuridiche e storiche del prof. Ilario Alibrandi...*, cit., I, pp. 247 y ss.); Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, cit., pp. 309 y ss.; Perozzi, S., “*Possesso di parti di cosa*”, *Studi per l’VIII centenario della Univ. di Bologna*, pp. 241 y ss.; Scialoja, V., “*Il possesso del precarista*”, *op. cit.*, pp. 223 y ss.; Brini, G., “*Possesso della cosa e possesso dei diritti*”, *Studi per l’VIII centenario della Univ. di Bologna*, pp. 129 y ss.

⁹¹³ “*Usucapion und Interdicta zugleich, nur auf etwas verschiedene Weise: auf die Interdikte bezieht es sich unmittelbar, weil diese keine andere Bedeutung voraussetzen als possessio überhaupt: auf Usucapion nur mittelbar, weil zu aller possessio noch etwas hinzukommen muss, wenn sie civilis sein soll*”. Cfr. Savigny, F. C. von, *Das Recht des Besitzes...*, cit., p. 79.

⁹¹⁴ En palabras de Savigny: “*...Nun giebt es im ganzen Civilrecht nur ein Recht, dessen Anwendung den Besitz voraussetze, nämlich die Usucapion: folglich heisst civiliter possidere so viel als ad usucapionem possidere... Dass nun die Usucapio wirklich in das Civilrecht gehört, dedarf keines Beweises: die Interdicte können nicht dahin gerechnet werden, da sie blos aus dem Edict entstanden sind*”. *Ibidem*, p. 72.

⁹¹⁵ “*...im Gegensatz der civilis possessio, heisst jede Detention, welche nicht zur Usucapion qualificirt ist: eine andere juristische Bestimmung, ausser dieser Negation, ist damit durchaus nicht gegeben, und darum umfasst diese naturalis possessio auf gleiche Weise die blosse Deten-*

Otros romanistas se encuentran vacilantes entre una u otra teoría, como es el caso de Thibaut⁹¹⁶ y Ferrini.⁹¹⁷ Por su parte, Bonfante no siempre tuvo una misma idea. En un primer momento, considero que ni la teoría de Cuperus ni la de Savigny podían explicar de manera completa algunos textos, por lo que formuló una explicación nueva. Concibió a la *possessio naturalis* opuesta a la *possessio civilis*, basado en la antítesis de hecho y de derecho. La posesión natural consistía en un fenómeno de hecho, consistente en la mera detentación de una cosa por quien no tenía derecho sobre la misma, independientemente de la existencia o no de *animus possidendis*. En cambio, la *civilis possessio* comprendía la *possessio* adquirida con una *iusta causa*. Bonfante no estuvo satisfecho con su teoría, por lo que decidió abandonarla.⁹¹⁸

Dicho sea de paso, aunque parezca un poco repetitivo, representa un grave problema que históricamente se haya tomado a la *possessio* propiamente dicha —que posteriormente adquiere el carácter de honoraria, cuando surge la figura del pretor— como una subposesión, un subgrupo derivado de las otras posesiones, cuando es la *possessio* originaria que rigió posiblemente por más de seis siglos antes de la *lex Agraria* epigráfica y que se mantuvo, con ciertas variantes, a lo largo del periodo clásico, hasta que en el derecho justinianeo, con el objeto de simplificar, se incluyó dentro de la *possessio naturalis*.⁹¹⁹

2. D. 43. 16. 1. 9-10 (Ulp. 69 ad ed.). *Un descubrimiento de interpolación determinante en la teoría posesoria: Riccobono, Suman, Nicosia y Albertario*

Quien ha sido determinante en la formulación de la teoría sobre la *naturalis* y la *civilis possessio* es Riccobono,⁹²⁰ que se da cuenta que un texto medu-

tion, die gar nichts juristisches ist, und die juristische *possessio*, die nur nicht zur Usucapion geeignet ist...". *Ibidem*, p. 79.

⁹¹⁶ Albertario hace un relato sobre esta oscilante postura. Véase Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 214. Primero, adscribe la teoría de Cuperus (*Über Besitze und Verjährung*, Jena, 1802, § 11); después, la rechaza y se declara partidario de Savigny (en las notas a su edición de la obra de Cuperus; *cf.* Cuperus, A. J., *Observationes selectae de natura possessionis...*, *cit.*); posteriormente, inserta la idea de Savigny en sus *Pandectas* (*System des Pandekten-Rechts*, 1, Jena, 1828), pero muestra inclinación a la teoría de Cuperus en *Civilistische Abhandlungen* (Heidelberg, 1814, pp. 339 y ss.), regresando al final, definitivamente, a la opinión de Cuperus (*Nachträge zur den Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1840, pp. 137 y ss.)

⁹¹⁷ Ferrini, C., *Diritto romano*, Milán, 1898, p. 47; Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, *cit.*, pp. 309 y ss.

⁹¹⁸ Bonfante, P., *Scritti giuridici*, 3, *cit.*, pp. 534 y ss.

⁹¹⁹ Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 218.

⁹²⁰ Riccobono, S., "Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...", *op. cit.*, pp. 321 y ss.; Riccobono, S., "La teoria romana die rapporti di possesso, le dottrine die moderni e le legis-

lar en la comprensión de la posesión —el de Ulpiano relativo al interdicto *de vi*— no podía ser entendido como clásico:

D. 43. 16. 1. 9-10 (69 *ad ed.*): *Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*⁹²¹

*Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus.*⁹²²

Cabe señalar que las expresiones *sive civiliter sive naturaliter possideat* y *naturalis possessio* no pertenecían a Ulpiano, sino que fueron introducidas por los justinianeos, en lugar de las expresiones clásicas *iuste vel iniuste possidere* e *iniusta possessio*, tratando de salvar las incoherencias de la codificación justiniana en el régimen del interdicto *de vi*.⁹²³ Su tesis es tan importante en la reconstrucción de la *possessio* de la época clásica, puesto que hasta ese momento sólo se consideraba la existencia de dos tipos de posesión, por lo que tanto la teoría de Cuperus como la de Savigny consideraban la dicotomía entre *possessio civilis* y *possessio naturalis*, teniendo que enfrentarse a graves problemas dogmáticos al encuadrar a la *possessio* tutelada por los interdictos o la *possessio* propiamente dicha —posesión de *ius honorarium*, llamada *possessio ad interdicta*, nombre que no se encuentra en las fuentes— dentro de la primera categoría o en la segunda, respectivamente, pues siempre había otros textos que fungían de contraejemplo para ambas teorías. Las interpolaciones que encontró Riccobono permitieron considerar a la *possessio* de derecho honorario como una categoría independiente de la *possessio naturalis* y de la *possessio civilis*.

Entonces, Riccobono toma el texto de Ulpiano, considerando que de él se pueden desprender dos posibles interpretaciones: una, que la tutela del interdicto *de vi cottidiana* se puede otorgar a cualquier poseedor natural, *detentor*, como lo expresa textualmente el fragmento, lo que es contrario al derecho romano clásico —pues un esclavo, un procurador, un colono, un usufructuario, por ejemplo, son meros detentadores en el periodo clásico, por lo que no

lazioni”, *BIDR*, 23, 1911, pp. 5 y ss.; Riccobono, S., “Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso”, *Scritti G. Chironi*, I, Turín, 1915, pp. 377 y ss.; Riccobono, S., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Roma, 1934; Riccobono, S., “Le mie colpe. VI. Terminologia del possesso”, *BIDR*, IL-L, 1947, pp. 40 y ss.

⁹²¹ Traducción: “Es echado quien posee, ya sea civil o naturalmente, pues también concierne a este interdicto la posesión natural”.

⁹²² Traducción: “Así, también si un marido donó <algo> a <su> esposa y ella hubiese sido echada, podrá utilizar <este> interdicto; pero no <se podrá utilizar> si <quien fue echado fue un> colono”.

⁹²³ I. 4. 15. 6. Sobre esta relación, véase Riccobono, S., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, pp. 22 y ss.

pueden poseer y tampoco ser protegidos por el interdicto *unde vi*—;⁹²⁴ dos, que la expresión *naturalis possessio* se utiliza en el sentido de *possessio interdictal*, lo que difiere totalmente de la terminología clásica en materia de *possessio*.⁹²⁵ Por lo anterior, compara el texto de Ulpiano con un texto de Gayo⁹²⁶ y otro de Paulo,⁹²⁷ sobre el mismo *interdicto de vi*, observando que en éstos se tutela la posesión solamente cuando cumple con el requisito de ser *nec vi nec clam nec precario* con respecto al adversario, requisito que debió ser eliminado de este fragmento por los compiladores debido a la unificación del interdicto *de vi* con el de *vi armata*. Asimismo, considera que en el § 9 Ulpiano debía delimitar la voz *deiecisti* contenida en el edicto, que va junto con la cláusula de los vicios posesorios, de los que trata más adelante (§§ 27-30). Esta última afirmación es lo que posteriormente le traería críticas de Lenel y Kunkel.

Con respecto a la terminología de *iusta* e *iniusta possessio*, toma el texto de Paulo *D. 43. 17. 2* (65 *ad ed.*) y propone la siguiente reconstrucción:⁹²⁸

9 *Deicitur is qui possidet, [sive civiliter sive naturaliter] <nec vi nec clam nec precario ad adversario; iuste autem vel iniuste adversus ceteros> possideat <nihil refert>: nam et [naturalis] <iniusta> possessio ad hoc interdictum pertinet.*⁹²⁹

10 *Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: [non tamen si colonus].*⁹³⁰

Riccobono, con referencia al § 10, concluye que la mujer adquiere la cosa donada por el marido: la posesión *ad interdicta*, no la *naturalis possessio*.

A primera vista, parece no haber una conexión entre ambos fragmentos, pues es claro observar que el significado de *iusta possessio* se refiere a la posesión no viciosa (*nec vi nec clam nec precario*) y la *iniusta* es aquella viciada de *vi clam precario*,⁹³¹ por lo tanto, la posesión de la mujer puede ser considerada injusta, no porque esté viciada *vi clam precario*, sino porque es *ex iniusta causa*.

⁹²⁴ *D. 43. 16. 1. 23* y *D. 43. 17. 3. 8*, ambos textos de Ulpiano 69 *ad ed.* En otros textos también se afirma que el usufructuario no posee, por lo que compete un interdicto especial. *Cfr. F. V. 90; Gai. 2. 93.*

⁹²⁵ Riccobono, S., “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...”, *op. cit.*, p. 348.

⁹²⁶ *Gai. 4. 154.*

⁹²⁷ *P. R. S. 5. 6. 5* y 7.

⁹²⁸ Riccobono, S., “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...”, *op. cit.*, pp. 342 y 346.

⁹²⁹ Traducción: “Es echado quien posee, ya sea civil o naturalmente, sin violencia, ni clandestinidad, ni en precario por un adversario. No importa si posee justa o injustamente contra otros, pues también la posesión natural injusta concierne a este interdicto”.

⁹³⁰ Traducción: “Así, también si un marido donó <algo> a <su> esposa y ella hubiese sido echada, podrá utilizar <este> interdicto; sin embargo <esto> no <se podrá utilizar> si <quien fue echado fue un> colono”.

⁹³¹ Sobre *iusta* e *iniusta possessio*, véase el subtema que antecede.

En este sentido, parece ser que el § 10 es una conclusión derivada de una presunta relación entre el primer fragmento que fue reconstruido y el segundo que se considera genuino (en el caso de la mujer), lo que es perplejo. Se concuerda con Suman en que el § 10 fue citado por Ulpiano como un ejemplo de *iusta possessio*, en el sentido de que no está viciado. Por tal motivo, se interpretaría que aquel que fue expulsado de un predio puede valerse del interdicto. Asimismo, podrá tutelarse la posesión de la mujer que fue expulsada del fundo que recibió en donación del marido, porque su posesión, aunque no es *ex iusta causa*, es *iusta*, ya que no está viciada.⁹³²

De acuerdo con Riccobono, después de aclarar las interpolaciones de los textos, se observa que en la época clásica existen tres tipos de posesión: *naturalis possessio*, *civilis possessio* y *possessio* propiamente dicha (honoraria).⁹³³

La *possessio naturalis* es la relación externa, física, que una persona tiene sobre una cosa. Es el elemento material de la posesión, un simple hecho cuya causa no se encuentra reconocida jurídicamente, ni en el ámbito civil ni en el pretorio. Es la simple detentación.

La *possessio civilis* es la posesión fundada en una causa idónea reconocida por el *ius civilis* y por el *ius gentium* para la adquisición del dominio.

La *possessio* propiamente dicha es una relación de hecho que una persona tiene sobre una cosa, con la voluntad de tenerla para sí de manera libre y exclusiva, reconocida por el *ius honorarium* y protegida contra cualquier perturbación y ataque mediante los interdictos.

Con relación al periodo posclásico,⁹³⁴ considera que los justinianos fusionaron la *possessio civilis* y la *possessio honoraria* en una sola, que mantuvo el nombre de la primera, porque incluso la protección interdictal deviene o tiene un fundamento en el derecho civil. Por esta razón, la posesión se reduce a un binomio: *possessio civilis* y *possessio naturalis*. Todo esto, porque los posclásicos tendían a desaparecer la distinción entre derecho civil y derecho honorario, distinción que no se adecuaba a la codificación. Sin embargo, estima que, en materia de *possessio*, el método de los compiladores falló, porque el dualismo entre *possessio civilis* y *possessio ad interdicta* no era formal y extrínseco, sino material e intrínseco. Por ello, confundieron la terminología y desfiguraron la estructura de ambas categorías de posesión, al querer comprender dentro de la *possessio civilis* a cualquier posesión que produjera efectos jurídi-

⁹³² Suman, A., "Iusta et iniusta possessio", *op. cit.*, pp. 1631 y ss. (25 y 26); Donatuti, G., "Iusta possessio", *op. cit.*, pp. 1110 y ss. (26 y ss.).

⁹³³ Riccobono, S., "Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...", *op. cit.*, p. 338; Riccobono, S., "Le mie colpe...", *op. cit.*, p. 40.

⁹³⁴ Riccobono, S., "Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...", *op. cit.*, p. 340.

cos, incluidos los efectos interdictales. No obstante, esta explicación no es del todo satisfactoria.

Se discrepa de Riccobono cuando sostiene que toda la teoría de la posesión tiene origen y fue elaborada por la jurisprudencia en vistas de la adquisición de la propiedad (*usucapio*), no de la defensa interdictal, y que es esta defensa interdictal la que oscureció y complicó el régimen de la posesión y el estudio de los juristas.⁹³⁵ Nuestra discrepancia toma como base, que en el primer capítulo constatamos, que el origen tuvo otras características, las cuales fueron cambiando a lo largo de los siglos. Lo que sí es posible admitir es que la jurisprudencia clásica desarrolló la teoría de la posesión civil, tomando como punto o eje central la adquisición del dominio por medio de la usucapición —el *usu capere*, que tiene como fuente las *XII Tablas*—, la que por varios siglos tuvo un papel reducido en el derecho arcaico, derecho en que la protección interdictal surgió y fue muy importante. El *usu capere* —la finalidad de la adquisición del dominio— es sólo una parte de la teoría posesoria.

Por su parte, la posesión que tuvo una importancia determinante, contundente y más duradera a lo largo de los siglos del derecho romano fue la *possessio* que tuvo su origen en un acto de permisión de la *civitas*, para que se llevara a cabo una ocupación libre del *ager publicus*, que inicialmente era de carácter fáctico; partía de un acto de imperio y se encontraba en un ámbito de relaciones político-jurídicas de la *civitas* con los individuos, y que jurídicamente no originaba ningún derecho para el poseedor con respecto a la *civitas*, pero sí era protegido con respecto a terceros. Se trataba de una posesión mayoritaria que no estaba vinculada a la *usucapio*. Cuando esta posesión se convierte en un fenómeno de derecho privado, en el que el individuo puede adquirir el señorío jurídico sobre dichos fundos a través de la *usucapio*, ésta adquiere más importancia, pero la posesión siguió teniendo importancia como fenómeno propio y la protección interdictal también. Por estas razones, en la época clásica, la discusión se centró en la dicotomía entre las dos posesiones, primordialmente en diferenciar y delimitar las características, la naturaleza y las consecuencias jurídicas de cada una.

La posesión civil del periodo clásico es la continuación de la *usucapio* de las *XII Tablas*, mientras que la posesión honoraria es la sucesora de la *possessio* originaria, que deriva del ámbito público, en la que el poseedor tiene la voluntad de tenerla para sí de manera libre y exclusiva, a la que el *ius honorarium* otorga protección contra cualquier perturbación y ataque mediante los interdictos.

⁹³⁵ Riccobono, S., “Le mie colpe...”, *op. cit.*, p. 41.

La teoría de Riccobono tuvo una aceptación generalizada,⁹³⁶ a excepción de Lenel y Kunkel.⁹³⁷ Lenel la rechazó porque la reconstrucción de Riccobono iba en contra del orden sistemático de los comentarios de Ulpiano, reconstruidos por él en la *Palingenesia*,⁹³⁸ pues, de acuerdo con Lenel, el comentario de Ulpiano a la *exceptio vitiosae possessionis* se ubicaba en los §§ 27-30 del *D. 43. 16. 1*, no en el § 9. Por otro lado, Kunkel, retomando a Lenel, sostiene la autenticidad clásica del fragmento, postura que no próspero y, al final, fue aislada.

Riccobono reconoce la fortaleza de la crítica de Lenel e intenta conciliar el orden de los comentarios de Ulpiano y su tesis, *i. e.*, trata de explicar la presencia de la *exceptio vitiosae possessionis* en el § 9. Pero no logra presentar una explicación aceptable.⁹³⁹

Suman⁹⁴⁰ y Nicosia⁹⁴¹ también presentan una posible reconstrucción del fragmento; sin embargo, todas hacen una sustitución particular, sin modificar el núcleo de la construcción riccoboniana.

Por ejemplo, es altamente probable que el texto original de la última parte del § 9, en lugar de decir: <nihil refert>: *nam et [naturalis] <iniusta> possessio ad hoc interdictum pertinet*, como propone Riccobono, haya dicho: <quod ad hoc interdictum pertinet>, como sostiene Suman.

Nicosia presenta una muy razonable propuesta de superación de la crítica a Riccobono, tomando en consideración a Gayo en la interpretación del interdicto *de vi*. En *Gai. 4.154*, si el expulsado poseía *vi aut clam aut precario*

⁹³⁶ Se declararon de acuerdo con las ideas de Riccobono los siguientes autores: Mitteis, L., “Recensionem ad Emilio Albertario”, *ZZS*, 33, 1912, p. 638; Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 142, n. 4, y 143, n. 1 (*Scripti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 245, nn. 3 y 4); Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 107; Albertario, E., “La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustinianee”, *FI*, 37, 1912, pp. 380 y ss.; Nicosia, G., *Studi sulla “deiectio”*, *cit.*, pp. 14 y ss.; Nicosia, G., *Il possesso I...*, *cit.*, pp. 16, 30 y ss. —con algunas objeciones—.

⁹³⁷ Quienes la rechazaron fueron los siguientes autores: Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum...*, *cit.*, p. 463, n. 3, y Kunkel, W., “Civilis und naturalis possessio”, *Symbolae O. Lenel*, Leipzig, 1931, pp. 40 y ss., en especial pp. 51 y ss.

⁹³⁸ Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig, 1889, c. 816, n. 4

⁹³⁹ Originalmente, Riccobono había sostenido que la *cláusula vitiosae possessionis* se encontraba en el § 9, y no en los §§ 27-30 (“Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...”, *op. cit.*, p. 345, n. 5). Trata de conciliar ambas posturas explicando que Ulpiano no intentaba comentar la *exceptio vitiosae possessionis*, que correctamente está contenida en los §§ 27-30, como reconstruye Lenel, sino que quería definir el concepto de *deiectio* como aquel que no poseía *vi clam aut precario*. Cfr. Riccobono, S., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, pp. 39-41.

⁹⁴⁰ *Deicitur is qui possidet, nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste enim an iniuste adversus ceteros possideat <nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet>*. Toma como base el *D. 43. 26. 15. 5* (Pomp. 29 *ad Sab.*): *nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet*. Cfr. Suman, A., “Iusta et iniusta possessio”, *op. cit.*, p. 1632 (26).

⁹⁴¹ Nicosia, G., *Studi sulla “deiectio”*, *cit.*, pp. 14 y ss.

contra el adversario, no obstante, era considerado *deiectus*, i. e., *impune deiectus* pero reconocido como tal.⁹⁴² En este sentido, Gayo, al reconocer que toda persona expulsada de un predio es considerada *deicitur*, es lógicamente acorde con el texto de Ulpiano si solamente se considera que la interpolación es como sigue:

*Deicitur is qui possidet, sive <iuste> [civiliter] sive <iniuste> [naturaliter] possideat: nam et <iniusta> [naturalis] possessio ad hoc interdictum pertinet.*⁹⁴³

Es considerado *deiectus* quien en el momento de la expulsión poseía tanto justa como injustamente, pues el interdicto tutela también la posesión injusta. Esto no quiere decir que el *deiectus* recuperaba la posesión con el interdicto *unde vi*, ya que quien lo expulsó puede oponer la *exceptio vitiosae possessionis* (§§ 27-30) si el *deiectus* había poseído *vi clam precario* con respecto de él. Por otro lado, si el expulsado poseía *vi clam precario* no contra de quien lo expulsó, pero sí respecto de un tercero, no obstante que su posesión fuera injusta, no lo es con relación a su adversario y, por ello, sí es tutelado por el interdicto *reciperandae possessionis (unde vi)*.

La reconstrucción riccoboniana⁹⁴⁴ está viciada de un presupuesto falso, consistente en la existencia clásica de una conexión escindible entre *deiectio* y *vitia possessionis*,⁹⁴⁵ i. e., que la ausencia de *vitia* es una condición necesaria para que la expulsión fuera considerada *deiectio*; en sentido contrario, si quien fue expulsado había poseído con algunos de los vicios posesorios con respecto de quien lo expulsó, no se actualizaba la *deiectio*. Esto es totalmente falso, de acuerdo con Gayo.

La propuesta de Nicosia parece a todas luces persuasiva, demostrando que una solución simple es, en ocasiones, la más acertada. Por otro lado, la introducción del método interpolacionístico por Riccobono trajo un descubrimiento favorecedor en la comprensión de la posesión. Sin embargo, sus resultados son sólo parcialmente admisibles. La explicación terminológica de la posesión en el derecho clásico es muy exacta, no así su reconstrucción del derecho posclásico.

⁹⁴² *Ibidem*, pp. 5 y ss., y pp. 13 y ss.; Nicosia, G., *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, 5, Catania, 2010, p. 234.

⁹⁴³ Traducción: “Es echado quien posee, ya sea que posea civilmente, de manera justa, o naturalmente, de manera injusta; pues también la posesión natural injusta concierne a este interdicto”.

⁹⁴⁴ Riccobono, S., *Corso di diritto romano...*, cit., p. 39.

⁹⁴⁵ Brogгинi, G., “Rec. a Nicosia, G., *Studi sulla «deiectio», I*”, *ŹSS*, 83, 1966, p. 451. Brogginini adopta la tesis de Nicosia.

El significado clásico de la *possessio naturalis* es la mera detentación, como se desprende de la interpolación ya demostrada de textos, mientras que el de la *possessio civilis* es el de *possessio ex iusta causa*.⁹⁴⁶

Sobre la significación de *possessio civilis* y *possessio naturalis* en el derecho romano justinianeo, Albertario⁹⁴⁷ acertadamente considera que el significado de estos términos en el derecho justinianeo es diverso al del derecho clásico. En derecho justinianeo, la *possessio naturalis* comprende tanto la simple detentación como la posesión propiamente dicha, *ad interdicta*, en referencia a los casos anómalos —acrededor pignoraticio, secuestratario y precarista— y los casos no anómalos, *i. e.*, los casos de *possessio iniusta, ex iniusta causa, malae fidei*.⁹⁴⁸

La interpolación encontrada por Riccobono⁹⁴⁹ hace evidente la dicotomía posclásica entre *possessio naturalis* y *possessio civilis*. Está clara la consideración posclásica de que la posesión natural del cónyuge donatario (posesión interdictal de una posesión *ex iniusta causa*) también recibe protección interdictal. En este sentido, la posesión propiamente dicha es considerada dentro de la *possessio naturalis*. Ahora bien, el problema se centraría en determinar si toda posesión natural es protegida interdictalmente. La respuesta se podría derivar de la limitación en la parte final del § 10 [*non tamen si colonus*], que se puede traducir, de acuerdo con Albertario, en que la *possessio naturalis* no siempre es tutelada interdictalmente. Por otra parte, siempre es protegida cuando es *possessio malae fidei* o *ex iniusta causa* o *iniusta*; no obstante, cuando es mera *detentio*, es defendida a veces sí y a veces no. La mera detentación es defendida en los casos de posesión anómala (precario, prenda y secuestro), pero no en la *locatio conductio*, depósito y comodato. En este aspecto, la limitación al *colonus* es un simple ejemplo de *detentio*.

Otro texto que respalda dicha tesis es:

D. 10. 4. 3. 15 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum [non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni.] Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.*⁹⁵⁰

⁹⁴⁶ D. 41. 5. 2. 1 (Iul. 44 *Digest.*); D. 24. 1. 26. pr. (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 41. 2. 1. 4 (Paul. 54 *ad ed.*).

⁹⁴⁷ Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 218 y ss.; Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, pp. 148 y ss.

⁹⁴⁸ Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 219.

⁹⁴⁹ D. 43. 16. 1. 9-10 (Ulp. 69 *ad ed.*).

⁹⁵⁰ Texto interpolado [*non solum-possessioni*]. *Cfr.* Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 1, *cit.*, p. 21; 3, *cit.*, p. 126; Riccobono, S., “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...”, *op. cit.*, p. 349. Un texto que sirve de complemento al de Ulpiano es D. 10. 4. 4 (Pomp. 6 *ad Sab.*): *nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest.*

Si se interpreta el texto genuino, se obtiene que la *actio ad exhibendum* compete contra quien es poseedor; así, el acreedor pignoraticio (en época clásica) es poseedor y, por tanto, compete también contra él. En este sentido, si se sostiene que la posesión civil posclásica es aquella *animo domini*, i. e., la del deudor pignorante, no la del acreedor pignoraticio, entonces el texto requiere que los compiladores introduzcan [*non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni*], para que la acción mencionada se pueda ejercitar contra el acreedor pignoraticio, remarcando su carácter de *naturalis possessor*.⁹⁵¹

No estudiaremos aquí las fuentes bizantinas, sino que sólo haremos una referencia general acerca de que las fuentes bizantinas dan luz al significado justiniano de la contraposición entre *possessio civilis* y *possessio naturalis*. Distinguen entre *possessio ennoμος* y *πολιτικη*; es decir, *ad usucapionem*, *possessio* propiamente dicha *ennoμος* —esto es, *ad interdicta*— y *possessio φυσικη, ες δεχρη*, la mera detentación (comodatario, depositario); sin embargo, se esfuerzan en remarcar que la posesión verdadera es aquella *animo domini*, y no cualquier otra posesión, incluso la defendida interdictalmente. Al reconocer a la posesión civil como verdadera posesión, se liberan de la necesidad de hacer la tripartición clásica, y reducen todo a la bipartición contenida en los textos interpolados.⁹⁵²

En conclusión, no queda más que reconocer la clara inteligencia con la que se resuelven las deficiencias de la teoría de Riccobono, respecto la dicotomía entre *naturalis possessio* y *civilis possessio* en la época posclásica, que en palabras de Albertario se establece:

...la base dell'antitesi... è da ricercare nella mutata nozione del *possesso* nell'età postclassica giustiniana; nella attrazione dell'istituto durante questa età, nel

Otros textos: *D.* 10. 4. 7. 1. 3 y 4 (Ulp. 24 *ad ed.*), *D.* 41. 3. 23. pr. (Iav. 9 *epist.*) y *D.* 41. 3. 30 (Pomp. 30 *ad Sab.*), con respecto a la autonomía de la *res*; *D.* 41. 2. 24 (Iav. 14 *epist.*) y *D.* 45. 1. 38. 7-8 (Ulp. 49 *ad Sab.*), con respecto a la posesión de un esclavo; *D.* 41. 2. 1. 1 (Paul. 54 *ad ed.*) y *D.* 41. 2. 3. 21 (Paul. 54 *ad ed.*), referidas a la posesión que tiene una *iusta causa* de *ius naturalis*, y no de *ius civilis*, que es una posesión que carece de cualquier requisito para llevar a la usucapion, por ejemplo, la ocupación o la invención; *D.* 10. 2. 35 (Pap. 12 *Resp.* = *F. V.* 258), en donde *naturaliter tenere* o *retinere* es referida a la *possessio*, no a la detentación.

Traducción: “Se debe saber que <se> debe proceder con esta acción contra el poseedor, no sólo contra aquel que posee civilmente, sino también contra quien naturalmente tenga la posesión. Así, es aceptable que el acreedor que aceptó una cosa en prenda quede obligado a exhibir<la>”.

⁹⁵¹ Esto se puede observar más claramente en los textos bizantinos: *Bas.* 15. 4. 3 = *D.* 10. 4. 3. 15; *Bas.* 15. 4. 4 = *D.* 10. 4. 4. *Cf.* Zachariae von Lingenthal, K. E., *Collectio librorum iuris Graeco-romani*, Leipzig, 1852, Suppl. ad Heimbach, Basilica, p. 53, schol. 25; Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 221 y 222.

⁹⁵² Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 226 y 227.

campo dei diritti. La base dell'antitesi sta nella dottrina postclassica giustiniana che riconosce vera *possessio* la *possessio* del *dominus* o quella di colui che in buona fede crede di esserlo; nella dottrina postclassica giustiniana, che esalta il diritto di possedere ciò che si appartiene fondando la nozione del possesso sulla base dell'*animus* inteso come *animus domini*, anche se la detenzione della cosa non vi sia. Questa è la *possessio civilis*; ed è una ategoría omogenea. L'altra è la *possessio naturalis*: ategoría eterogenea, in cui si mescolano *possessio* e detenzione, detenzione difesa come il possesso e detenzione senza difesa possessoria.⁹⁵³

VI. POSSESSIO PRO SUO Y POSSESSIO PRO ALIENO

La clasificación de la posesión en *possessio pro suo* y *possessio pro alieno* atiende a la causa. La *possessio pro suo* es una especie de las *iustae causae possessionis*. Esta clasificación de la posesión sufre de la misma problemática que las anteriores, es decir, su significado depende de la época de la jurisprudencia de que se trate, ya que obedece a la época de la construcción abstracta de la verdadera *possessio* sobre la que se desarrolla la teoría.

De igual forma, se puede observar que la compilación justiniana está plagada de contradicciones por la combinación de las ideologías clásica y posclásica, como resultado de la búsqueda de la aplicación del derecho romano clásico a la realidad bizantina.

Sobre esta dicotomía, se ha escrito poco. Quien analiza a detalle esta contraposición es Emilio Albertario, razón por la cual hemos tomado su trabajo como guía.⁹⁵⁴

Se tienen dos formas de reconstruir estas dos categorías: una es a través del análisis de los textos de juristas clásicos que son considerados genuinos, labor que es más amigable, si se pudiera decir así, y la otra es por medio del análisis, la interpretación y la reconstrucción de aquellos textos que fueron objeto de modificación compilatoria.

Los textos que se encuentran dentro del primer grupo pertenecen a tres juristas; sin embargo, dos de los fragmentos hacen referencia a la opinión de Juliano, que es la más antigua con la que se cuenta (*F. V.* 111; *D.* 41. 9. 1. 2).

El primer texto, cronológicamente, es de Papiniano, cuya respuesta es rescatada en los *Fragmenta Vaticana*:

260 (12 *resp.*): *Item. Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usu capit, sed debitores convenire*

⁹⁵³ *Ibidem*, p. 228 (*Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 160).

⁹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 186-203 (Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, pp. 120-136).

*non potest neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt. Plane quod ei solvitur patre non dissentiente, debitorem liberat, nec interest an emancipatum ignoret vel ei non esse peculium ademptum, cum rei substantia plus polleat existimatione falsa.*⁹⁵⁵

Asimismo, hay cuatro fragmentos de Paulo, donde uno fue encontrado en los *Fragmenta Vaticana* y los tres restantes pertenecen a su libro 54 de *Comentarios al Edicto*:

111 (8 resp. “De los bienes dotales”): *Titius a Seia uxore sua inter cetera accepit aestimatum etiam Stichum puerum et eum possedit annis fere quattuor; quaero, an eum usuceperit. Paulus respondit, si puer, de quo quaeritur, in furtivam causam non incidisset neque maritus sciens alienum in dotem accepisset, potuisse eum aestimatum in dotem datum post nuptias anno usucapi. Quamvis enim Iulianus et ante nuptias res dotis nomine traditas usucapi pro suo posse existimaverit et nos quoque idem probemus, tamen hoc tunc verum est, cum res dotales sunt. Cum vero aestimatae dantur, quoniam ex empto incipiunt possideri, ante nuptias pendente venditione, non prius usucapio sequi potest quam nuptiis secutis.*⁹⁵⁶

*D. 41. 2. 3. 21: Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*⁹⁵⁷

⁹⁵⁵ Traducción: “Igualmente. El hijo emancipado, a quien el padre no quito el peculio, ciertamente adquiere por usucapición las cosas como algo donado o como algo suyo porque tiene justa causa para poseer, pero no puede convenir con los deudores ni proseguir litigios peculiares, sino se diera un representante legal en su propio asunto o si intervinieron delegaciones de deudas. Lo que totalmente le es pagado, no disintiendo el padre, libera al deudor, y no interesa si ignora que fue emancipado o no le fue quitado el peculio, siendo más eficaz la sustancia de la cosa que una falsa estimación”. La traducción es tomada de Montemayor Aceves, M. E., *Fragmentos Vaticanos*, México, UNAM, 2003, p. 69.

⁹⁵⁶ Traducción: “Lucio Ticio recibió de su esposa Seia, entre otras cosas, al esclavo joven Estico, también estimado, y lo tuvo en su posesión casi cuatro años; pregunto si lo adquirió por usucapición. Paulo respondió que, si el joven, del que se pregunta, no hubiera caído en una causa de hurto, y el marido, sabiéndolo, no hubiera recibido a otro en dote, que ése estimado, dado en dote, podía ser adquirido por usucapición al año después de las nupcias. Pues, aunque Juliano también haya estimado que antes de las nupcias las cosas entregadas en nombre de dote pueden ser adquiridas por usucapición en el suyo, sin embargo, entonces esto es verdadero: cuando son bienes dotales. Pero cuando se dan estimadas, puesto que empiezan a tenerse en posesión por lo comprado, estando pendiente la venta antes de las nupcias, no puede seguir la usucapición antes que sigan las nupcias”. Cfr. Montemayor Aceves, M. E., *Fragmentos Vaticanos*, cit., p. 34.

⁹⁵⁷ Traducción: “Existen tantos géneros de posesión como causas de adquirir lo que no sea nuestro, por ejemplo, como comprador, como donación, como legado, como dote, como heredero, como entrega noxal, como <cosa> suya, así como en las cosas que tomamos por tierra o por mar de los enemigos, o aquellas que nosotros mismos hemos hecho existir en la naturaleza. En resumen, hay un solo género de posesión, pero infinitas formas <de poseer>”.

D. 41. 10. 2: *Est species possessionis, quae vocatur pro suo. hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra caelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus: similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.*⁹⁵⁸

D. 41. 9. 2: *Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emptore nec pro suo ante nuptias usucapietur.*⁹⁵⁹

Por último, tenemos un fragmento de Ulpiano, en el libro 31 de sus *Commentarios a Sabino*:

D. 41. 9. 1. 2 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. Est quaestio volgata, an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere. Et Iulianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.*⁹⁶⁰

Como se puede observar, son los textos de Paulo los más claros en cuanto a la naturaleza de la *possessio pro suo*. En primer lugar, la refiere como una *iusta causae possessionis*, claramente diferenciada⁹⁶¹ de la *possessio pro emptore*, *pro donato*, *pro legato*, *pro dote*, *pro herede*, *pro noxae dedito* (D. 41. 2. 3. 21).

⁹⁵⁸ Albanese considera a la segunda parte de este fragmento [*veluti-fin*] (*Le situazioni possessorie...*, cit., p. 108). Quien también asegura la interpolación es Pernice (*Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 394, n. 3). Sin embargo, nosotros consideramos que no hay rastro de interpolación. Traducción: “Existe una especie de posesión que se denomina como ‘<cosa> propia’, porque de esta manera poseemos todas las cosas que tomamos del mar, de la tierra y del cielo o las que se hacen nuestras por el aluvión de los ríos. Igualmente, las cosas que poseemos, habiendo nacido de las poseídas en nombre ajeno, como el parto de una esclava hereditaria o comprada, las poseemos para nosotros <mismos>. De la misma manera <ocurre con> los frutos de una cosa comprada, donada o que fue adquirida por una herencia”.

⁹⁵⁹ Traducción: “Si hubiese sido entregada una cosa estimada antes de las nupcias, no será usucapida ni como <si fuese> comprador ni como propia”.

⁹⁶⁰ Traducción: “y, primeramente, veamos cuándo alguien puede usucapir como dote, si después del tiempo de las nupcias o si acaso antes <de éstas>. Es una pregunta habitual si acaso el prometido (esto es, el que aún no es marido) puede usucapir una cosa como dote. Y Juliano dice que si la prometida hubiese entregado al prometido una cosa con la intención de no querer que se haga <de aquel> <hasta que se lleven a cabo> las nupcias, también cesará la usucapición. Pero si esto no fuese hecho evidentemente, Juliano dice que debe creerse que esto se hace para que las cosas se conviertan inmediatamente en suyas —del prometido— y, si fuesen de otra <persona>, puedan ser usucapidas. Esta sentencia me parece probable, sin embargo, antes de las nupcias no se adquiere por usucapición como dote, sino como <cosa> suya”.

⁹⁶¹ Albertario la tiene como contrapuesta; sin embargo, no consideramos que exista dicha oposición, sino que simplemente se trata de *iustae causae possessionis* diversas. Cfr. Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., p. 187.

En segundo lugar, la delimita y presenta las subespecies que la componen, *i. e.*, se posee *pro suo* en los siguientes casos:

- 1) La ocupación de *res nullius* (*omnia quae mari terra coelo vel ex hostibus capimus*).
- 2) Lo que se fabrica por uno mismo (*quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus*).
- 3) Lo que se hace propio por aluvión de los ríos.
- 4) Los frutos producidos por las cosas que uno posee, independientemente de la causa por la cual se posee (*quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus: similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est*).
- 5) De bienes obtenidos por medio de donación, principalmente en dos casos: *a*) usucapición del peculio del hijo que fue emancipado y a quien el padre no privó del mismo (peculio),⁹⁶² y *b*) usucapición de bienes otorgados en virtud de *donaciones antenuptiales* antes de que se lleve a cabo las *nuptias*.

Mientras que las referencias a Juliano, de Paulo (*F. V. 111*) y Ulpiano (*D. 41. 9. 1. 2. 31 ad Sab.*), son respecto a un caso en concreto, es decir, la posibilidad de usucapir por parte del marido los bienes recibidos en donación por concepto de dote, antes de que se lleven a cabo las nupcias, Juliano responde a ello afirmativamente, pero sólo *pro suo causa*, tesis que adoptan Paulo y Ulpiano.

Papiniano también presenta el caso concreto del hijo manumitido, que mantiene el peculio, y por ello puede usucapir por causa de donación los bienes del mismo peculio y *pro suo* los créditos del peculio, lo que gane de los litigios, etcétera, únicamente por medio de un representante legal en su propio asunto.

De esta manera, los elementos de la *possessio pro suo* se presentan con claridad. Sin embargo, el panorama se comienza a oscurecer cuando se revelan una serie de fragmentos contradictorios, interpolados, que conciben a la *possessio pro suo* como un mero nombre que recibe la posesión basada en un título putativo⁹⁶³ —basada en la *possessio bonae fidei*— para indicar la posesión *ex iusta causa* en sentido abstracto, o referida a aquella posesión dirigida a obtener la propiedad por medio de la usucapición, puesto que se posee en interés

⁹⁶² Este caso no es presentado por Paulo, sino por Papiniano, pero decidimos incluirlo en la lista, pues prácticamente es el único caso de posesión *pro suo* que no trata aquél. Por su parte, el caso presentado en el fragmento de Ulpiano ya es tratado dentro de la clasificación de Paulo.

⁹⁶³ *D. 41. 10. 3, 4. pr. y 2 (Pomp. 22 ad Sab.); D. 41. 3. 27 (Ulp. 31 ad Sab.)*.

propio y no en interés de otro —*possessio animo domini*—,⁹⁶⁴ o en general aquella posesión requerida para todo caso de usucapión en el sentido de *animus rem sibi habendi*. En este sentido se encuentra el siguiente fragmento:

*D. 41. 10. 1. pr. (Ulp. 15 ad ed.): Pro suo possessio talis est. Cum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo: ut puta ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo, item donata vel legata vel pro donato vel pro legato etiam pro suo possideo.*⁹⁶⁵

En este fragmento se concibe a la *possessio pro suo* como una *possessio animo domini*, que tiene como presupuesto que la misma (posesión) se haya adquirido *iusta causa* — *ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo, item donata vel legata vel pro donato vel pro legato*. En primer lugar, se debe observar que hay una contradicción con lo mismo que sostiene Ulpiano en *D. 41. 9. 1. 2* (en donde adscribe la tesis de Juliano sobre la *usucapio pro suo* de la *dote ante nuptiae*) y con lo que al respecto considera Paulo en *D. 41. 2. 3. 21* y *D. 41. 10. 2*. Cabe señalar que dicha contradicción no puede ser atribuida al jurista.

Por otra parte, esta interpolación es totalmente congruente con la concepción de la posesión del periodo posclásico y con las demás interpolaciones atribuidas a los compiladores que conciben a la posesión vinculada al *animus domini*. Además, como señala Albertario, contiene alteraciones formales que no hacen más que confirmar el carácter posclásico del texto.⁹⁶⁶

En otro texto de Ulpiano sucede lo mismo:

D. 41. 3. 27 (31 ad Sab.): Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, [pro suo usucapere eum posse] nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos,

⁹⁶⁴ En este sentido, en *D. 6. 2. 13. 1* (Gai. 7 *ad ed. prov.*) y *D. 41. 3. 13. pr.* y 2 (Paul. 5 *ad Plaut.*), los fragmentos niegan la posibilidad de usucapir del acreedor pignoraticio y del precarista por no poseer *eo animo* o por poseer *pro alieno*; en *D. 41. 3. 32 pr.* (Pomp. 32 *ad Sab.*), el ladrón que adquiere del propietario la cosa robada; en *D. 41. 4. 6. pr.* (Pomp. 32 *ad Sab.*), *D. 41. 10. 1, 3-5* y *D. 41. 3. 4. 2* (Paul. 54 *ad ed.*), *possidere pro suo* como *animus possidendi*; en *D. 41. 2. 3. 4* (Paul. 54 *ad ed.*), el que posee *pro emptore* también posee *pro suo*; en *D. 41. 3. 13. 2* (Paul. 5 *ad Plaut.*), quien por mandato de otro adquiere la posesión de un fundo; en *D. 41. 10. 1*, en la posesión *pro suo* se tiene *dominium nobis adquiri putamus* y, en este sentido, quien tiene una *iusta causa* para usucapir también posee *pro suo*.

⁹⁶⁵ Traducción: “Existe la posesión de una cosa <como> propia cuando pensamos que adquirimos el dominio para nosotros y que poseemos por causa por la cual se ha adquirido y, además de eso, como cosa propia. Por ejemplo, poseo por causa de compra y como comprador y como <cosa> propia; asimismo, poseo las cosas donadas o legadas como donación o como legado y también como <cosa> propia”.

⁹⁶⁶ Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 188.

*nullum legatum sit, idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.*⁹⁶⁷

Este texto es particularmente sospechoso. Ferrini⁹⁶⁸ y Beseler⁹⁶⁹ lo consideran alterado. De acuerdo con la tesis de Pernice, seguida mayoritariamente, la interpolación recae en [*pro suo-possesse*].⁹⁷⁰

Este fragmento es incoherente, ya que —en primer lugar— refiere a los ataques de Celso contra aquellos que sostienen que la *bona fides acquirendi* —*i. e., iusta causa putativa*— es suficiente para usucapir. La incoherencia estriba en la expresión *pro suo*, pues quienes llevan a cabo la usucapión basados en la buena fe (*iusta causa* putativa, no efectiva) lo hacen por la causa putativa; es decir, si el adquirente de buena fe lo obtuvo *pro emptio, pro legato, pro donato* —creyendo que el transmitente era el propietario—, la usucapión se basa en la causa *pro emptio, pro legato, pro donato*, respectivamente.

Como se observa en el subtema “*Possessio bonae fidei* y *possessio malae fidei*”,⁹⁷¹ la buena fe no sustituye la *iusta causa*. La buena fe se exige con el objeto de producir la usucapión, pero no la produce por sí sola. Lo que sucede es que hay una *iusta causa* que se encuentra afectada por el error, por lo que en estos casos no se podría hablar de una *iusta causa*, en estricto sentido. Esto no quiere decir que la buena fe se sustenta en una mera idea del poseedor, sino en una convicción justificada de varias circunstancias objetivas, como se ha analizado en las fuentes, que llevan al poseedor a creer haberse convertido en propietario, una *iusta causa* putativa o, como se denomina en la romanística, “*ítulo putativo*”. Esta convicción justificada es la que hace que el adquirente de buena fe lleve a cabo la usucapión, pensando que la causa

⁹⁶⁷ Traducción: “Dice Celso en el libro trigésimo cuarto que se equivocan aquellos que consideran que quien haya adquirido de buena fe la posesión puede usucapirla <como si fue-se> suya. Y <no > importa nada que la haya comprado o no, que le haya sido donada o no, si es que considera <que> la ha comprado o <que> le fue donada, porque la usucapión no es válida como legado, como donación o como dote si no hubiera ninguna donación, ninguna dote ni ningún legado. Y lo mismo está determinado con respecto a la estimación de un litigio, para que, a menos que haya soportado la estimación del litigio, no <se> pueda usucapir”.

⁹⁶⁸ Glück, C. F., *Commentario alle Pandette. L. XXX-XXXII*, trad. ital. de C. Ferrini, Milán, 1902, p. 286.

⁹⁶⁹ Beseler, G., “Textkritische Studien”, *ZSS*, 52, 1932, p. 44, n. 1.

⁹⁷⁰ Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 398; Stella Maranca, P., *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, Loescher, 1915, p. 195; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 2, 2, cit., p. 266, n. 1; Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., p. 189. Este último también comenta que Mommsen consideraba esta parte como un error formal y proponía su supresión. Por su parte, Perozzi imputa de interpolada [*cuius rei-possessionem*], lo que no compartimos; *cf.* Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 660, n. 1.

⁹⁷¹ *Cfr. supra* capítulo tercero, II.

existe, que se presentó efectivamente. Por esta razón, [*pro suo-posses*] carece de todo sentido.

Neracio⁹⁷² es el creador de esta regla del título putativo al colocar a la buena fe como fundamento de la usucapión.⁹⁷³ Asimismo, este texto de Ulpiano, en el que refiere la oposición a la *iusta causa erroris* como productora de la usucapión, confirma que es alrededor del siglo I d. C. cuando la jurisprudencia clásica admite la posibilidad de que la *iusta causa erroris* sustituya a la *iusta causa efectiva*. En el siglo II, Africano las denomina *iustam causam eius errorem*.⁹⁷⁴

Otros textos que también que utilizan *possessio pro suo* con el significado de *possessio animo domini* y *possessio bonae fidei*, pues el poseedor cree haber adquirido la propiedad del bien, son:

D. 41. 10. 4. 2 (Pomp. 32 ad Sab.): *Quod legatum non sit, [ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet].*⁹⁷⁵

D. 41. 10. 3 (Pomp. 22 ad Sab.): *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quia si nescio, verius est, ut usucapiam [; quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam]. Et ita Neratius scripsit idque verum puto.*⁹⁷⁶

D. 23. 3. 67 (Proc. 7 epist.): *Proculus Nepoti suo salutem. Ancilla quae nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere eaque nihilo minus mansit eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur, [nisi forte usucapta est]. Nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit. Itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per conditionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicat eam. [Quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, propius*

⁹⁷² Siguiendo a Neracio, el título putativo es aquella causa o título que el tradente y el poseedor adquirente consideran que existe, aunque estén en el error, pero ese error no le impide al poseedor usucapir. Cfr. D. 41. 10. 5. 1 (Nerat. 5 membranarum): *Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet*; otro texto referido por Pomponio, en D. 41. 10. 3 (Pomp. 22 ad Sab.): *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: [quia si - possideam]. Et ita Neratius scripsit idque verum puto.*

⁹⁷³ Cfr. *supra* nn. 714 y 715.

⁹⁷⁴ D. 41. 4. 11, 7 *quaest.*

⁹⁷⁵ Traducción: “Lo que no haya sido legado, pero haya sido entregado incorrectamente por el heredero, está determinado que <pueda ser> usucapido por el legatario, porque lo posee como suyo”.

⁹⁷⁶ Cfr. *supra* n. 717. Traducción: “Me entregaste un esclavo que falsamente considerabas que me debías por estipulación. Si yo supiese que nada me debieses, no lo usucapiré; porque no lo sé, es más cierto que <lo> usucapiré; porque la misma entrega por una causa que considero que es verdadera es suficiente para producir que yo posea aquello que se me entregó como si fuese mío. Y así escribió <lo> Neracio y yo <lo> considero verdadero”.

*est, ut existimem eum lucrificasse, utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit]. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos fieret, ita, ut nec possideat eam nec dolo fecerit, quo minus eam possideret.*⁹⁷⁷

El primer texto claramente no es genuino, puesto que no se puede atribuir una redacción tan errante a Pomponio: *ab herede tamen perperam (!) traditum sit, placet (!) a legatario (!)*. Ya lo había observado Pernice⁹⁷⁸ y antes también Fitting:⁹⁷⁹ “man nahm hier einen *verus titulus an*”.⁹⁸⁰ En este sentido, sorprende que en la segunda parte se refiera al legatario cuando al inicio ya se determinó que no hay legado. Pomponio habla aquí del legado *per damnationem*; por consecuencia, se preguntaría si podría alguien usucapir una cosa que le fue entregada, pero no legada, porque no existe efectivamente el legado. En efecto, los compiladores atribuyen a Pomponio palabras que no le pertenecen, que son totalmente posclásicas, para presentarlo como un exponente de la doctrina legislativa. La motivación *quia pro suo possidet* tiene un significado diverso al clásico, que hubiera podido utilizar Pomponio.⁹⁸¹

Seguramente, en relación con la *iusta causa* “putativa”, Pomponio seguía la doctrina de su maestro Neracio, como se puede ver en *D. 41. 10. 3* (Pomp. 22 *ad Sab.*)⁹⁸² y *D. 41. 5. 3* (Pomp. 23 *ad Q. Muc.*).⁹⁸³

Aun así, no se puede hablar de que el mismo Neracio concebía una regla en la que en todo caso debía anteponerse la buena fe a la *iusta causa* efectiva,

⁹⁷⁷ Traducción: “Próculo saluda a su nieto. La esclava que se casó y entregó dinero a su marido a causa de <su> dote, ya sea que sepa que es una esclava, ya sea que lo ignore, no podrá hacer ese dinero del marido, y, por lo tanto, permanece siendo de quien era antes de que se lo entregara a <su> esposo por esa causa, a menos que haya sido usucapido. Ni después, cuando se haya hecho libre, estando con el mismo marido, pudo cambiar la situación de ese dinero. Por lo tanto, ni siquiera en caso de divorcio puede reclamarlo correctamente ni o por derecho de dote o por condición, sino que correctamente lo reivindica aquella <persona> de quien es el dinero. Pero si el marido usucaprió aquel dinero poseyéndolo como <si fuese> suyo, a saber, porque consideró que <su> esposa era libre, es más conveniente creer que se haya lucrado con él, ciertamente, si usucaprió antes de que hubiera comenzado el matrimonio. Y soy de la misma opinión, si compró algo con ese dinero antes de que ocurriera la dote, de manera que ni lo posea, ni con dolo malo hubiera hecho que no lo poseyera”.

⁹⁷⁸ Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, cit., pp. 403-405.

⁹⁷⁹ Fitting, K., “Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung (Fortsetzung)”, *AcP*, 1, 52, 1869, p. 27.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 39 y ss.

⁹⁸¹ Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., p. 190.

⁹⁸² *Cf. infra* la interpolación que no cambia la postura de Pomponio respecto del título putativo.

⁹⁸³ *Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere*. Beseler considera que se debe agregar <*si defunctus usucapere coeperit*> al final para poder considerar el texto como genuino (“Miscellanea”, *ZSS*, 45, 1925, p. 228).

y en este caso se requiere ineluctablemente una *iusta causa* efectiva para que quien recibe del heredero pueda usucapir.

Por otra parte, este fragmento de Pomponio (*D.* 41. 10. 4. 2) está vinculado con otro fragmento del mismo (*D.* 41. 6. 4),⁹⁸⁴ pues ambos pertenecen a su libro 32 de sus *Comentarios a Sabino* y ambos presentan un caso de donación *inter vivos* en el que no se transmitió la propiedad y que, posteriormente, muere el donante.

Se trata del caso de una hija sujeta a potestad de su padre, de quien recibe una donación. Posteriormente, el padre muere dejando a la hija fuera de la herencia. Aquí se presenta la duda de si debe el heredero respetar la donación, que en realidad no se llevó a cabo en estricto sentido, pues la hija estaba sujeta a potestad, por lo que el padre seguía siendo propietario del bien que le donó, como si se lo hubiera donado a sí mismo, y la hija no puede usucapir *pro donato*, porque no hubo donación alguna.⁹⁸⁵ Sin embargo, Pomponio admite que puede usucapir lo donado si el heredero aprueba la donación. En este sentido se explica el *D.* 41. 10. 4. 2, y la interpolación, por otro lado, en el sentido que los compiladores quisieron presentar del *D.* 41. 6. 4, en el que la hija no podía usucapir *pro donato*, pero al final se admite la posibilidad de usucapir por otra causa, que tampoco es *pro legato*, porque no hay tal acto jurídico. Pero todo se condiciona a que el heredero apruebe la donación, permitiendo que la hija siga con el bien. Por ello, los mismos compiladores introducen una serie de expresiones posclásicas, con la intención de explicar el caso, como son *ab herede tamen perperam traditum sit (!)*, *placet a legatario (!)*, que el heredero haya mala o defectuosamente realizado la *traditio*, o aprobado al legatario —es en este sentido, porque no hay una entrega, sino una simple aprobación de que se lleve efectivamente la donación que de derecho no se había realizado—. Otra de las cuestiones a discutir es que tampoco hay un legado, por lo que los compiladores abren la posibilidad a la usucapición *pro suo*.

Como bien reconstruye Beseler este fragmento:

*Quod legatum non sit, <quamvis legatum existimetur, usucapi non posse ille recte scribit>
[ab herede tamen perperam (!) traditum sit, placet (!) a legatario (!) usucapi, quia pro suo possidet].*⁹⁸⁶

⁹⁸⁴ *Si pater filiae donaverit, quae in potestate eius erat, et eam exheredaverit: si [id] heres eius ratum habeat, [exinde] ea usucapiet donationem, qua ex die ratam heres donationem habuerit.* Consideramos el fragmento genuino.

⁹⁸⁵ *D.* 41. 6. 1. 1 (Paul. 54 *ad ed.*).

⁹⁸⁶ Beseler, G., “Miscellanea”, *ZSS*, 45, 1925, p. 229. Traducción: “Se escribe correctamente que lo que no sea un legado, aunque se considere que es un legado, que no pueda ser usucapido. Sin embargo, si fue entregado equivocadamente por el heredero, está determinado que sea usucapido por el legatario porque lo posee como <si fuese> propio”.

Los juristas clásicos, Pomponio entre ellos, niegan la usucapión en este caso si el legado no es una causa efectiva. Pero se puede observar que los compiladores admiten la usucapión *pro suo* con este significado.

El segundo texto, también de Pomponio, se tiene por interpolado en el sentido que sostienen Pernice y Perozzi.⁹⁸⁷ Por otro lado, Albertario⁹⁸⁸ considera que la interpolación corre desde [*quia si-fin*]. De cualquier modo, sostener una o la otra tesis de interpolación tiene las mismas consecuencias, pues *quia si nescio, verius est, ut usucapiam* es una proposición que se sigue de *si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam*.

Por otra parte, aún con la interpolación es posible observar que Pomponio adscribe la tesis de Neracio, consistente en que aquel que recibió un esclavo en cumplimiento de una estipulación no podría usucapirlo si sabe que no se le debía. Es decir, si quien recibe sabe que no es estipulante, que no existe tal cosa como la obligación del promitente a entregar el esclavo, claro está que no hay título putativo, puesto que la buena fe es la base de éste, y si el estipulante recibe sabiendo que no se le debe, este último recibe de mala fe. El texto refiere como *iusta causa* putativa la creencia común del estipulante y del promitente, en la existencia de la obligación; ello es suficiente para considerar la presencia de *iusta causa erroris*.

Me parece un poco excesiva la aseveración de Albertario, en el sentido de que son los compiladores que hacen de Pomponio un seguidor de la tesis de Neracio, cuando históricamente no existen elementos que lleven a considerar que sostuviera la tesis contraria. Además, fue alumno de Neracio, por lo que parece lógico que siguiera su escuela. Por otra parte, también mantenía esta idea Juliano, contemporáneo de Pomponio.

Por otro lado, la interpolación es clave con respecto a *ex pro meo possideam*, pues se observa que su utilización es diversa al significado clásico. Los compiladores utilizan la *possessio pro suo* con el significado de posesión fundada en una *iusta causa erroris*.

El tercer texto pertenece a Próculo, cuyo fragmento ya ha estado señalado por Pernice como interpolado⁹⁸⁹ en [*nisi forte usucapta est*] y [*quod si vir-usucepít*].

⁹⁸⁷ Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 401; Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 660, n. 1.

⁹⁸⁸ Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, cit., p. 129; Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., p. 191.

⁹⁸⁹ Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 398. Los siguientes autores concuerdan con la interpolación de [*nisi forte usucapta est*]: Mitteis, L., "Textkritische Miscellen", *ZSS*, 22, 1901, p. 126; Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, cit., p. 416, n. 1; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 2, 2, cit., p. 269, n. 1; Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., p. 192. Con la interpolación [*quod si vir-usucepít*], está de acuerdo el mismo Albertario, además de Haymann ("Zuwendung aus fre-

Como podemos observar, *possessio pro suo* se utiliza para referir a la posesión basada en la buena fe de quien recibe dinero de una esclava, que creía libre, y, por ello, cree *possidere dotis nomine*. Sin embargo, realmente no podía ser de esa manera, pues se trata de una esclava, que no puede ser propietaria del dinero, pero que además no puede transmitir el mismo y, mucho menos, por *dotis causa*, ya que el matrimonio no podría existir.

Como bien señala Albertario, el significado que los compiladores otorgan a la *possessio pro suo* se descubre en el caso de la posesión de una cosa recibida de buena fe como legada, pero que no lo era, puesto que el legado no existía; sin embargo, los justinianos admiten la usucapión, anteponiendo la *iusta causa erroris* sobre la *iusta causa* efectiva (D. 41. 10. 4. 2 [Pomp. 32 *ad Sab.*]). El mismo significado se descubre en este texto.

No obstante, éste es un texto también extremo, puesto que en el derecho clásico y con la terminología de Africano no se puede hablar de una *iusta causa erroris*. Se trata de una situación en la que una esclava entrega dinero que no es suyo, por obvias razones, independientemente de si ella sepa o no que es esclava. Pero además no puede haber una *iusta causa erroris*, ya que la esclava está totalmente impedida de realizar la causa por la que hizo la entrega, pues carece del derecho a contraer *iustae nuptiae*. No hay razón de ser de la usucapión.

Por otra parte, esta interpolación es contraria con el D. 41. 9. 1. 4 (Ulp. 31 *ad Sab.*), donde Casio excluye la posibilidad, de modo absoluto, al que creía estar casado y no lo está, quien no puede usucapir, pues no hay dote, *i. e.*, no hay una justa causa efectiva. Con esta tesis, Ulpiano está de acuerdo y refleja la postura mayoritaria de la jurisprudencia clásica. En otras palabras, a lo que los juristas clásicos llamaban *possessio pro suo* era solamente a las cosas recibidas efectivamente en dote *matrimonii causa* y que el esposo puede usucapir antes de realizarse el matrimonio, y no a lo que se creía recibir en dote, pero que no podían considerarse tal, porque no existía el matrimonio.⁹⁹⁰

Los cuatro textos analizados niegan la usucapión, donde la posesión no se fundaba en una *iusta causa* efectiva. Existen todavía otros textos en los que

mden Vermögen”, *Jher Jb*, 77, 1927, pp. 218, n. 2, y 224, n. 1). Por su parte, Mitteis demuestra que, respecto de la segunda parte, [*utique-usucepūt*] y [*antequam-fieret*] están interpolados. Cfr. Mitteis, L., “Textkritische Miscellen”, *op. cit.*, p. 130.

⁹⁹⁰ Haymann, F., “Zuwendung aus fremden Vermögen”, *op. cit.*, p. 219. Asimismo, Haymann señala que D. 41. 9. 1. 4 es un fragmento que pertenece a la obra de Ulpiano *ad Sabinum*, de la que también es extraído el texto donde Ulpiano refiere a Celso para negar la posibilidad de *usucapio iusta causa erroris*, texto que está interpolado con la frase [*pro suo usucapere eum posse*]. Además, refiere a la interpolación del fragmento de Paulo D. 12. 6. 15. 1, señalando la *summa* de este texto en las *Basílicas* (24. 6. 15), donde se dice que la posesión de buena fe es tal, porque de buena fe *possessio pro suo*. Citado por Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 192 y 193.

se utiliza la expresión *possessio pro suo* en un sentido posclásico, para designar la posesión *animo domini* contrapuesta a la *possessio clam*, a la posesión violenta, a la posesión de mala fe, en general.⁹⁹¹

Como hemos mencionado en el capítulo primero, la usucapión antigua tenía ciertas características que se consideraban arcaicas por la jurisprudencia clásica, pero aun así continuaban siendo aplicadas en esta época. De esta manera, tenemos a la *usucapio pro herede*, que no requería ni la buena fe.

En conclusión, en la jurisprudencia clásica coexistieron dos doctrinas que interpretaban la *iusta causa* en relación con la producción de consecuencias jurídicas, específicamente en la producción de la usucapión.

La más antigua, sostenida por Neracio, Pomponio, Juliano y Africano, reconocía una especie de *iusta causa* putativa, *iusta causa erroris*, como elemento suficiente para llevar a cabo la usucapión en aquellos casos en los que falla la *iusta causa* efectiva. Por otra parte, no tenían un nombre técnico para denominar dicha posesión, pero nunca aplicaron la partícula *pro suo* a esta posesión, ni siquiera pudieron haber concebido la idea de hacerlo. La jurisprudencia romana clásica utilizaba dicho calificativo (*pro suo*) para referirse a una posesión totalmente diversa.⁹⁹²

La postura contraria, formulada por Próculo y defendida acérrimamente por Celso, sostenía que se requería siempre una *iusta causa* efectiva para poder producir los efectos de la usucapión, basada en la causa que dio origen a la adquisición (*pro soluto, pro donato, pro legato...*).

De acuerdo con Albertario,⁹⁹³ cuando los compiladores toman la tesis de la jurisprudencia clásica que reconoce a la *iusta causa erroris, i. e.*, la buena fe aunada a ciertos elementos objetivos que hacen creer al poseedor que se convirtió en propietario (*iusta causa* putativa), como doctrina legislativa, se enfrentaron al problema de que no tenía clásicamente una denominación.

En este sentido, debido a que el derecho justinianeo concebía como *possessio* verdadera aquella que tenía el *dominus* o quien de buena fe creía serlo, los compiladores utilizaron la expresión *pro suo* para confundir la posesión verdadera, *i. e.*, con la *possessio animo domini* y la *possessio bonae fidei*. En otras palabras, posee *pro suo* el propietario y aquel que no lo es, pero que de buena fe cree serlo. Por esta razón, las interpolaciones se desarrollaron con la concepción justiniana de que puede usucapir *pro suo* aquel que, no teniendo una

⁹⁹¹ D. 41. 10. 4. pr. (Pomp. 32 *ad Sab.*); D. 41. 1. 48. 1 (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 41. 3. 32. pr. (Pomp. 32 *ad Sab.*); D. 41. 3. 13. 2 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 41. 2. 3. 4 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41. 10. 1. pr. (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 41. 10. 4. 1 (Pomp. 32 *ad Sab.*); D. 41. 3. 5 (Gai. 21 *ad ed. Prov.*).

⁹⁹² *Cfr. supra* pp. 254 y ss.

⁹⁹³ Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 194, 201 y 202.

iusta causa efectiva, cuenta con razones objetivas suficientes para creer que ha adquirido, de buena fe, la propiedad del bien.

Así, en el derecho posclásico, la posesión verdadera se contrapuso a la posesión *non animo domini, non bonae fidei*, la que tiene quien no es propietario, y fue denominada *pro alieno*.

La *possessio pro alieno* comprende desde la detentación hasta la *possessio iniusta (vi, clam)*, la *possessio ex iniusta causa* (cónyuge donatario), la posesión de mala fe.

La detentación, designada como *possessio naturalis* o *possessio corporalis*, se fundaba en una *iusta causa possessionis* y, a su vez, se subdividía en dos grupos: 1) aquella que no era defendida como posesión, por ejemplo, la detentación del colono, la del depositario, la del comodatario, etcétera, y 2) la que sí era defendida como posesión, es decir, la del precarista, la del acreedor pignoraticio,⁹⁹⁴ la del secuestratario. Cabe señalar que los que poseían violenta, clandestina o de mala fe eran usurpadores de la posesión que le pertenecía a otro.

La posesión *pro suo* en el derecho clásico era una *species* de posesión, cuya *causa possessionis* está designada por el nombre. En el derecho justinianeo, esta especie de posesión deviene en un *genus* —la posesión del *dominus* o el que de buena fe cree serlo—.

VII. POSSESSIO ANIMO Y POSSESSIO CORPORE

La dicotomía entre la *possessio animo* y la *possessio corpore* es un tema que ha captado el interés de los romanistas, antes de que Savigny formulara su teoría sobre la posesión en *Das Recht des Besitzes*, como se observa en las obras de Donello, Duareno, Lauterbach y otros.⁹⁹⁵

Por su parte, Savigny toma al *animus* y al *corpus* como dos elementos que conforman la posesión. Sin embargo, su teorización del *corpus* y del *animus domini* sufre varios defectos importantes. Uno de ellos consiste en que son términos que no se consideran como tales en la compilación justiniana y que, además, son totalmente ajenos a la jurisprudencia clásica,⁹⁹⁶ como posteriormente lo señalará Bonfante.

⁹⁹⁴ D. 41. 3. 13. pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*).

⁹⁹⁵ Donello, *Comm. de j. civ.* 5. 6. 4-5; Duareno, *Alter comm. ad Tit. 41. 2, c. 1. Opp.* ed Lucca 1765, v. 2, p. 553; Ihering, R. von, *Der Besitzwille...*, *cit.*, p. 248.

⁹⁹⁶ *Animus domini* es una expresión totalmente savigniana, ya que no aparece en la compilación ni en las obras justinianas. Las Constituciones hablan de *cogitatio domini* (C. 6. 2. 21. 2); el *Digesto*, de *opinio domini y eo animo... ut credat se dominum esse* (D. 9. 4. 22. 1 [Paul. 18 *ad*

Ihering,⁹⁹⁷ con su gran capacidad de vislumbrar el fenómeno jurídico de una manera más integral y completa, destaca la imposibilidad práctica de probar el *animus domini* de Savigny, por lo que opta por buscar un elemento que dé sustento objetivo a la teoría de la posesión, encontrando dicho soporte en el *corpus* y en la *causa*. Asimismo, señala la participación de Paulo en el desarrollo de una teoría del *animus*, atribuyéndole su autoría junto con fuertes críticas.⁹⁹⁸

Sostiene una idea del *animus* y del *corpus* en un sentido similar a la primera jurisprudencia romana, como elementos integrados e inseparables, pues sostiene que el *corpus* siempre tiene un contenido intencional o volitivo, un *animus*. En este sentido, el *animus* está siempre presente, tanto en la detención como en la posesión, por lo que cancela la diferencia conceptual de Savigny basada en la voluntad.

El siguiente momento en el desarrollo teórico de este binomio se presenta con los estudios de Alibrandi,⁹⁹⁹ Dernburg¹⁰⁰⁰ y Riccobono,¹⁰⁰¹ quienes sostienen que la posesión es un fenómeno que en la jurisprudencia romana sufrió dos etapas de desarrollo: la primera, cronológicamente la más antigua, en la que la posesión tiene un carácter más objetivo, basado en las *causae possessioni*; la segunda, desarrollada sobre la base de la formulación del *animus possidendi*.

Riccobono, tomando como base la teoría anteriormente expuesta por Dernburg, junto con otras ideas de Kniep,¹⁰⁰² trató de conciliar la teoría de Savigny y la de Ihering.

Por su parte, Klein¹⁰⁰³ y Ferrini¹⁰⁰⁴ también realizan un análisis histórico muy original, en un sentido análogo, que vincula y contrapone a las dos escuelas: sabinianos y proculeyanos. Según esta tesis, los sabinianos aceptaron

ed.] y D. 6. 2. 13. 1 [Gai. 7 ad ed. prov.], respectivamente). En las *Basílicas* (50. 2. 61) y en la Paráfrasis de Teófilo (2. 9. 4; 3. 29. 2), encontramos la expresión ψυχὴ δεσπότης, que se traduce como *animus dominantis*.

⁹⁹⁷ Ihering, R. von, *Über den Grund des Besitzes Schutzes*, cit., pp. 160 y ss.; Ihering, R. von, *Der Besitzwille...*, cit., pp. 176 y ss.

⁹⁹⁸ D. 41. 2. 1. 20 (Paul. 54 ad ed.) y D. 13. 7. 37 (Paul. 5 ad Plaut.). Véase también Ihering, R. von, *Der Besitzwille...*, cit., pp. 269 y ss., en especial p. 274.

⁹⁹⁹ Alibrandi, I., *Teoría del possesso secondo...*, cit.

¹⁰⁰⁰ Dernburg, H., *Entwicklung und Begriff des juristischen...*, cit.

¹⁰⁰¹ Riccobono, S., “La teoria del possesso nel diritto romano”, *op. cit.*; Riccobono, S., “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse...”, *op. cit.*; Riccobono, S., “La teoria romana dei rapporti di possesso...”, *op. cit.*; Riccobono, S., “Vecchi e nuovi problema...”, *op. cit.*; Riccobono, S., “Diritto romano e diritto moderno”, *op. cit.*

¹⁰⁰² Kniep, F., “*Vacua possessio*”, cit., pp. 315 y ss.

¹⁰⁰³ Klein, F., *Sachbesitz und Ersitzung*, cit., pp. 5 y ss.

¹⁰⁰⁴ Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, cit., pp. 237 y ss.

la tesis de la causa, que procedía de la edad republicana, mientras que los proculeyanos fueron más allá, superando dicha tesis y formulando la teoría del *animus*.

Pietro Bonfante retoma la teoría subjetivista de Savigny y los dos elementos más débiles —que son la categoría ingeniosa, pero a la vez ficticia, de la posesión derivada y la incorrecta terminología utilizada con referencia al *animus*— fueron modificados y corregidos.

Con relación a los elementos del binomio, terminológicamente considera que tanto el *animus domini* como el *corpus* son erróneos y ajenos a la realidad jurídica de la jurisprudencia clásica. En este sentido, las fuentes refieren a *possidere corpore*,¹⁰⁰⁵ aludiendo a la materialidad con la que se lleva a cabo la posesión, *i. e.*, con el propio cuerpo, y no al *corpus* (cuerpo de la cosa poseída) como un elemento de la posesión.¹⁰⁰⁶ En lo referente al elemento espiritual savigniano —*animus domini*—, sucede lo mismo, ya que es una expresión totalmente equivocada, debido a que las fuentes no refieren ni una sola vez a la misma; es por ello que hoy en día es una expresión totalmente abandonada. Los términos que refieren las fuentes son *animus possidendi*, *possidentis*.¹⁰⁰⁷

Considera que los dos elementos de la posesión son de carácter imprescindible, y que debieron parecer inseparables a los ojos de la antigua jurisprudencia, en la que el *animus possidendi* adquiriría relevancia y autonomía. Además, estima que la elaboración autónoma del *animus possidendi* fue realizada por la escuela proculeyana, pues es tratado con relieve y su aplicación es característica en textos de Labeón,¹⁰⁰⁸ Próculo,¹⁰⁰⁹ Nerva¹⁰¹⁰ y Celso.¹⁰¹¹

De manera muy acertada defiende a Paulo de las críticas de Ihering, al sostener que lo único que se le puede atribuir es haberle dado al *animus* una posición autónoma, lo cual se requería en algunas aplicaciones, especialmente en el derecho justinianeo, en el que era necesario separar a la posesión de su posición de hecho, *i. e.*, se precisó renunciar al otro elemento (*possessio corpore*) admitiendo ficticiamente la conservación de una posesión perdida.

¹⁰⁰⁵ Por ejemplo: *D. 41. 2. 3. 1* (Paul. 54 *ad ed.*).

¹⁰⁰⁶ Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 139.

¹⁰⁰⁷ Otras expresiones que agrega Albertario son las siguientes: *possessoris*, *propositus possidentis*, *animus possessionem adipiscendi (o retinendi)*, *velle possidere*, *nolle possidere*. En *D. 41. 2. 1. 3* (Paul. 54 *ad ed.*): *Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat*. Albertario considera que la expresión *affectionem tenendi* es una interpolación. *Cf.*: Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 12.

¹⁰⁰⁸ *D. 41. 2. 51* (Iav. 5 *post.*).

¹⁰⁰⁹ *D. 41. 2. 27* (Proc. 5 *epist.*); *D. 12. 1. 9. 9* (Ulp. 26 *ad ed.*).

¹⁰¹⁰ *D. 12. 1. 9. 9* (Ulp. 26 *ad ed.*).

¹⁰¹¹ *D. 41. 2. 18. 3* (Cels. 23 *dig.*) y *D. 41. 2. 34* (Ulp. 7 *disp.*); *D. 10. 4. 5* (Ulp. 24 *ad ed.*).

Otra aportación importante es la realizada por Rotondi, quien considera que el *animus* inicia a ser considerado por la escuela proculeyana, para posteriormente separarse de la *possessio corpore* de manera contundente y adquirir autonomía con Papiniano, pero sobre todo con la formulación dogmática de Paulo, adoptada por Justiniano. Es con estos últimos donde el *animus* adquiere verdadera importancia, la cual no había sido atribuida por los juristas anteriores. Sin embargo, estos juristas anteriores que refieren al *animus possidendi* no lo hacen por mera especulación teórica ni para afirmar que sin voluntad consciente para poseer no hay posesión (máxima demasiado intuitiva para los romanos), sino para justificar aquellos casos que presentan alguna dificultad en la explicación de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión.¹⁰¹²

Albertario, con una capacidad histórico-analítica importante, reconoce que ni la doctrina del *animus domini* ni la del *animus possidendi* clásica pueden explicar el fenómeno completo de la posesión preclásica, puesto que “non è applicabile a tutti i casi preclassici di *possessio*, precisamente a quelli che sono i più numerosi, i più imponenti, i più socialmente rilevanti; vogliamo dire, ai casi di *possessio* revocabili”.¹⁰¹³

Sólo se aplicaba al reducido número de casos en los que se admitía la usucapión, *i. e.*, los casos en los que el poseedor estaba destinado a adquirir el dominio quiritario por el uso continuo e ininterrumpido en un periodo determinado. La temporalidad requerida se puede observar en la Tabla 6. 3 (*usus auctoritas fundi biennium est... ceterarum rerum omnium... annuus est usus*),¹⁰¹⁴ referida a la usucapión de la época arcaica, en la que existían sólo dos tipos de usucapión: la *usucapio pro herede* y las *usureptiones*,¹⁰¹⁵ las cuales son congruentes con la limitada propiedad privada que existía.¹⁰¹⁶ Únicamente en estos casos se puede observar una intención de dirigirse como dueño, en el sentido del *animus possidendi* clásico, es decir, la intención de dirigirse como propietario de la cosa, dominarla de manera indefinida en el tiempo.

¹⁰¹² Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, p. 12 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 106).

¹⁰¹³ Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 41.

¹⁰¹⁴ Traducción: “La usucapión de un terreno es de dos años... para todas las demás cosas... la usucapión es de un año”.

¹⁰¹⁵ En la época arcaica no se conocían ni la causa ni la buena fe. Por lo tanto, para realizar la usucapión, sólo eran necesarios el *usus* y el *tempus*. Sobre el tema del *usus* en la época arcaica, véase Stintzing, J. A. R. von, *Das Wesen von bona fides und titulus...*, *cit.*, pp. 8-44. Estos tipos de usucapión tienen rasgos muy interesantes, aun cuando a los ojos del derecho clásico romano son considerados una reliquia del estadio precedente de la institución. Sin embargo, son totalmente acordes con las características generales del derecho del periodo histórico.

¹⁰¹⁶ *Cfr.* capítulo primero, III, 1.

Por otro lado, el *animus possidendi* clásico es contrario a la posesión que prevalecía en el periodo preclásico. Las posesiones del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario no podrían contener o implicar el *animus possidendis*, pues irían totalmente en contra de ese modelo de posesión. En el primero de los casos, es la *civitas* quien tenía la propiedad del *ager publicus* y solamente otorgaba la *possessio* a los particulares, consistente en el uso del *ager*. Por su parte, el acreedor pignoraticio y el secuestratario sólo tenían el bien temporalmente, sin poder ni siquiera usarlo. El acreedor pignoraticio lo tenía simplemente como una forma de asegurar el cumplimiento de una obligación por parte del pignorante; cuando éste cumplía, ya no había razón para que el acreedor pignoraticio detuviera el bien. En el caso del secuestratario, éste mantenía el bien en tanto no se decidiera a quién pertenecía; cuando esto se determinaba, tenía que entregarlo.

Asimismo, considera que, en la edad clásica, desde Quinto Mucio Escévola hasta Paulo la posesión consiste en una relación de hecho, de la doctrina de Savigny y Bonfante.¹⁰¹⁷

Hay quienes sostienen que posteriormente se formula una nueva teoría, con la incursión de romanistas preclaros, como Perozzi, Fabi, Lauria, Cannata, Burdese, Zamorani, Albanese y, más recientemente, Lambrini y Ferretti, quienes sostienen la configuración y desarrollo tardío del *animus possidendi*. Cabe destacar, sin minimizar sus importantes aportaciones, que dicha teoría ya había sido esbozada por Rotondi, Albertario y, en cierto sentido, Vassalli.

Algunos refieren a Perozzi como uno de los primeros en articular esta nueva teoría, también denominada heterodoxa,¹⁰¹⁸ quien considera que la posesión a través del cuerpo se realiza cuando el adquirente lleva a cabo una actividad de custodia de la cosa, que además implica que éste quiera custodiarla. El querer custodiarla es un acto de voluntad diverso del *animus possidere*, pero parece ser que, posteriormente, se convierte en una voluntad de la declaración del *animus possidere*.¹⁰¹⁹ No obstante, ello es una consideración un tanto oscura.

El mismo Perozzi afirma que se posee *animus* si se cumple en *animus possidendi*, concebido como el ánimo de tener la plena libertad de acción sobre la cosa. A su vez, critica como errónea la teoría savigniana que ve al *animus*

¹⁰¹⁷ "...rapporto di dominazione di fatto, nel quale si detiene la cosa con l'intenzione di possederla per sè, e di disporne senza limite alcuno, neppure di tempo, così come farebbe il dominus; rapporto di dominazione di fatto, difeso dagli interdetti; atto a trasformarsi; quando abbia determinati requisiti, in rapporto di signoria giuridica mediante l'usucapione". Cfr. Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, cit., p. 44.

¹⁰¹⁸ Ferretti, P., *Animo possidere...*, cit., p. 9.

¹⁰¹⁹ Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 548.

y al *corpus* como dos elementos de la posesión, porque interpreta de manera equivocada los términos *corpore et animo possessionem adprehendere, animo possessionem retinere, corpore retinere*, pues dichos elementos no tienen importancia en la adquisición y pérdida de la posesión.¹⁰²⁰

Uno de los autores que hace una aportación más clara es Bruno Fabi, quien con una capacidad intuitiva importante elabora una idea original sobre el *animus possidendi*, que marca una nueva tendencia, pero sin muchos adeptos.¹⁰²¹

Fabi busca “rintracciare l’originario valore linguistico del vocabolo, e il rapporto sostanziale a cui per la prima volta esso fu applicato”,¹⁰²² proceso que lo lleva a las conclusiones obtenidas, muy generalmente, por Niebuhr, Savigny, Bonfante, Albertario, Bozza y Carcaterra, en cuanto a la aplicación originaria de la palabra *possessio*.¹⁰²³ Analiza la presencia del término *possessio* en Plauto, Terencio y Catón. De este último, sólo considera la obra de *Re rustica*, dejando fuera del análisis *De origine*, en la que se hace uso del término en varias ocasiones.¹⁰²⁴

Sostiene la tardía configuración abstracta de *possessio*,¹⁰²⁵ basándose en la definición de *possessio* de Elio Gallo, referida por Festo, considerando que la misma “non poteva sorgere se non in chi fosse vicino o addirittura contemporaneo all’epoca in cui «*possessio*» aveva prevalentemente un significato concreto, e sentisse pertanto la necessità di sostenere ex novo il significato astratto del termine”.¹⁰²⁶

Fabi, profundo conocedor de Cicerón,¹⁰²⁷ le reconoce como el primero en utilizar el término *possidere* con *perfetta padronanza*. No obstante que Fabi

¹⁰²⁰ *Ibidem*, p. 549.

¹⁰²¹ Tanto Cannata (“L’animus possidere del diritto romano classico”, en Cannata, C. A., *Scritti scelti di diritto romano*, I, Turin, p. 19, n. 34 [publicado en *SDHI*, 26, 1960]) como Zamorani (*Possessio e animus*, Milán, 1977, p. 58, n. 7) refieren a ésta como *felicissima intuizione*, antes que Fabi (Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, *cit.*, pp. 547 y 548, n. 4).

¹⁰²² Fabi, B., *Aspetti del possesso romano*, *cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁰²³ Para ver el desarrollo histórico de la posesión, consúltese el capítulo primero de esta investigación. Me permito hacer una observación menor: Fabi omite un par fragmentos de las obras de Plauto y uno de Terencio, en los que se hace uso del término *possidere*.

¹⁰²⁴ Véase capítulo primero, II, 1, A.

¹⁰²⁵ Inspirado por Cuq, E., *Manuel des institutions juridiques des romains*, París, 1928, p. 308, n. 3.

¹⁰²⁶ Elio Gallo escribió presumiblemente un siglo después de la *lex Agraria*. Fabi también observa que los vocablos, originariamente, tienen un significado concreto y con su evolución, poco a poco, tienden a abstraerse e idealizarse. *Cfr.* Fabi, B., *Aspetti del possesso romano*, *cit.*, p. 19. Sobre la evolución ideal del significado de las palabras, véase Betti, E., “La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi”, *Annuario della Univ. de Camerino*, 1918, p. 67.

¹⁰²⁷ En sus textos se desarrolla ampliamente la posesión de: a) las cosas hereditarias (Cic. *Verr.* 2. 1); b) emplea el término *possessio* en sentido material (Cic. *Verr.* 1. 4. 12: ...*bonorum pos-*

haya hecho importantes aportaciones en el ámbito histórico, se equivoca al considerar que es Cicerón quien primero utiliza el verbo *possidere* y sus derivados, con un valor conceptual nuevo (diferente al significado genérico de tener o detentar), equivalente a *illicita detenzione, materiale usurpazione* de territorio ajeno, *deplorable e criminoso possesso*.¹⁰²⁸ Como ya lo hemos abordado en el capítulo primero, es Catón quien utiliza el término en ese sentido más de un siglo y medio antes. Por otra parte, Fabi va más allá al atribuir una relación de dependencia semántica entre *occupazione bellica* y *usurpazione di immobili nei rapporti privati*, una relación entre *possidere* y *usurpare*.¹⁰²⁹

Concibe al *animus* de una forma totalmente extraña, como una intención externa y contrapuesta a la posesión, que incluso sustituye su efectividad. Según él, el *animus* es externo a la posesión y precede psicológicamente a la misma, pues los primeros juristas que la mencionan la debieron encontrar en sí mismos, separada de la realidad.¹⁰³⁰ Asimismo, considera que su prevalencia es histórica, porque la primera mención del *animus* (Labeón y Próculo) se debe a la falta de una correspondiente posesión efectiva; no se refiere al *animus* como un elemento del *possidere*, sino a la intención que tiene por objeto a todo el *possidere*, y por ello es externa y anterior al mismo. Así, el *animus* debió aparecer por primera vez donde no había posesión; por ejemplo, podemos citar el caso donde alguien adquirió un bien y lo puso en custodia, pero no tiene todavía la detentación material del mismo,¹⁰³¹ o el caso de quien abandona un terreno con la intención de regresar (*saltus*),¹⁰³² o, en general (con relación a todos los efectos de la posesión), aquellos casos en los que una persona tenga la intención de poseer y se encuentre en grado de hacerlo, pero que sólo le falte la detentación de la cosa que aún no apresa materialmente, o dejada temporalmente. Es en estos casos en los que se reconoce por primera vez una incongruencia. Dicha realidad exige que se reconozca la *possessio* en

sessionumque... [...de los bienes y de las posesiones de las cuales gozaba...]; Verr. 2. 3. 70: ...qui non intellegat istum sibi quaestui praedaeque habuisse bona possessiones fortunasque aratorum.2; S. Rosc. 132: ...quod habeat pluris possessiones, mancipia, quae omnia dicit de rapinis ipsum habere [Schol. Gron. p. 436. 14.], y c) también lo usa al plural y en sentido abstracto (Cic. Verr. 2. 3. 16: ...possessiones hereditatum non secundum eos qui proferrent, sed secundum eos qui dicerent testamentum factum dedisse...).

¹⁰²⁸ Cic. *Caec.* 2; *leg. agr.* 3. 12; *Quinct.* 30; *S. Rosc.* 15, 24, 30, 32, 78; *Verr.* 2. 3. 27. Asimismo, cita otros autores: *Liv.* 2. 41. 2; *Ov. trist.* 4. 4. 46; *Tac. hist.* 4. 73. 3.

¹⁰²⁹ Fabi, B., *Aspetti del possesso romano, cit.*, p. 34. El problema está en que análoga *possidere* a *occupazione bellica* y *usurpare* a *usurpazione di immobili nei rapporti privati*. Para más sobre sus ideas, véase el capítulo segundo, III, 2, A.

¹⁰³⁰ Fabi, B., *Aspetti del possesso romano, cit.*, p. 47. Al respecto, no explica más, por lo que no me queda claro a qué se refiere en concreto.

¹⁰³¹ *D.* 41. 2. 51 (*Iav. 5 ex post. Lab.*).

¹⁰³² *D.* 41. 2. 27 (*Proc. 5 epist.*); *Gai.* 4. 153; *D.* 41. 2. 25. 2 (*Pomp. 23 ad Q. Muc.*).

los casos antes mencionados, donde sólo hay intención de poseer, denominada *animus*, y se le dio el valor de *possesso effettivo*, permitiendo que el *animus* sustituyera a este último.¹⁰³³

Según explica Fabi, siendo el *animus* anterior y externo al *possidere*, presupone la noción de la *possessio*. Es en este sentido que la *possessio* califica el *animus*, y no viceversa. Desde que fue mencionado el *animus* por vez primera, el *possidere* no tenía aún un sentido jurídico unitario. En caso de que *possidere* significara detentación, el *animus* debía consistir en la *volontà di detenzione*. Por su parte, en los casos en los que significaba señorío, el *animus* expresaba *volontà di dominio*. Por último, considera que debía configurarse como un *animus usurpandi* en los casos en que *possessio* equivale a usurpación.¹⁰³⁴

Lauria contrapone,¹⁰³⁵ desde su origen, la *possessio* del *ager publicus* a la *possessio* de los demás bienes, denominada a través del término *usus*. A su parecer, la posesión se presenta, desde la Antigüedad, de manera unitaria,¹⁰³⁶ admitiendo una pluralidad de términos.¹⁰³⁷ Esta unidad del análisis de las posesiones, tanto arcaicas como posteriores, se debe a un elemento común: la voluntad de quien dispone de excluir a cualquier otro de su goce (disfrute). Esta voluntad de excluir a los demás del goce propio corresponde a la exigencia de la disponibilidad en acto, contra todos y exclusiva de todos. Por ello —sostiene—, se consideran como prototipo a la posesión del *fur* y quien lleva a cabo la usucapción.¹⁰³⁸

¹⁰³³ D. 41. 2. 18. 3 (Cels. 23 *dig*); D. 12. 1. 41 (Afr. 8 *quaest.*); D. 41. 2. 46 (Pap. 23 *quaest.*); D. 41. 2. 44. 1-2 (Pap. 23 *quaest.*); D. 41. 2. 27 (Proc. 5 *epist.*); D. 41. 2. 25. 2 (Pomp. 23 *ad Q. Muc.*); D. 41. 2. 19. 1 (Marcell. 17 *dig.*); D. 41. 2. 51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

¹⁰³⁴ Fabi, B., *Aspetti del possesso romano*, *cit.*, p. 53. Sobre el *animus usurpandi*, pone como ejemplo el texto de Celso, 13 *digestorum*, D. 41. 2. 18. 3; sin embargo, considero que su tesis es muy forzada al querer analogar la *possessio* con la usurpación.

¹⁰³⁵ La teoría clásica —consideramos—, más que contraponer la posesión del *ager publicus* y la posesión de los demás bienes, diferencia.

¹⁰³⁶ Parece desacertada la afirmación referente a que la posesión se presentó desde la Antigüedad de manera unitaria, como ya lo expresamos anteriormente.

¹⁰³⁷ Lauria, M., “Note sul possesso”, *op. cit.*, p. 781; Lauria, M., *Possessiones. Età repubblicana*, *cit.*, p. 11.

¹⁰³⁸ Con esta tesis, Lauria intenta explicar la teoría de la doble posesión formulada por Sabino, y adscrita por Trebacio (una posesión es *iusta*, mientras que la otra es *iniusta*), pero rechazada por Labeón, seguido de Paulo D. 41. 2. 3. 5 (Paul. 54 *ad ed.*). En efecto, son los casos en los que es suficiente la pérdida de la disponibilidad para que cese la posesión, por ejemplo, la pérdida de la posesión del propietario del *servus fugitivus* (Nerva hijo, D. 41. 2. 1. 14 [Paul. 54 *ad ed.*]) o cuando el *servus fugitivus* hurte bienes propiedad del *dominus*, y la licitud (legitimidad) *del vim vi repellere licet*, que se revela como la explicación de la disponibilidad ejercitada contra quien la perturba. Véase Lauria, M., “Note sul possesso”, *op. cit.*, pp. 793 y 794.

Lauria estima que la única referencia arcaica que se tiene de la posesión es la de *usus* en la Ley decenviral¹⁰³⁹ y que los primeros poseedores de la edad republicana no podían distinguirse de los detentadores, porque en ambos casos existía un *animus* de tener la cosa por sí y para sí, aun cuando los términos *detentio* y *detinere* fueran desconocidos en la República.¹⁰⁴⁰ Por esta razón, hasta antes del Imperio no se dio relevancia explícita al *animus*. En este sentido, la posesión indica en el lenguaje común, antes que en el jurídico, la disponibilidad en acto, *l'impadronirsi*.¹⁰⁴¹

Un autor que tiene gran importancia en el desarrollo de este tema es Carlo Augusto Cannata,¹⁰⁴² quien en dos artículos desarrolla su teoría, tomando como punto de referencia el *animus possidere*. Cannata hace un análisis cronológico de los fragmentos de los juristas en los que se contiene el término *animus*, con el objeto de desentrañar su significado técnico. Hace una división de los juristas en cuatro: los de la escuela proculeyana,¹⁰⁴³ Ulpiano,¹⁰⁴⁴ Pomponio y Papiniano,¹⁰⁴⁵ para finalizar con Paulo.¹⁰⁴⁶

No llega a formular una definición clásica precisa de la locución *animus possidere* y de términos relacionados, debido a que el concepto que corresponde a la terminología es incierto y disforme, por lo que cambia de época en época, de autor en autor y de caso en caso.¹⁰⁴⁷ Cronológicamente, éste es el

¹⁰³⁹ Data la aparición del término *possessio* en el II siglo a. C. y refiere a cualquier especie de disfrute de *agri publici*. Cfr. Lauria, M., "Note sul possesso", *op. cit.*, p. 780.

¹⁰⁴⁰ Lauria, M., *Possessiones. Età repubblicana, cit.*, pp. 123 y 178.

¹⁰⁴¹ Lauria, M., "Note sul possesso", *op. cit.*, p. 783.

¹⁰⁴² Cannata, C. A., "L'animo possidere nel diritto romano classico", *op. cit.*; Cannata, C. A., "Dalla nozione di «animo possidere»...", *op. cit.*, p. 19, n. 34 (antes publicado en *SDHI*, 27, 1961).

¹⁰⁴³ *D.* 41. 2. 51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*); *D.* 41. 2. 27 (Proc. 5 *epist.*); *D.* 41. 2. 18. 3 (Cels. 23 *dig.*); *D.* 41. 2. 3. 3 (Paul. 54 *ad ed.*); *D.* 12. 1. 9. 9 (Ulp. 26 *ad ed.*); *D.* 41. 2. 34. *pr.* (Ulp. 7 *disp.*). Los juristas que dominan en estos fragmentos son los primeros proculeyanos: Labeón, Próculo, Nerva y Marcelo.

¹⁰⁴⁴ *D.* 41. 2. 34. *pr.* (7 *disp.*); *D.* 12. 1. 9. 9 (26 *ad ed.*); *D.* 43. 16. 1. 24-26 (69 *ad ed.*); *D.* 41. 2. 29. (30 *ad Sab.*); *D.* 47. 4. 1. 15 (38 *ad ed.*).

¹⁰⁴⁵ Véanse de Pomponio los siguientes textos: *D.* 41. 2. 25. 2 (23 *ad Q. Muc.*); *D.* 43. 26. 15. 4. Este último texto está interpolado en la parte referente al *animus possidere*; sobre las diversas posturas de su interpolación, cfr. *supra* p. 200. Sobre el pensamiento de Papiniano, véanse los siguientes textos: *D.* 41. 2. 44. 1-2 (23 *quaest.*); *D.* 41. 2. 45 (2 *def.*); *D.* 41. 2. 46 (23 *quaest.*). Cannata ve a Papiniano como un precursor de Paulo, pues éste ya consideraba al *animus* y al *corpus* conjuntamente en *D.* 41. 2. 44. 2: *possessionem amitti vel animo vel etiam corpore...* En su contra tenemos a Albertario, quien considera que el *etiam* fue inserto, interpolado (*Studi di diritto romano. Cose-diritti reali-possesso*, 2, Milán, 1941, pp. 252 y ss.). De Martino considera que *vel animo vel etiam corpore* es todo un glosema ("«*Vél etiam*» nelle fonti giuridiche romane", *AAPN*, 58, 1937, pp. 212 y ss.).

¹⁰⁴⁶ *P.* S. 5. 2. 1; *D.* 41. 2. 3. 1, 3, 6-10, 12 (54 *ad ed.*); *D.* 41. 2. 8 (*D.* 50. 17. 153) (65 *ad ed.*).

¹⁰⁴⁷ Cannata, C. A., "L'animo possidere nel diritto romano classico", *op. cit.*, p. 36.

desarrollo de la locución: su uso original es en sentido no técnico en el caso del *saltus* (Próculo, *D.* 41. 2. 27; *D.* 43. 16. 1. 25: *animo possessionem retinere*). Posteriormente, se utiliza en un sentido técnico en la adquisición de la posesión (Labeón, *D.* 41. 2. 51: *animo possessionem apisci*), y también adoptada para la pérdida y transferencia¹⁰⁴⁸ de la posesión (Celso y Marcelo, *D.* 41. 2. 34 *pr.*: *animo deponere et mutare possessionem*). Ulpiano considera la figura del *animo possessionem retinere* en el caso en que era aplicado originalmente (el del *saltus*), y la aplica extensivamente a cualquier caso en el que el poseedor deja un fundo con la intención de regresar (*D.* 43. 16. 1. 25).¹⁰⁴⁹

Del análisis de los juristas proculeyanos y de Ulpiano, Cannata observa que la *possessio* se concibe de manera unitaria y materialista, como una relación o situación de hecho íntegra, en la que el aspecto objetivo y el subjetivo pertenecen a la posesión, ambos unidos e inseparables.¹⁰⁵⁰ No se habla del elemento subjetivo de la posesión, pero se considera implícito.

¹⁰⁴⁸ Álvaro D'Ors traduce *mutare* como “cambiar”; sin embargo, el texto (*D.* 41. 2. 34 *pr.*) se refiere a la pérdida de la posesión debido a la transmisión o transferencia de ésta, *i. e.*, si con la intención pierde la posesión quien la transmite y de si adquiere la posesión quien recibe la transmisión (hay una entrega en posesión, *possidere corpore* de otros textos) (*Digesto*, t. 3, p. 311). Celso y Marcelo sostienen que sí es posible perder y transmitir la posesión con la intención, pero en sentido general. Sin embargo, Ulpiano considera que la *traditio* es un acto, en cierto modo, *sub conditione recessisti*, cuya eficacia y consecuencias están sujetas a la condición de que no exista error.

En este punto, Cannata sostiene que Ulpiano ve a la eficacia de la *traditio* condicionada y subordinada a la posibilidad de que los efectos sean aquellos concebidos (queridos) por el tradente. *Cfr.* Cannata, C. A., “L'animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 18.

No obstante, la parte primera del fragmento se refiere a que tampoco se adquiere con la intención si el adquirente está en el error (sobre el objeto de *traditio*). Por lo tanto, estimamos que la intención o voluntad expuesta por Ulpiano va más allá de la sola intención de perder y de transmitir la posesión, por parte del tradente, y toma en consideración que la voluntad del adquirente también esté acorde, *i. e.*, que no haya error en el objeto sobre el que recae la posesión que es transmitida.

En conclusión, con Celso, Marcelo y Ulpiano se va desarrollando una teoría más sofisticada del *animus*, entendido aquí como la voluntad de los sujetos que intervienen en la *traditio*, enfocándose en los efectos de esta voluntad, los cuales ahora ya no son solamente los de adquirir la posesión, sino también la posibilidad de perder y transmitir la posesión con la intención. En otras palabras, se vislumbra una voluntad como consenso.

¹⁰⁴⁹ Hay una gran crítica interpolacionista con relación a este paso. De los fragmentos 24 y 26, la crítica más fuerte es la emitida por Albertario. *Cfr.* Albertario, E., “*D.* 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, p. 235 (*RHD*, 10, 1931, pp. 26 y ss.; *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 265); Albertario, E., “L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano”, *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 165 (*Studi in onore di P. Bonfante*, 1, 1930, p. 664); Albertario, E., “Il possesso romano”, *AG, cit.*, p. 241; Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR, cit.*, p. 37 (*RDP*, 2, 1, 1932, p. 29, n. 3).

¹⁰⁵⁰ Sólo hay un texto de Celso que menciona de manera separada el *animus possessionis*. No obstante, lo hace de acuerdo con esta tesis: usa el término *animus* para designar la intención

Parafraseando a Cannata,¹⁰⁵¹ en el derecho clásico se tienen estas dos corrientes de pensamiento divergente sobre el *animus possidere*. Una es la escuela proculeyana, que considera que la voluntad de poseer es suficiente para operar por sí sola la posesión (adquirir, retener, perder, transmitir). La existencia y la validez de la voluntad eran evaluadas de acuerdo con la presencia del criterio material, pues ambos estaban integrados. En efecto, el *animus possidendi* no existía como tal ni se nombraba así, pero se veía en ella “lo spirito dell’uomo (*animus*) in atto”. En sentido opuesto, la corriente sabiniana consideraba que la voluntad de poseer no era suficiente para llevar a la posesión, sino que se requería además la realización de ciertos actos. Es por ello que la concibe como una mera intención, a la que designaban como *voluntas*.¹⁰⁵²

Paulo interpreta y construye una tesis totalmente diferente. Ya Ihering lo acusaba de ser el creador de la teoría del *animus possidendi*, y causante de una gran confusión,¹⁰⁵³ al igual que Rotondi revela que, con la formulación pauliana, la teoría del *animus possidendi* adquiere autonomía y, por ello, mayor relevancia, iniciando así un proceso que la lleva a ser un punto de referencia para nuevas y más excesivas aplicaciones.¹⁰⁵⁴

Paulo se separa del camino teórico recorrido por los proculeyanos, integrando algunos elementos de la escuela sabiniana, y presenta una interpretación totalmente nueva, que a Cannata le parece como una *contaminatio* de ambas posturas, ya que mantiene las ideas fundamentales del pensamiento sabiniano, pero expresado con terminología proculeyana. Se le da cierta autonomía al *animus possidere*, y con Paulo se ve reducida a una cuestión meramente psicológica: “il riflesso interiore degli atti fisici o l’impulso che li genera ed accompagna”.¹⁰⁵⁵

Para Paulo, tanto el *animus possidere* como el *corpore possidere* deben estar presentes en cualquier situación posesoria, al menos al inicio. Posteriormente, el *corpore possidere* podría faltar (*possessio animo retinetur*), pero el *animus posside-*

de poseer como un aspecto de la situación *de facto* (D. 41. 2. 18. 3). Cannata considera que es una coincidencia, puesto que la expresión se emplea aquí de manera totalmente diferente a los textos anteriormente analizados. Pero probablemente esta posible doble utilización de la expresión (que se implique, pero que no se exprese, y que se exprese —sólo en este caso— de manera separada, pero que siga significando parte integral de la posesión) es la que dio pie a los equívocos posteriores. Cfr. Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁵¹ *Idem*.

¹⁰⁵² D. 41. 2. 1. 5. En Celso, D. 41. 2. 18. 3 tiene un significado más cercano a *animus*.

¹⁰⁵³ D. 41. 2. 1. 20 y D. 13. 7. 37. Véase Ihering, R. von, *Der Besitzwille...*, *cit.*, pp. 269 y ss., en especial p. 274.

¹⁰⁵⁴ Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, p. 12 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 106).

¹⁰⁵⁵ Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 38.

re debe estar presente durante toda la posesión. En este sentido, la posesión se pierde cuando se realizan los actos contrarios que llevan a la adquisición, lo cual para Cannata constituye “il punto più scabroso della dottrina di Paolo”.¹⁰⁵⁶ Es en la época posclásica cuando se desarrolla la teoría del *animus possessionis*, más allá de la doctrina de Paulo.¹⁰⁵⁷ Por lo antes dicho, y por la claridad de su pensamiento analítico, la labor de Cannata es fundamental en el desarrollo de nuestras ideas.

Posteriormente, Burdese considera que desde la primera jurisprudencia clásica se atribuye cierta importancia a un elemento psicológico-espiritual en la posesión y que, en términos generales, excepto algunas consideraciones poco importantes en las que ambas escuelas difieren, se puede observar cierta homogeneidad en la forma en que se concibe al *animus possidendi*. Dicha homogeneidad continúa en la última jurisprudencia, hasta Paulo, quien se encarga de llevar a cabo una generalización de las opiniones emitidas por los juristas anteriores. En este sentido, el *animus* pasa de ser un elemento integrativo de la posesión (jurisprudencia clásica), que adquiriría relevancia en los casos en que se dejaba de tener la disponibilidad material, pero que el poseedor volvía a tenerla después de un periodo o lapso (*saltus hiberni et aestivi, ferae bestiae...*). Se fue convirtiendo, gradualmente, en un elemento subjetivo de la posesión, con importancia autónoma, y que complementa al elemento objetivo. Este último había tenido, hasta antes de Paulo, la principal importancia.¹⁰⁵⁸

Más adelante, Zamorani retoma la discusión y toma como base las ideas de Cannata, adscribiendo la continuidad y el soporte de las mismas, pero con algunas críticas. Se separa al admitir una explicación del *animus* diferente de su predecesor.

Considera que la jurisprudencia romana tiene una idea materialista de la posesión, esto es, una disponibilidad material, actual o potencial. El *animus* que los juristas romanos conciben justifica la conservación de la posesión en los casos en que el *animus* alude a la intención del poseedor de conservar la posesión de un bien del cual ya no tiene la custodia. Sólo en estos casos, el *animus* debe entenderse como un *animus revertendi*, porque no consiste en una “volontà de signoreggiare il bene, non già l’anima del possessore, ma

¹⁰⁵⁶ Cannata, C. A., “Dalla nozione di «animo possidere»...”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

¹⁰⁵⁸ Burdese, A., “In tema di «animus possidendi» nel pensiero della giurisprudenza classica (a proposito di taluni recenti studi)”, *Studi in onore di Biondo Biondi*, 1, Milán, 1965, pp. 519 y ss.; Burdese, A., “Possesso tramite intermediario”, *op. cit.*, pp. 381 y ss.; Burdese, A., *Capacità naturale e perdita del possesso*, *cit.*, pp. 759 y ss.

l'intenzione di ritornare nella disponibilità materiale della cosa immobile che attualmente si abbandona”.¹⁰⁵⁹

Refiere al *animus revertendi* de la cosa poseída en el caso de la *fera bestia*¹⁰⁶⁰ y del *servus*¹⁰⁶¹ (sobre el que el dueño ha perdido la custodia continua), y al *animus revertendi* del poseedor de un inmueble (originalmente de los *saltus hi-berni et aestivi*, que posteriormente se amplió a todo inmueble).¹⁰⁶²

En sentido contrario, deviene la pérdida de la posesión *animus* si el poseedor abandona la intención de regresar al bien, lo cual puede suceder al momento de abandonar la disponibilidad material de la cosa o posteriormente. Esto no sucede en el caso del *constitutum possessorium*, puesto que en este caso las fuentes refieren a *possidere*, y no a *animus*.¹⁰⁶³

Con respecto a la adquisición de la posesión (*solo*) *animus*, es admitida por Labeón, Próculo y Neracio en el caso donde la aprehensión corporal del bien no pueda realizarse de manera inmediata, pero que por razones de utilidad se debe considerar adquirida la posesión antes de que dicha aprehensión haya sido realizada.¹⁰⁶⁴

Zamorani considera que en todo el periodo clásico no se profundizó en la teorización del *animus*, por lo que no existe un término técnico para designar dicho “atteggiamento spirituale”. Incluso, el mismo Paulo lo refiere de manera variada y vaga (*affectio, scientia, voluntas, intellectus*, etcétera). Esto se debe al carácter totalmente factual de la posesión, en la situación de que el poseedor conoce y quiere, y es este conocer y querer lo que implica el *animus*.¹⁰⁶⁵

Discrepa de Cannata con relación al significado de *animus* en general, pues no considera que su significado sea el de *anima del possessore*, ya que si esto fuera así, la doctrina romana del *animus* en la posesión hubiera sido apli-

¹⁰⁵⁹ Zamorani, P., *Possessio e animus, cit.*, p. 10. Es importante aclarar que es en estos casos donde propone Zamorani que el *animus* debe entenderse como un *animus revertendi*, y no como lo explica Paola Lambrini, quien dice que Zamorani propone esta explicación original del *animus* como *animus revertendi*, en general, sin hacer referencia que alude al autor en comentario. Cfr. Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie...*, cit., p. 10.

¹⁰⁶⁰ No todos los juristas se pronunciaron sobre el *animus revertendi* en el caso de la *fera bestia*. Nerva hijo considera que no se conserva la posesión (D. 41. 2. 3. 13 [Paul. 54 ad ed.]), mientras que Paulo se pronuncia en sentido contrario (D. 41. 2. 3. 16 [Paul. 54 ad ed.]).

¹⁰⁶¹ Véase, por ejemplo, D. 21. 1. 17. 3 (Ulp. 1 ad edic. Aedil. Cur.); D. 41. 2. 3. 13 (Paul. 54 ad ed.); D. 41. 2. 47 (Pap. 26 quaest.).

¹⁰⁶² P. S. 5. 2. 1; D. 41. 2. 3. 11 (Paul. 54 ad ed.); D. 41. 2. 27 (Proc. 5 epist.); D. 41. 2. 44. 2 (Pap. 23 quaest.); D. 41. 2. 46 (Pap. 23 quaest.).

¹⁰⁶³ Zamorani, P., *Possessio e animus, cit.*, p. 11.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, p. 12. También véanse D. 41. 2. 3. 3 (Paul. 54 ad ed.) y D. 41. 2. 51 (Iav. 5 ex post. Lab.).

¹⁰⁶⁵ Zamorani, P., *Possessio e animus, cit.*, p. 13.

cada a una multiplicidad de casos, todos caracterizados por la existencia de una posesión *non corpore*, de lo cual no hay testimonio en las fuentes.¹⁰⁶⁶

En síntesis, el *animus* va de ser un elemento extraño a la posesión en la época clásica a convertirse en un elemento importante del concepto de posesión en la posclásica. En otras palabras, pasa de ser una intención de realizar la disponibilidad material del bien o de regresar después de haberlo abandonado a ser el elemento subjetivo de la posesión.¹⁰⁶⁷

Recientemente, Paola Lambrini¹⁰⁶⁸ reconoce que la posesión es un caso particular multiforme, por lo que diversos juristas pudieron haber considerado soluciones diversas. Por ello, la jurisprudencia clásica no pudo elaborar una construcción teórica en la que el *animus possidendi* sea considerado un elemento necesario para poseer, puesto que se admitía la posesión con la simple disponibilidad física.

Retoma a Cannata al afirmar que es la escuela sabiniana la que inicia con la tendencia a separar el elemento subjetivo de la posesión, mientras que la jurisprudencia tardo-clásica toma a los proculeyanos, pareciendo que legítima a la doctrina tradicional, que considera a la posesión como la conjunción de dos elementos: *corpus possessionis* y *animus possidendi*; pero en realidad ésa no es la verdadera y propia construcción teórica clásica. El *corpus possessionis* y el *animus possidendi*, más que elementos, son dos medios distintos con los cuales opera la posesión.¹⁰⁶⁹

Finalmente, este mismo año, Ferretti¹⁰⁷⁰ ha presentado *Animo possidere*, en donde propone una armonización de las dos teorías. Así, Ferretti se coloca en este segundo grupo, porque de fondo, prácticamente, considera que los juristas clásicos, hasta Paulo, no habían concebido la configuración teórica de la posesión como un hecho en el que convergen dos elementos: el físico y el psicológico.

Dicha armonización consiste en presentar a ambas teorías (la dicotomía y la que pretende separar o presentar al *corpus possessionis* y al *animus possidendi* como medios alternativos de posesión) unidas por un punto de contacto, resultado del proceso evolutivo que sufrió el concepto de posesión en la jurisprudencia clásica.

Ello parte de dos cuestiones: primero, que la discusión surge en el centro de la escuela proculeyana y, segundo, que dicha discusión se centró en el

¹⁰⁶⁶ *Idem.*

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁶⁸ Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie...*, *cit.*, pp. 147 y ss.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, pp. 168-170, citando a Cannata, C. A., "Dalla nozione di «animo possidere...», *op. cit.*, p. 51. Es importante volver a señalar que Bonfante ya se había pronunciado en ese sentido.

¹⁰⁷⁰ Ferretti, P., *Animo possidere...*, *cit.*, pp. 16 y ss., y 26-177.

tema del *animus* para referirse a la adquisición y conservación de la posesión en aquellos casos en los que falla la relación física con la cosa. En este orden, el término *corpus* es utilizado con posterioridad.

Al igual que los autores anteriores, considera que la labor de Paulo es totalmente innovadora, porque intuye que no existen obstáculos que le impidan concebir al *animus* de una manera más amplia que sus antecesores, como un *animus possidendi*; en consecuencia, tampoco existen obstáculos para que el *corpus* y el *animus* sean utilizados conjuntamente, para finalmente denotar el primero (el elemento material) y el segundo (el espiritual).¹⁰⁷¹

1. *El desarrollo del animo possidere en los diversos juristas*

A. *Quinto Mucio y animo possidere en D. 41. 2. 25. 2*

Mientras la mayor parte de los romanistas inician el análisis del *animus* a partir de la escuela proculeyana, atribuyendo a Próculo la máxima *animo retinere possessionem*, se sostiene que en la época de Quinto Mucio, a través de una referencia que a él hace Pomponio, existía la posibilidad de poseer con el *animus* un fundo del cual uno se aleja y después regresa. Sin embargo, se debe aclarar que el jurista republicano no refiere al *animus* como elemento de la *possessio* en el sentido savigniano, sino como una forma alternativa de poseer, en el sentido señalado por Bonfante, un bien cuya disponibilidad material falla. Con estos elementos contextuales, es posible realizar la siguiente interpretación del fragmento del libro 23 de los *Comentarios* a Quinto Mucio, escrito por Pomponio:

D. 41. 2. 25. 2: Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius [corpore]¹⁰⁷² ingressus sit [, ut potior sit illius corporalis possessio], an vero quod quasi magis (Quinto Mucio?) probatur usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem [: et videtur utilius esse].¹⁰⁷³

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁷² [*Corpore*] es una expresión que no se utiliza sola en el lenguaje clásico, por lo que consideramos que no es genuina. Asimismo, lo consideran Hägerström (*Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 212) y Cannata (“L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23).

¹⁰⁷³ Sobre la interpolación de este fragmento, *cf. supra* pp. 200 y ss. Traducción: “Pero se pregunta si lo que poseemos sólo con el ánimo lo poseemos hasta que otro haya ingresado corporalmente, de modo que su posesión corporal sea preferible, o si, como se considera más probable, lo poseemos hasta que alguien nos repela al regresar, o dejamos de poseerlo con

Independientemente de las interpolaciones señaladas, se puede derivar el carácter sustancialmente clásico del texto. La expresión *quod quasi magis probatur* es la que más controversia ha causado. Algunos consideran que es un simple glosema o interpolación,¹⁰⁷⁴ uno más excluye el *quasi*,¹⁰⁷⁵ otros apoyan la hipótesis de Van de Water y algunos más se oponen a la misma concordando con Riccobono.¹⁰⁷⁶

Se toma como base la tesis de Van de Water, quien considera que, en lugar de *quasi magis probatur*, debería leerse *Quinto Mucio probatur*, lo que daría un valor histórico al fragmento, pues sería el primero que considera el *animus* y se atribuiría la tesis que presenta Pomponio al antiguo jurista republicano.¹⁰⁷⁷

el ánimo porque sospechamos que podemos ser repelidos por aquel que haya entrado en la posesión: y parece ser más útil <esto>”.

¹⁰⁷⁴ Kniep, F., “*Vacua possessio*”, *cit.*, pp. 366, 378, 448, 455 y 478; Kniep, F., *Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht*, Jena, 1900, p. 297 (en la primera obra, Kniep menciona la propuesta de Van de Water haciendo referencia a Quinto Mucio; sin embargo, al final sigue considerando que es un glosema o interpolación, puesto que la obra de Pomponio está referida al jurista republicano); Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, pp. 35 y ss., y 37, n. 3 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 131 y ss., y 133, n. 2); Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, p. 848, n. 2; Rabel, E., “*Zum Besitzverlust...*”, *op. cit.*, p. 215; Rabel, E., *Grünzüge des römischen Privatrechts*, *cit.*, p. 349, n. 4 (en la segunda de estas dos obras, Rabel niega dicha interpolación); Wieacker, F., “*Der Besitzverlust an den heimlichen...*”, *op. cit.*, p. 186, n. 11.

¹⁰⁷⁵ Burdese, A., “*Possesso tramite intermediario*”, *op. cit.*, pp. 392 y ss.

¹⁰⁷⁶ En sentido contrario, Riccobono considera que el texto debió decir *quod quidem magis*, considerando a *P. S. 5. 6. 6*. *Cfr.* Riccobono, S., “*La derelizione*”, *RISG*, 14, 1892, p. 359; Riccobono, S., “*Proposta di emendazione...*”, *op. cit.*, pp. 229 y ss.; Riccobono, S., “*La teoria del possesso nel diritto romano*”, *op. cit.*, p. 266, n. 17; Riccobono, S., “*La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*”, *Scritti Ferrini*, Milán, 1946, p. 63; Riccobono, S., “*Le scuole di diritto...*”, *op. cit.*, pp. 91 y ss.; Riccobono, S., “*Diritto romano e diritto moderno*”, *op. cit.*, p. 89, n. 115. Lo siguen Rotondi y Bonfante. Véanse Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, p. 37 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 131 y ss., y 133); Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 332.

¹⁰⁷⁷ Schultingii, A., *Notae ad Digesta seu Pandectas*, VI, *cit.*, p. 396 (§, n. 1). Esta tesis es recogida por un gran número de romanistas, de los cuales algunos de ellos no la toman dubitativamente. Por ejemplo: Mommsen y Krueger, en la edición del *Digesto*; Rudorff, A. F., “*Anhang*”, en Savigny, F. C. von, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Viena, 1865, p. 682; Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, *cit.*, p. 343, n. 17; Lenel, O., *Mo 286* (citado en el *index interpolatiorum*); Bekker, E. I., *Das Recht des Besitzes...*, *cit.*, p. 228; Ubbelohde, A., *Continuazione al commentario alle Pandette...*, *cit.*, p. 42, n. 43 b s.; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, pp. 188, n. 1, 410 y 447, n. 4; Kübler, B., “*Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen...*”, *op. cit.*, p. 92, n. 1; Arno, C., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Turín, 1936, p. 26; Lauria, M., “*Note sul possesso*”, *op. cit.*, p. 795; De Zulueta, F., *Digest 41. 1 & 2*, Oxford, 1950, p. 100, ad h. l; Cannata, C. A., “*L’animo possidere nel diritto romano classico*”, *op. cit.*, p. 23, nn. 43 y 44, y pp. 87 y ss.; Albanese, B., *Le situazioni possessorie...*, *cit.*, p. 49, n. 163; Castro Saenz, A., “*Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio...*”, *op. cit.*, p. 113.

Después de todo, la obra de Pomponio son comentarios dirigidos a Quinto Mucio, por lo que no carecería de razón. Por otro lado, es de considerar que el jurista republicano experimentó la transformación más importante de la posesión en el último siglo de la República, es decir, su privatización. Muy posiblemente conocía la *lex Agraria* epigráfica (111 a. C.), pero sobre todo tenía claro el carácter fáctico de la posesión antigua, el alcance que la *lex Agraria* tuvo en su transformación y las posibles complicaciones que se producirían. Aunque éstas son sólo suposiciones, es importante referir la posibilidad de lo conjeturado por Van de Water, respaldado con los argumentos de D'Angelo.¹⁰⁷⁸

Por otro lado, el argumento de Riccobono para atacar la tesis de Van de Water consiste en afirmar la imposibilidad de atribuir a Quinto Mucio una opinión que él considera imposible que pudo haberse presentado en el último siglo de la República, *i. e.*, la teoría del *animus retinere possessionem*. En cierto sentido, se está aquí de acuerdo, puesto que no se afirma que la regla del *animus retinere possessionem* existiera como tal en la época de Quinto Mucio, sino que el fenómeno existía, y que la solución otorgada implica la concepción del *animus possidere*, como una forma de poseer un bien cuya materialidad no se tiene por cuestiones obvias, ya que nadie puede cargar con un fundo a donde quiera que vaya y, aun cuando lo pueda dejar en custodia al alejarse de él, posiblemente no siempre podía hacerlo o, mejor dicho, si era por un breve periodo, tal vez concebía que la materialidad la seguía ejerciendo con la potencialidad de tener el bien bajo su poder.¹⁰⁷⁹

Sin embargo, como ya se expresó, con la apertura de la posesión a convertirse en propiedad privada, surgen situaciones nuevas. Posiblemente, ésa sea la razón de la expresión *solo animo possidemus*, que refleja la actualidad del acto de poseer durante el tiempo que el titular se aleja, y que creo aquí es durante un breve lapso, lo que es diferente de la terminología utilizada por los juristas clásicos posteriores: *animus retinere possessionem*,¹⁰⁸⁰ que podría responder a una concepción más amplia en el sentido temporal, esto es, se actualiza la retención mientras se tiene el *animus*. Por otro lado, los *saltus* existieron desde tiempos inmemoriales, con la misma naturaleza estacional.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁸ Sobre la tesis de Van de Water y quienes consideran su tesis, *cf. supra* capítulo tercero, II, 1, pp. 201 y ss., en especial p. 202, n. 80. Para más argumentos en apoyo, véase D'Angelo, G., *La perdita della possessio animo retenda nei casi di occupazione*, Turín, 2007, pp. 63 y ss., y 149 y ss.

¹⁰⁷⁹ *Cfr. supra* capítulo tercero, II.

¹⁰⁸⁰ Es de observar que la expresión que se utiliza es *animus possidere*.

¹⁰⁸¹ Tenemos como definición de *saltus* las siguientes:

Festo, *s.v. saltum*, L. 392 y 394: *Saltum Gallus Aelius lib. II. significationum quae ad ius pertinent, ita definit: Saltus est, ubi silvae et pastiones sunt, quarum causā casae quoque. Si qua particula in eo saltu*

Es muy difícil delimitar todas las características exactas de la posesión en el último siglo de la República, debido a que la posesión se encuentra en un periodo de transición de la posesión preclásica a la posesión de derecho privado y a la falta de fuentes.

Según los principios clásicos de la posesión, que se han analizado a lo largo de esta investigación —principios que consideran que la *possessio* se pierde si el *animus possidendis* o la *possessio corpore* se ven disminuidos—, la posesión se configura en este periodo, desde Quinto Mucio hasta Paulo, como una relación de dominación de hecho en la cual se tiene una cosa con la intención de poseerla pasa sí y de disponer de ella como lo haría el propietario.¹⁰⁸² En este sentido, si el poseedor es al mismo tiempo el detentador, la *possessio* se pierde si esta relación de dominación de hecho falla, argumentando que viene a menos el *corpore possidere*; si el *animus possidendis* permanece, es irrelevante.¹⁰⁸³

Este principio, basado en la naturaleza fáctica de la posesión,¹⁰⁸⁴ es claro, así como también lo es el hecho de reconocer que fácticamente posee el que ocupa el predio cuando el primero se ausenta. En un estadio en el que el acto de poder fáctico era lo que más importaba, en la posesión (preclásica) no presenta problemas, pues no derivaban de éste ningún derecho. Pero no es así de sencillo, porque los *saltus* existieron desde tiempos inmemoriales, con la misma naturaleza estacional, sin formar parte de la propiedad privada de los particulares. Sin embargo, cuando la posesión se privatiza y el poseedor puede convertirse en el propietario del bien poseído, la facticidad sigue siendo importante, integrando el *animus possidendi*; no obstante, la posesión se vuelve más compleja y la casuística más rica, por lo que el principio estricto de poder fáctico no es suficiente para resolver los problemas, y en especial en los casos en los que claramente falla la posesión que el titular realiza con

pastorum aut custodum causā aratur ea res non peremit nomen saltui, non magis quam fundi, qui est in agro culto, et ejus causā habet aedificium, si qua particula in eo habet silvam.

Varr. ling. Lat. 5. 36: ... *Quod primum ex agro plano fructus capiebant, campus dictus; posteaquam proxima superiora loca colere coeperunt, a colendo colles appellarunt; quos agros non colebant propter silvas aut id genus, ubi pecus possit pasci, et possidebant, ab usu salvo saltus nominarunt.*

D. 43. 20. 1. 3 (Ulp. 70 ad ed.): *Duo autem genera sunt aquarum: est cotidiana, est et aestiva. cotidiana ab aestiva usu differt, non iure. cotidiana ea est, quae duci adsidue solet vel aestivo tempore vel hiberno, etiamsi aliquando ducta non est... aestiva autem ea est, qua aestate sola uti expedit, sicuti dicimus vestimenta aestiva, saltus aestivos, castra aestiva, quibus interim etiam hieme, plerumque autem aestate utamur rell.*

¹⁰⁸² Sobre la naturaleza fáctica de la posesión, véase capítulo segundo, IV, “*Possessio* en el periodo clásico”.

¹⁰⁸³ Albanese, B., *Le situazioni possessorie...*, cit., p. 17; Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, cit., pp. 252 y ss.

¹⁰⁸⁴ Sobre la naturaleza fáctica de la posesión, véase capítulo segundo, V, “Naturaleza de la *possessio*”.

su cuerpo (*corpore possidere*), pero que se sigue teniendo la intención de poseer, por lo que los juristas evidencian otras particularidades que dan origen a la posesión: la *ratio* o *causa utilitatis*¹⁰⁸⁵ y el *animus revertendi*.

En este sentido, los juristas clásicos no pueden dejar de reconocer la posesión por la ocupación clandestina del otro, pero tampoco podían admitir que dos sujetos poseyeran por entero un mismo bien, problema que hemos abordado anteriormente.¹⁰⁸⁶

Asimismo, no podían dejar pasar por alto el hecho de la posesión clandestina o violenta del ocupante,¹⁰⁸⁷ y la afectación que sufría el titular que se había alejado del *saltus hibernos et aestivos* sin dejar a alguien que custodiara, porque ésa era la naturaleza de la posesión de dichos fundos: una posesión estacional.

En este texto, Pomponio discute sobre la pérdida de la posesión de un fundo *quod autem solo animo possidemus*,¹⁰⁸⁸ que es dejado temporalmente, sin custodia y que, al ausentarse su poseedor, posteriormente es ocupado por otro. En este sentido, se pregunta en qué momento pierde la *possessio quae animo retinetur* del *saltus hibernos et aestivos*,¹⁰⁸⁹ que consiste en la posesión de tierras que año con año, de manera estacional, se deja de poseer con el cuerpo, pero el poseedor tiene el *animus* de regresar a seguir poseyendo.

El texto refiere a tres posibilidades: *a*) por la ocupación del otro; *b*) al momento en que el poseedor que se ausentó quiere retomar la posesión y es repelido por el ocupante, o *c*) al momento de dejar de poseer con el ánimo, es decir, al abandonar la intención de regresar por *susplicemur repelli*,¹⁰⁹⁰ *i. e.*, temer que será repelido efectivamente por el ocupante.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁵ Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, p. 28.

¹⁰⁸⁶ *Cfr. supra* capítulo tercero, III, 1, “*Iusta possessio* como *possessio nec vi nec clam nec precario*”.

¹⁰⁸⁷ Sobre el origen de la *cláusula vitii*, *cfr. supra* capítulo tercero, III.

¹⁰⁸⁸ Es de observar que la expresión que se utiliza es *animus possidere*, lo que posiblemente sea resultado de un error de los compiladores o el uso que se tenía en el último siglo de la República, puesto que los proculeyanos eran muy cuidadosos y utilizaban *animus retinere possessionem*, incluso en el § 1. Estamos convencidos que se refiere al caso en el que el poseedor se aleja con la intención de regresar a poseer el fundo, y no renunciar a la posesión. *Gai.* 4. 153 y *D.* 43. 16. 1. 25 (*Ulp. 69 ad ed.*), pero que posee *solo animo* en el inter de tiempo. *D.* 41. 2. 6. 1 (*Ulp. 70 ad ed.*); *D.* 43. 16. 1. 24 (*Ulp. 69 ad ed.*); *D.* 41. 2. 27 (*Proc. 5 ep.*); *D.* 41. 2. 44. 2 (*Pap. 23 quaest.*); *D.* 43. 16. 1. 25 (*Ulp. 69 ad ed.*); *D.* 41. 2. 3. 11 (*Paul. 54 ad ed.*); *P. S.* 5. 2. 1.

¹⁰⁸⁹ *D.* 41. 2. 27 (*Proc. 5 ep.*); *D.* 41. 2. 3. 11 (*Paul. 54 ad ed.*); *P. S.* 5. 2. 1; *D.* 43. 16. 1. 25 (*Ulp. 69 ad ed.*). Véanse Wieacker, F., “Der Besitzverlust an den heimlichen...”, *op. cit.*, p. 185; Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie...*, *cit.*, pp. 97 y ss.

¹⁰⁹⁰ *Susplicemur repelli* no debe entenderse como una simple sospecha, sino como un verdadero temor. Véanse *D.* 41. 2. 3. 8 (*Paul. 54 ad ed.*); *D.* 41. 2. 7 (*Paul. 54 ad ed.*).

¹⁰⁹¹ *D.* 41. 2. 7 (*Paul. 54 ad ed.*), que refiere a Neracio.

En este punto, la tercera posibilidad no presenta problemas, puesto que si el poseedor deja de poseer con el cuerpo —además de que dejó sin custodia el bien— y, posteriormente, se decide no tener la intención de regresar al bien que sólo se retenía *animo*, entonces ya no hay ninguna forma en la que se posea, *i. e.*, se pierde la posesión definitivamente si se pierde, además del *corpus*, el *animus*.¹⁰⁹²

El problema se presenta al considerar las dos posibilidades restantes, que son diametralmente diversas. La primera solución que presenta Pomponio, basada totalmente en la facticidad de la posesión, no puede referirse a otra que no sea la posesión antiguamente considerada; la segunda es la posesión configurada y generalmente admitida en época de Pomponio,¹⁰⁹³ pero que proviene de Quinto Mucio. Su formulación en el siglo I a. C. no es tan descabellada, pues debió ser posterior a la *lex Agraria* (111 a. C.), probablemente en el primer cuarto. Además, existen dos fragmentos que permiten observar que Labeón ya concebía el *animus* referido a la posesión. En el primero, Javoleno refiere que Labeón consideraba el *animus* para adquirir la posesión de bienes *nec mancipi* (*rerum animo possessionem apisci*);¹⁰⁹⁴ el segundo es de Ulpiano (70 *ad ed. D.* 41. 2. 6. 1), que se refiere a un caso similar que el planteado por Pomponio, de cuya interpretación se desprende que Labeón es seguidor de la misma tesis que Quinto Mucio,¹⁰⁹⁵ lo cual permite conjeturar que la *possessio animo* ya era considerada en el último siglo de la República.

B. *Próculo sobre animo possessionem saltus hiberni et aestivi retineret*

El primer fragmento conocido contiene de manera clara y explícita la retención de la posesión de *saltus hiberni et aestivi* con el *animus*, proveniente directamente de Próculo (*animo possessionem saltus retineret*). Por esta razón, la teoría tradicional atribuye a Próculo la creación de la regla sobre la conservación de la posesión de *saltus hiberni et aestivi* con el *animus*,¹⁰⁹⁶ pero de

¹⁰⁹² Sobre la pérdida de la posesión concerniente al *dominus timore conterritus noluerit accedere, amisse eum possessionem placet*, véanse *D.* 41. 2. 3. 8 (Paul. 54 *ad ed.*); *D.* 41. 2. 7 (Paul. 54 *ad ed.*).

¹⁰⁹³ De acuerdo con la doctrina dominante, *cf.* n. 762.

¹⁰⁹⁴ *D.* 41. 2. 51 (Iav. 5 *ex post Lab.*). Véase *infra* la nota siguiente.

¹⁰⁹⁵ *Cfr. supra* capítulo tercero, VII.

¹⁰⁹⁶ Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo...*, *cit.*, pp. 225 y ss., y 286; Kniep, F., “*Vacua possessio*”, *cit.*, p. 112; Riccobono, S., “La teoria del possesso nel diritto romano”, *op. cit.*, p. 267; Riccobono, S., “Le scuole di diritto...”, *op. cit.*, p. 92; Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, pp. 21 y ss. (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 116 y ss.); Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, *cit.*, p. 844, n. 7; Möhler, R., “*Der Besitz am Grundstück...*”, *op. cit.*, p. 62, n. 55, 85; Bozza, F., *La nozione della possessio II...*, *cit.*, pp. 15, 36, 67, 77 y 79, quien se basa en

igual forma hay romanistas importantes que sostienen un carácter más antiguo.¹⁰⁹⁷ No obstante, como ya se señaló, se considera razonable que el fenómeno existiera incluso siglos antes de la formulación de la regla, inclusive que ya había sido considerada por Quinto Mucio, aunque en otros términos.

*D. 41. 2. 27 (Proc. 5 epist.): Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere [quia furiosus non potest desinere animo possidere].*¹⁰⁹⁸

La última parte parece claramente interpolada, puesto que fue introducida con la intención de explicar la razón del principio que le antecede, quitándole el sentido a la función del principio.¹⁰⁹⁹ Éste es un fragmento que se refiere al *saltus* estacional. Próculo comunica que quien retiene la posesión de un *saltus* con el *animus* no puede perder la posesión si se vuelve loco. Se trata de un caso de conservación de la posesión, por lo que parece constituir una condición subjetiva permanente.

Otro fragmento, en el que Ulpiano refiere a Próculo con relación a la misma regla, es el siguiente:

*D. 43. 16. 1. 25 (Ulp. 69 ad ed.): Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisise possessionem vellemus, idem est].*¹¹⁰⁰

Rotondi; Maschi, C. A., *Il diritto romano I...*, cit., pp. 495 y 497; Burdese, A., “Possesso tramite intermediario”, *op. cit.*, pp. 402, 406, 409 y ss.; Kaser, M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., p. 328, n. 30; Mac Cormack, G., “The Role of «Animus» in the Classical Law of Possession”, *ZSS*, 86, 1969, p. 110, quien lo considera como posibilidad; Zamorani, P., *Possessio e animus*, cit., pp. 31 y ss.

¹⁰⁹⁷ Los siguientes romanistas consideran, por ejemplo, que la fórmula es más antigua: Klein, F., *Sachbesitz und Ersitzung*, cit., p. 339, quien estima que pertenece a los juristas republicanos, basándose en *D. 41. 2. 51 (Iav. 5 ex post. Lab.)*; Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, cit., p. 342, quien se basa en el *volgo dicitur* del *D. 43. 16. 1. 25 (Ulp. 69 ad ed.)* para retener la regla como posiblemente republicana, pero utilizada por un jurista posterior, *i. e.*, Ulpiano; D’Angelo, G., *La perdita della possessio animo retenda...*, cit., pp. 41 y ss., quien se basa en la integración del texto propuesta por Mommsen (en su edición mayor del *Digesto*) en la [*Quod volgo-Proculum dicere*] y en la interpretación del *D. 41. 2. 25. 2 (Pomp. 23 ad Q. Muc.)*.

¹⁰⁹⁸ La parte del cierre está interpolada, de acuerdo con Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 11, 21, 43 y 70 (*Scritti Giuridici...*, 3, cit., pp. 105, 116, 139 y 167), y Siber, H., *Römisches Privatrecht*, 2, cit., p. 144. Traducción: “si el que hubiese retenido la posesión de un bosque con el ánimo, comenzara a enloquecer, no puede perder la posesión de su bosque mientras esté loco, porque un loco no puede dejar de poseer <algo> <sólo> con el ánimo”.

¹⁰⁹⁹ Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁰⁰ Traducción: “lo que vulgarmente se dice, que retenemos con el ánimo las posesiones de los bosques de verano e invierno, se afirma que lo decía Próculo como ejemplo; porque es

La primera parte del texto se considera generalmente genuino.¹¹⁰¹ En lo que respecta a la segunda parte, Perozzi,¹¹⁰² Rotondi¹¹⁰³ y Albertario¹¹⁰⁴ la consideran interpolada.

Tratando de interpretar a qué se refiere *Quod volgo dicitura estivorum hubernorumque saltuum*, Cannata considera que el adverbio *volgo* podría hacer alusión a la práctica judicial, lo que es dudable, pues es más probable que haya surgido en el ámbito administrativo de la protección interdictal y después formar parte de la práctica judicial. De cualquier forma, lo más factible es que no fuera resultado de la actividad doctrinal; en otras palabras, no fue acuñada ni por Labeón ni por Próculo. Sin embargo, la frase pudo haber surgido en el periodo que va de Próculo a Ulpiano,¹¹⁰⁵ lo que no excluye que dicha práctica haya existido desde mucho antes, como se puede observar en *D. 41. 2. 25. 2* (Pomp. 23 *ad Q. Muc.*), pero con otros términos (*possidere solo animo*). Además, Ulpiano señala que Próculo la dice en vía de ejemplo, por lo que es posible concluir, junto con Rotondi, que dicha “regla” no era más que un lema tradicional,¹¹⁰⁶ lo cual parece muy razonable, por todo lo ya considerado en el capítulo primero de nuestra investigación. Asimismo, se debe tener algo muy en claro, y es que una cuestión es el fenómeno que normalmente antecede a la regla, y otra es su formulación en una regla jurídica; en efecto, son dos cuestiones totalmente diferentes desde el punto de vista epistemológico. Por otro lado, entre uno y otro puede haber incluso siglos de diferencia. Eso es lo que sucedió con el *animus retinere possessionis*.

lo mismo de todos los predios de los que no nos alejamos con la intención de querer abandonar la posesión”.

¹¹⁰¹ En el mismo sentido se declara la mayoría de la doctrina, a excepción de los siguientes autores: Beseler, G., “Miscellanea”, *ZSS*, 45, 1925, p. 480, quien considera todo el fragmento espurio; Berger, A., “In tema di derelizione: osservazioni critico-esegetiche”, *Istituto di diritto romano*, 1915, p. 16, n. 2 (*BIDR*, 32, 1922, p. 142, n. 2); Albertario, E., “*D. 41, 2, 8* e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, pp. 248, 262 y ss. (*RHD*, 10, 1931, pp. 19 y ss.; *AUMA*, 5, 1929, pp. 229 y ss.); Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 26; Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, pp. 28, n. 1, y 34 (*RDP*, 2, 2, 1932, pp. 23, n. 1, y 27), quien estima que *exempli* no es genuino, que en su lugar debería estar *utilitatis*.

¹¹⁰² Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, *cit.*, p. 844, n. 7.

¹¹⁰³ Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, pp. 22, n. 1, y 71, n. 2.

¹¹⁰⁴ Albertario, E., “L’autonomia dell’elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano”, *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, pp. 157, n. 6, y 167 (*Studi in onore di P. Bonfante* 1, 1930, p. 663).

¹¹⁰⁵ Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁰⁶ Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, p. 22, n. 4 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 117, n. 4); Bremer, F. P., *Iurisprudentiae antehadrianae...*, 2, 2, *cit.*, p. 592.

C. Gayo

Hay solamente un fragmento en las *Instituciones* de Gayo, en el que se hace mención del *animus possidere*. Es un fragmento de alto valor, porque nos permite llegar a algunas conclusiones preliminares.

4. 153: ...*quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessio <nem, id est ut, quamvis neque ipsi simus in possessione> neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reuersuri inde discesserimus, retinere possessionem uideamur. adipisci uero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus; nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus.*¹¹⁰⁷

El jurista antoniniano refiere a la opinión mayoritaria (*plerique putant*), lo que permite concluir preliminarmente que *animo quoque retineri possessionem* es relevante, siempre y cuando no se realice un alejamiento del fundo con la intención de abandonar la posesión, sino pensando en regresar (*animus reuertens*).

Por otra parte, no hace alusión al *saltus*,¹¹⁰⁸ pero eso no permite concluir que se refiere a la retención de la posesión de cualquier fundo, sino que la formulación está hecha en términos generales sin hacer alusión, en ninguna parte del fragmento, al objeto al cual se puede aplicar la posesión. De cualquier forma, el *animus retinere possessiones* al que se refiere es relativo al *saltus* o a

¹¹⁰⁷ En este fragmento, algunas letras no están en cursiva, y esto es porque en el Código Veronés faltan o son ilegibles —en el que se encuentran en sentido inverso, *i. e.*, en cursiva las borrosas o faltantes—. La parte que está en paréntesis falta totalmente. Este fragmento pudo reintegrarse gracias al contraste que se hizo del mismo con la parte respectiva en las *Instituciones* de Justiniano, en la que se contiene un *placet* al final de la oración que funge como principio, dando el sentido de aprobación oficial:

I. 4. 15. 5: quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est ut quamvis neque ipse sit in possessione neque eius nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reuersurus inde discesserit, retinere possessionem uideatur. adipisci uero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. nec ulla dubitatio est quin animo solo possessionem adipisci nemo potest.

Cfr: Krüger, G. y Studemund, P., *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum studemundianum nouis curis auctum*, Berolini, 1877, p. 180.

Traducción: “Además, muchos piensan que la posesión también se retiene con el ánimo, esto es, que, aunque no estemos en posesión ni otra persona en nuestro nombre, si no nos hemos alejado de allí con ánimo de abandonar la posesión, sino de regresar después <a ese lugar> de <donde nos> alejamos, parece que mantenemos la posesión. En cuanto a cómo podemos adquirir la posesión <a través> de otros, lo hemos tratado en el segundo comentario, y no hay ninguna duda <acerca> de que no podemos adquirir la posesión solo con el ánimo”.

¹¹⁰⁸ Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, p. 261, n. 1, quien reconstruye el fragmento agregando *saltum* después de *quamvis*. No estamos de acuerdo con esta reconstrucción formal; no obstante, consideramos que materialmente el fragmento refiere al *saltus* y a pastos estacionales.

un fundo del cual el titular se puede alejar por un breve lapso,¹¹⁰⁹ y en época de Antonino Pío, en específico, se refiere a la posesión de los pastos estacionales, por el carácter relativamente largo de tiempo y la periodicidad con la que el titular se alejaba del mismo.¹¹¹⁰

Es necesario remarcar que Gayo, como sabiniano, rechazaba la tesis del *animo adipisci possessionem*; no obstante, se debe recalcar que casi todos, incluido él, admiten *animo retinere* formulado por los proculeyanos, lo cual nos lleva a concluir que la aceptación de dicha teoría se realizó, en el siglo II d. C., de manera dominante, sin distinción de escuela y separada de las otras partes de la teoría del *animus*.

Sin embargo, todo el texto en comento se refiere a la posesión de un fundo. En este sentido, cuando se menciona en la última parte la imposibilidad del *animo adipisci possessionem*, también lo hace en referencia a fundos; no obstante, señala antes que se puede adquirir la posesión por medio de aquellos que están bajo nuestra potestad y alude al comentario segundo, en el que se desarrolla el tema en general para bienes muebles e inmuebles.¹¹¹¹

En cuanto a la pérdida de la posesión, se desprende que Gayo considera que la misma se pierde cuando el poseedor se aleja del fundo (pierde la disposición material) con la intención de abandonar la posesión (pierde la intención de seguir poseyendo). En conclusión, la posesión de fundos se pierde con el *animus* y el *corpus*, si se utilizan términos posteriores (Papiniano).

D. Pomponio

De Pomponio¹¹¹² hay un fragmento en el que vemos parcialmente su postura sobre el *animus possidere*, dentro de la escuela proculeyana:

¹¹⁰⁹ Cfr. *infra* capítulo tercero, VII, 1, D.

¹¹¹⁰ Esto se puede concluir haciendo una confrontación con otro texto del mismo jurista (*Gai.* 2. 51), implantado en las *Institutas* de Justiniano (*I.* 2. 6. 7), y compilado con algunas variantes en el *Digesto*: *D.* 41. 3. 37. 1 (2 *Inst.*); *D.* 41. 3. 38 (2 *rex. cott. sive aur.*). En este mismo sentido, véanse Alibrandi, I., *Teoría del possesso secondo...*, *cit.*, p. 226; Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, p. 76, n. 1 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 174, n. 3); Riccobono, S., “*Le scuole di diritto...*”, *op. cit.*, p. 92; Möhler, R., “*Der Besitz am Grundstück...*”, *op. cit.*, p. 57; Cannata, C. A., “*L’animo possidere nel diritto romano classico*”, *op. cit.*, pp. 13 y ss., y 22; Burdese, A., “*In tema di «animus possidendi»...*”, *op. cit.*, pp. 536 y ss., n. 70; Maschi, C. A., *Il diritto romano I...*, *cit.*, pp. 496 y ss.; Mac Cormack, G., “*The Role of «Animus»...*”, *op. cit.*, pp. 123 y 140; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, *cit.*, p. 495; Lambrini, P., *L’elemento soggettivo nelle situazioni possessorie...*, *cit.*, pp. 101 y ss.

¹¹¹¹ *Gai.* 2. 89 ss.; 2. 94 ss.

¹¹¹² Para más información sobre el fragmento, *cf.* *supra* pp. 200, 282 y ss.

D. 41. 2. 25. 2 (23 ad Q. Muc.): *Quod autem solo*¹¹¹³ *animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius [corpore]*¹¹¹⁴ *ingressus sit [, ut potior sit illius corporalis possessio],*¹¹¹⁵ *an vero quod quasi magis (Quinto Mucio?) probatur usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem [: et videtur utilius esse].*¹¹¹⁶

Como podemos observar, este fragmento forma parte del libro 23 de los *Comentarios* a Quinto Mucio. No alude explícitamente al *animus retinere possessionis*, sino al *animus possidere* de un predio, pero sustancialmente se refiere en el mismo sentido que los fragmentos anteriormente analizados, *i. e.*, el titular de la posesión del predio se aleja del mismo sin dejarlo en custodia y, mientras él sigue fuera, otro viene y se introduce en el fundo. No entra a las otras soluciones que se plantean en el texto, sino se enfoca sólo a la solución que sostiene el alumno de Neracio y Celso hijo.

¹¹¹³ Consideran que *solo* es una interpolación y que en su lugar el texto genuino debió contener *nostro*: Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, pp. 218 y ss. (*Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 253 y ss.); Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, pp. 515 y ss. En un sentido más radical, hay quienes impugnan el carácter clásico de *solus* (*nudus* también) cuando acompañan a *animus*: Pringsheim, F., “Animus in Roman Law”, *LQR*, 49, 1933, p. 54; Möhler, R., “Der Besitz am Grundstück...”, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

¹¹¹⁴ [*Corpore*] es una expresión que no se utiliza sola en el lenguaje clásico, por lo que consideramos que no es genuina. Asimismo, lo estiman Hägerström (*Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 212) y Cannata (“L’animus possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23).

¹¹¹⁵ Rotondi considera que la parte [*ut potior-possessio*] (de suerte que sea preferente la posesión corporal de él) no es genuina, porque no parece algo que diría un clásico, sino que tiene todos los rasgos de un glosema, siendo una interpolación que quiere disminuir la posesión clandestina. *Cfr.* Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 35 y 37, n. 3 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 131 y 133, n. 2). Concuerdan los siguientes autores: Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, pp. 332 y 364; Hägerström, A., *Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 212; Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, pp. 9 y ss. (*RHD*, 10, 1931, pp. 7 y ss.); Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, pp. 515 y ss.; Cannata, C. A., “L’animus possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹¹⁶ La frase [*et videtur-ferri*] también es una interpolación, tal y como piensan los siguientes autores: Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, p. 848, n. 2; Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, pp. 9 y ss. (*RHD*, 10, 1931, pp. 7 y ss.); Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 210, 253 y ss.; Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, pp. 515 y ss.; Cannata, C. A., “L’animus possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23.

Traducción: “Pero se pregunta si lo que poseemos sólo con el ánimo lo poseemos hasta que otro haya ingresado corporalmente, de modo que su posesión corporal sea preferible, o si, como se considera más probable, lo poseemos hasta que alguien nos repela al regresar, o dejamos de poseerlo con el ánimo porque sospechamos que podemos ser repelidos por aquel que haya entrado en la posesión: y parece ser más útil <esto>”.

Pomponio considera:

...an vero... probatur usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem.

El *animus* permite al titular seguir poseyendo hasta su regreso a la posesión, salvo si no es repelido¹¹¹⁷ o que al regresar vea que otro se encuentra en el predio y decida no intentar recuperar la posesión; en este sentido, deja de poseer con el *animus*.

Como se observa, el *animus* es considerado por Pomponio como una forma de poseer un fundo cuando falla la disposición material. Asimismo, el titular sigue poseyendo hasta que regresa y retoma la disposición material o hasta que pierda el *animus* al sospechar que será repelido por quien ocupó el fundo. En este último caso, es claro que la posesión se pierde cuando no se tiene la tenencia material, puesto que el poseedor se alejó del fundo, y además con la pérdida del *animus*, ya que al final pierde la intención de seguir poseyendo.

No se desprende de la interpretación directa del texto; no obstante, en el caso en que el titular sea repelido, también pierde la posesión, pero se actualiza la posibilidad de ejercitar el interdicto *unde vi* (*reciperandae possessionis*), porque el hecho de que se le impida el ingreso es considerado *deiectio*,¹¹¹⁸ llegando a calificarse como una *possessio vi*.¹¹¹⁹

¹¹¹⁷ Este regreso podía tener dos consecuencias: 1) que el ocupante —en tiempos de Pomponio considerado poseedor clandestino— fuere extraído del fundo —si quisiera pedir el interdicto *unde vi*, el poseedor que regresa puede defenderse con la *exceptio clandestina possessio*—, y 2) si el ocupante clandestino lograba repeler al poseedor que regresa, se actualizaba la *deiectio*, mutándose la posesión del ocupante en violenta.

¹¹¹⁸ Nicosia, G., *Studi sulla "deiectio"*, cit., pp. 5 y ss. Otros textos que tratan sobre la continuación de la posesión del *dominus revertens* que posee son *D. 41. 2. 46* (Pap. 23 *quaest.*); *D. 41. 2. 3. 7* (Paul. 54 *ad ed.*); *D. 43. 16. 1. 24* (Ulp. 69 *ad ed.*); *D. 43. 16. 3. 8* (Ulp. 69 *ad ed.*), y *D. 41. 2. 18. 3* (Cels. 23 *díg.*), sobre la posesión clandestina de una parte del fundo mientras el poseedor continúa poseyendo la totalidad del fundo con el *animus* y una parte con el cuerpo. Con respecto a la pérdida de la posesión concerniente al *dominus timore conterritus noluerit accedere, amisse eum possessionem placet*: *D. 41. 2. 3. 8* (Paul. 54 *ad ed.*); *D. 41. 2. 7* (Paul. 54 *ad ed.*).

¹¹¹⁹ Ubbelohde, A., *Continuazione al commentario alle Pandette...*, cit., p. 40; Rotondi, G., "Possessio quae animo retinetur...", *op. cit.*, p. 35, n. 1 (*Scritti Giuridici...*, 3, cit., p. 130, n. 3); Rabel, E., "Zum Besitzverlust...", *op. cit.*, p. 207; Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, cit., p. 255, n. 2; Zamorani, P., *Possessio e animus*, cit., p. 118, n. 8; Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo...*, cit., pp. 287 y ss.; Cornil, G., *Traité de la possession...*, cit., p. 263; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, cit., p. 363; Carcaterra, A., *Possessio...*, cit., pp. 94 y ss.; Bozza, F., *La nozione della possessio II...*, cit., p. 56; Burdese, A., "Possesso tramite intermediario", *op. cit.*, pp. 403 y 460.

E. *Papiniano*: nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio

Ahora es el momento de analizar el pensamiento de Papiniano. Iniciamos analizando el *D. 41. 2. 44. 1*,¹¹²⁰ que trata sobre las razones que justifican la adquisición de la posesión a través de un esclavo, *ex peculii causa*, ignorándolo el dueño. Aun cuando el *animus retinere possessionis* viene considerado al final del § 2, desde el parágrafo 1 se contextualiza y observa más ampliamente cómo construye su idea sobre el *animus*, pero —sobre todo— para ver de qué forma Papiniano retoma la tradición del *animus retinere possessionis* y de qué manera incluyó elementos nuevos en el lenguaje. Estos elementos posteriormente van a influenciar el discurso de Paulo.

*D. 41. 2. 44. 1 (23 quaest.): Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaeretur. Dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem.*¹¹²¹

El jurista severino afirma que se puede adquirir la posesión por medio de un sujeto a potestad, en específico un esclavo, *ignorante domino*, si la adquisición fue obtenida *ex peculii causa*. Asimismo, aclara que esto no debe entenderse como si el dueño adquiriera la posesión con el ánimo (*nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio*).

Por otro lado, contiene otra hipótesis en la que también se pueden adquirir todos aquellos bienes que no tengan por causa el peculio (*non ex causa peculiaris*), caso en el que se requiere el conocimiento del dueño para que adquiera la posesión a través del cuerpo del esclavo (*corpore servi quaeri possessionem*).

El *animus* no participa en ninguno de los dos casos. Es importante aclarar que la *scientia domini* no funge como *animus possidere*, tal y como parece confundirlo Ferretti al decir que “la contrapposizione, come si vede, è tra ig-

¹¹²⁰ Sobre la interpretación del paso, véase Albertario, E., *Corso di diritto romano...*, cit., pp. 261 y ss.

¹¹²¹ Traducción: “Se preguntó por qué se adquiriría una posesión por causa del peculio a través del esclavo para <quienes lo> ignoraban. Dije que, por causa de utilidad, se aceptó por derecho especial que los dueños no estuvieran forzados a averiguar a lo largo de <todos> los momentos las cosas y las causas de los peculios. Sin embargo, esta consideración no se refiere a que la posesión se adquiera con el ánimo, pues si se adquiriese alguna <cosa> por causa de peculio, en verdad es necesario el conocimiento del amo, pero se adquiere la posesión con el cuerpo del esclavo”.

norantía e animus del possessore”¹¹²² y tampoco como lo interpreta Nicosia al sostener que “nel caso di acquisto al dominus per mezzo del servo, non si configurasse un acquisto animo domini, ma animo et corpore servi”.¹¹²³ Dicha interpretación no se puede desprender del texto en cuestión, sino a partir de la reconstrucción realizada por Nicosia.

La *scientia domini* es una condición necesaria para poder poseer con el ánimo, puesto que nadie puede tener la voluntad de poseer algo que no sabe que existe.¹¹²⁴ En el caso en el que se permite adquirir la posesión por medio del esclavo, ignorándolo el dueño, esto se realiza con otra justificación, *i. e., ex peculiari causa*. Pero en los demás casos se necesita que el *dominus* o el *pater* conozca el acto realizado por el sujeto a potestad para poder adquirir la posesión.¹¹²⁵

Hasta este punto se puede observar cómo concibe Papiniano la adquisición de la posesión, es decir, la posesión no se puede adquirir sólo con la intención. En el caso de la adquisición por medio del esclavo de bienes *non ex causa peculiaris*, se entiende que se adquieren —con conocimiento del dueño— con el cuerpo del esclavo. Sigue todavía la concepción tradicional de la jurisprudencia que le antecede.

Una cuestión importante de resaltar es que Papiniano es el primero en utilizar el término *corpus* en un sentido técnico, refiriéndose a la materialidad con la que se adquiere la posesión, ya sea con la propia o con la del esclavo. Aunque todavía no utiliza *corpus-animus* de manera conjunta, aún son utilizados como dos medios alternativos, en este caso, de adquirir la posesión.¹¹²⁶

¹¹²² Ferretti, P., *Animo possidere...*, cit., p. 95.

¹¹²³ Nicosia, G., *L'acquisto del possesso...*, cit., pp. 207 y ss. La reconstrucción que hace del fragmento es la siguiente:

D. 41. 2. 44. 1 (Pap. 23 *quaest.*): *Quaesitum est, cur [ex peculii causa] per servum ignorantibus <no-bis> possessio quaereretur. dixi utilitatis causa [iure singulari receptum] (gl. ?) [, ne cogentur domini per momenta species et causas peculium inquirere]. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam [si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed] corpore <et animo> servi quaeri possessionem.*

También véase *ibidem*, pp. 205 y 206. En contra, tenemos a Burdese, A., “In tema di «animus possidendi»...”, *op. cit.*, pp. 517 y ss., cuya opinión parece bien fundada.

¹¹²⁴ *Cfr. infra* la adquisición de la *possessio* del *Thesaurus* (VII, 2, B).

¹¹²⁵ Otros casos en los que se requiere el conocimiento del dueño o del *pater* para adquirir la posesión: D. 41. 1. 54. 4 (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*); D. 41. 2. 1. 5 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41. 2. 4 (Ulp. 67 *ad ed.*); D. 41. 2. 24 (Iav. 14 *epist.*); D. 41. 2. 32. 2 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 41. 3. 8 *pr.* (Paul. 12 *ad ed.*); D. 41. 4. 2. 11 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41. 4. 7. 8 (Iul. 44 *dig.*); D. 47. 2. 57. 2 (Iul. 22 *dig.*); D. 49. 15. 29 (Lab. 6 *pit. a Paul. epit.*).

¹¹²⁶ El término *corpus* está vinculado con la *possessio* en el *Digesto*, pero no en un sentido técnico. También se puede ver que es utilizado por juristas severinos, principalmente Marcelo: D. 41. 2. 19. *pr.* (17 *dig.*). Papiniano lo refiere en D. 41. 2. 44. 1-2 (23 *quaest.*) y D. 41. 2. 47 (26

La conservación y la pérdida de la posesión *per nosmet ipsos* o *per alios*:

D. 41. 2. 44. 2 (23 quaest.): Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel [etiam]¹¹²⁷ corpore, [si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus].¹¹²⁸ eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam <si> eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. Illa quoque possessionis amittendae separatio est. Nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo.¹¹²⁹

45 (2 def.): *licet neque servum neque colonum ibi habeamus.*¹¹³⁰

46 (23 quaest.): *Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. [Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignorantem tolli possessio quae solo animo tenetur].¹¹³¹*

En el parágrafo 2 del § 44, Papiniano sigue utilizando esta nueva terminología introducida en el fragmento anterior. Refiere tanto a la terminología

quaest.) Ulpiano lo hace en *D. 43. 16. 1. 24- 26 (69 ad ed.)* y *D. 41. 2. 29 (30 ad Sab.)*. Paulo lo alude en *D. 41. 2. 1. 2 (54 ad ed.)*; *D. 41. 2. 3. 1, 8, 12 (54 ad ed.)*; *D. 41. 2. 8 (65 ad ed.)*; *D. 50. 17. 153 (65 ad ed.)*; *D. 41. 2. 41 (1 inst.)*; *P. S. 5. 2. 1*. Véase Ferretti, P., *Animo possidere...*, *cit.*, p. 98, n. 310.

¹¹²⁷ Albertario, E., “*D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*”, *op. cit.*, pp. 8 y ss., quien además contempla la inclusión de <si>. En contra, tenemos a Rabel, E., “*Zum Besitzverlust...*”, *op. cit.*, p. 208, n. 8. También es considerada interpolada toda la frase *vel animo vel etiam corpore*: Zamorani, P., *Possessio e animus, cit.*, p. 84. En contra, tenemos a Wieacker, F., “*Der Besitzverlust an den heimlichen...*”, *op. cit.*, p. 192. Se estima como producto de un glosema por De Martino, F., “*«Vel etiam» nelle fonti...*”, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

¹¹²⁸ Sobre la interpolación, véanse Riccobono, S., “*La derelizione*”, *RISG*, 14, 1892, p. 359; Albertario, E., “*D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*”, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

¹¹²⁹ Traducción: “Habiendo explicado estas cosas, diré que cuando se indague sobre la pérdida de una posesión, dista mucho que poseamos por nosotros mismos o por otros. Pues ciertamente, lo que tuviésemos con nuestro cuerpo pierde la posesión con el ánimo o también con el cuerpo, si <nos> hubiésemos alejado de allí con el ánimo para evitar <que> poseamos. Mas no se pierde la posesión de lo que se posee con el cuerpo de un esclavo o, también, de un colono, como si otro hubiese entrado a aquella; y la perdemos también ignorándolo. También existe esta separación en <la forma> de perder la posesión. Por ejemplo, los bosques de invierno y verano, cuya posesión es retenida con el ánimo”.

¹¹³⁰ Traducción: “a pesar de que allí no tengamos ni esclavos ni colonos”.

¹¹³¹ Sobre la interpolación, véanse Albertario, E., *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 267; Siber, H., “*Contrarius consensus*”, *ZSS*, 42, 1921, p. 69, n. 5. Traducción: “Aunque otra <persona> hubiese entrado al bosque con la intención de poseerlo, se dijo que lo posee el primero, durante todo el tiempo que ignore que la posesión ha sido ocupada por otro. Porque, en efecto, como el vínculo de las obligaciones es disuelto de la misma manera en la que se suele contraer, así no se <le> debe quitar a quien ignora que la posesión sólo es tenida con el ánimo”.

utilizada tradicionalmente por la doctrina previa —*per nosmet ipsos* y *per alios possidere*— como a los nuevos términos —la posesión *corpore nostro* y *servi vel coloni corpore*—. En consecuencia, se conserva la posesión *corpore nostro* y *servi vel coloni corpore*.

Asimismo, la pérdida de la posesión será diferente, dependiendo si se posee por uno mismo o por medio de otra persona. En este sentido, si posee uno mismo con su propio cuerpo, es posible perder la posesión con el *animo* o con el *corpus*; en cambio, si se posee a través de un esclavo o un colono, *i. e.*, a través del cuerpo del intermediario, se pierde la posesión cuando otra persona entra en ella (ocupa el fundo), aun cuando se ignorara dicha ocupación. El jurista hace esta diferenciación, es decir, si el poseedor posee con su propio cuerpo o con el de un intermediario.¹¹³²

Las interpolaciones señaladas por Albertario y Riccobono son muy probables como una forma de los compiladores de querer adaptar el texto a una interpretación posclásica; por ello, se estima la introducción de [*si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus*] como una explicación innecesaria que hace pensar, junto con el [*etiam*], que Papiniano refiere al *corpus* y al *animus* de manera conjunta, *i. e.*, que *possessionem amitti vel animo vel etiam corpore* significa *vel animo vel animo et corpore*, supeditando la pérdida de la posesión a la voluntad del poseedor.

Después de aclarar la cuestión terminológica, se observa que *corpus* y *animus* siguen indicando una modalidad a través de la cual se puede llevar a cabo la posesión: el poseedor puede mantener la posesión por uno u otro medio, cuando lo hace por él mismo, y la pierde de la misma forma.

Parece ser que en todo este fragmento se hace referencia a la posesión de bienes inmuebles. En el cierre se hace alusión a la forma de perder la posesión mantenida por medio de un colono o un esclavo —con la ocupación de un tercero—, y se diferencia de la *possessio animo retenda* de los *saltus hiberni et aestivi*. Esto nos lleva a pensar que hasta este momento no se había realizado una extensión de los efectos del *animo retinere possessionis* a los demás fundos, que seguía siendo un principio aplicable solamente al *saltus* (*nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo*) y que es Ulpiano quien amplía la *possessio animo retenda* a todo fundo (*D. 43. 16. 1. 25*).

El § 45 rompe con el orden del discurso, pues parecería que el § 46 continúa del § 44 (ambos son del libro 23 *quaest.*), pero que el primero se introdujo entre ambos como mera aclaración, porque es redundante; aun así, los compiladores consideraron necesario incluirlo por ser las palabras de Papinia-

¹¹³² En este mismo sentido, véase D'Angelo, G., *La perdita della possessio animo retenda...*, *cit.*, p. 25, n. 33; Ferretti, P., *Animo possidere...*, *cit.*, p. 99, n. 312.

no (2 *def.*). De cualquier forma, estos últimos fragmentos no hacen más que remarcar que el jurista severino sigue la teoría tradicional del *animus retinere possessionis* del *saltus*.

F. Ulpiano

Ahora, se procederá a analizar la manera en que Ulpiano participó en el desarrollo del *animus* y del *corpus*.¹¹³³ Existen dos textos de Ulpiano que refieren al *animus* y al *corpus possidere*, los cuales merecen ser mencionados:

D. 41. 2. 29 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, [non ut animo, sed ut corpore desinat possidere]: quod est enim facti, potest amittere. [alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest].*¹¹³⁴

D. 47. 4. 1. 15 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, [quae facti est et animi]. Sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.*¹¹³⁵

El primero está interpolado y el segundo se encuentra glosado en la parte que podría ser relevante en este estudio. No obstante, hay otros fragmen-

¹¹³³ Véase el análisis realizado por Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 21.

¹¹³⁴ Sobre la interpolación de [*non-possidere*] y [*alia-fin*], *cfr.* Vassalli, F., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 33; Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 12 (n. 2), 46, 69 y 120 (n. 3) (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 106 [n. 2], 142, 167 y 212 [n. 1]). Además, estima la primera parte como no genuina Siber (*Römisches Privatrecht*, *cit.*, p. 147), mientras que la segunda la considera Hägerström (*Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 189, n. 1).

Traducción: “Es evidente que el pupilo puede perder la posesión sin la autoridad de <su> tutor, de manera que no deje de poseer con el ánimo, sino con el cuerpo, pues puede perder aquello que es de hecho. Otra causa es si acaso quisiese perder la posesión con ánimo, ya que esto no puede <hacerlo>”.

¹¹³⁵ Consideran interpolada la parte [*quia possessionem-fin*]: Vassalli, F., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 33; Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, p. 12, n. 2; Segrè, G., “Sull’opera scientifica di Giuseppe Unger”, *Scritti giuridici*, 1, Cortona, 1930, p. 161, n. 1 (*RDC*, 1914, pp. 585 y ss.). No obstante, es una glosa, de conformidad con los siguientes autores: Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, p. 38, n. 2 (*RDP*, 2, 1, 1932, p. 30); Hägerström, A., *Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, pp. 189, n. 1, y 192.

Traducción: “Dice Escévola que se comete hurto de la posesión. Finalmente, si no hubiese ningún poseedor, niega que <se> cometa hurto. Por ello no se comete hurto a la herencia, porque la herencia no tiene la posesión, que es un hecho e intención. Pero tampoco la posesión es del heredero antes de que la posea, porque la herencia le transmite sólo lo que es de la herencia, pero la posesión no fue de la herencia”.

tos de los que se pueden interpretar las ideas de Ulpiano sobre el *animus* y el *corpore possidere*:

D. 43. 16. 1. 24 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. Idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore.*¹¹³⁶

25. *Quod vulgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est.*¹¹³⁷

26. *Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipitur.*¹¹³⁸

Sobre estos textos, la crítica interpolacionística es abundante. Sin embargo, se está de acuerdo en que el sentido es sustancialmente genuino, como

¹¹³⁶ Consideran interpolada la frase [*Sive-Idcircoque*]: Albertario, E., “Il possesso romano”, *BIDR*, *cit.*, p. 38, n. 2 (*RDP*, 2, 1, 1932, p. 30); Albertario, E., “Il possesso romano”, *AG*, *cit.*, p. 240. La parte [*ademisti-fin*] la estiman interpolada: Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, *cit.*, p. 844, n. 2; Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, p. 225 (*RHD*, 10, 1931, p. 26); Albertario, E., “L’autonomia dell’elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano”, *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 165 (*Studi in onore di P. Bonfante* 1, 1930, p. 226). Asimismo, considera ambas partes interpoladas: Scherillo, G., “Contributi alla dottrina romana del possesso...”, *op. cit.*, p. 528, n. 1. Por su parte, estima que es una glosa: Hägerström, A., *Der römische Obligationsbegriff*, 1, *cit.*, p. 108, n. 2.

Traducción: “Si fue echado alguien que poseía corporalmente o con el ánimo, es bien sabido que se considera que fue echado por la fuerza. Y por ello, si alguien hubiese salido de su campo o de su casa, <sin haber> dejado a ninguno de los suyos, <y> tan pronto como regresa se le hubiera prohibido entrar a <su> mismo predio o si alguien lo hubiese detenido en medio del camino y él mismo poseyera, se considera que fue echado por la fuerza, pues le quitaste la posesión que retenía con el ánimo, aunque no con el cuerpo”.

¹¹³⁷ Con respecto a la parte [*exempli*] <*utilitatis*>, véase en la nota anterior lo referente a Albertario. Sobre la interpolación de [*nam-fin*], *cf.* Albertario, E., “L’autonomia dell’elemento spirituale...”, *op. cit.*, p. 165, (*Studi in onore di P. Bonfante* 1, *cit.*, p. 226); Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 22, n. 1, y 71, n. 2 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 117, n. 1, y 169, n. 2).

Traducción: “Lo que vulgarmente se dice, que retenemos con el ánimo las posesiones de los bosques de verano e invierno, se afirma que lo decía Próculo como ejemplo; porque es lo mismo de todos los predios de los que no nos alejamos con la intención de querer abandonar la posesión”.

¹¹³⁸ Albertario y Scherillo consideran [*neque-corpore*] <*non*>; *cf.* *supra* n. 401. Quien estima que no son genuinos los tres fragmentos es Beseler (“Miscellanea”, *ZSS*, 45, 1925, p. 480).

Traducción: “Es más cierto que no se considere echado <de su posesión> aquel que no poseía con el ánimo ni corporalmente, pero se <le prohibió> entrar y comenzar a poseer, pues es echado quien pierde la posesión, no quien no la recibe”.

expone Cannata contra las consideraciones de Albertario, ya que este último no analiza los tres fragmentos juntos, sino que se centró en el § 25, interpretando *possidere* en el sentido de detentación. Pero, como se puede observar, el texto al referir al *corpore* no alude a la detentación, sino que *possidere corpore* es presentado como opuesto a *possidere animo*.¹¹³⁹

En este sentido, también se puede observar claramente que Ulpiano utiliza el nuevo término introducido por Papiniano: *corpus* (en el sentido de *possidere corpore*). Este texto es colocado por Lenel en materia de *interdicto unde vi*.¹¹⁴⁰

Es importante remarcar en Ulpiano la manera en la que toma los elementos de la doctrina previa, junto con los nuevos términos de Papiniano, pues los une y, a su vez, presenta una versión más clara y completa de la posesión, aunque no haya aportado nada nuevo.

En el § 24, Ulpiano considera que la posesión se puede conservar *sive corpore sive animo*. Éstas son utilizadas como dos modalidades diferentes y alternativas con las cuales se puede ejercer la posesión. Ello es sustancialmente como lo pensaban sus antecesores, pero formalmente en términos papinianos.

Presenta el mismo ejemplo que se ha analizado: una persona deja su campo o casa sin nadie que los custodie, vuelve y le es impedido el regreso (*revertens prohibitus*). Se retoman las dos hipótesis que se habían discutido antes, *i. e.*, ya sea que se le hubiera impedido entrar en su predio o que se le hubiere detenido en medio del camino por quien ahora poseyere. Cualquiera de estas dos formas se considera *deiectus*.

El hecho de que ejemplifique con *agro suo vel de domo* —cabe resaltar que esta parte no está objetada de interpolada— refleja que para los tiempos de Ulpiano se concebía el principio de *animus possidere* ampliado a todos los predios, como se reitera en el § 25.

Sin embargo, no se tienen los elementos que permitan concluir contundentemente que lo sostenido por Próculo (*animus possessionem saltus retineret*) haya sido solamente en vía de ejemplo, como señala Ulpiano.

Pero muy posiblemente *animus possessionem* surgió para retener la posesión del *saltus* cuando temporal a temporal el titular se alejaba con la intención de regresar a la siguiente estación, y no tenía el propósito de abandonar su posesión.

No obstante, la discusión se centraría en observar cuándo se amplió a los demás fundos. Dicha ampliación pudo suceder incluso antes de Ulpiano. Los textos ya analizados de Gayo (*I. 4. 153*) y Pomponio (*23 ad Q. Muc., D. 41. 2. 25. 2*) no refieren al *saltus*. Además, Gayo, Papiniano (*23 quaest., D. 41.*

¹¹³⁹ Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁴⁰ Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, *cit.*, p. 816.

2. 44. 2) y Ulpiano (70 *ad ed.*, D. 41. 2. 6. 1) aluden a fundos que el titular deja sin que nadie permanezca en ellos, sin que el titular posea *per alios, servi vel coloni corpore*.

Sin embargo, ¿acaso la naturaleza del *saltus* no implicaba que se dejara el predio sin que nadie lo cuidara? La referencia a que el titular pueda poseer por medio de otros, aunada a la mención que hace Ulpiano de Labeón, donde dice que el titular se aleja de la finca con dirección al mercado (*nundinas*) sin dejar a nadie en el fundo (referente a la posesión clandestina [70 *ad ed.*, D. 41. 2. 6. 1]) y que aun así conserve la posesión de éste, y la misma mención de Ulpiano como un principio aplicable a todos los fundos permiten considerar esa posibilidad. Si Próculo sólo hablaba de *saltus*, lo pudo hacer en vía de ejemplo, porque era el caso más claro en el que una persona podía poseer un fundo y dejarlo por un periodo largo, y aun así lo seguía poseyendo. Por tanto, todo aquel que se aleja de su fundo sin querer abandonarlo, con la intención de regresar, pudo haber retenido la posesión *animo*.¹¹⁴¹

Pero basta aquí hacer una acotación: que se pudiera poseer *solo animo* cualquier fundo no implicaría que se amplía el régimen del *saltus* a cualquier fundo, no quiere decir que el titular pudiera alejarse el tiempo que quisiera de su fundo sin dejar a nadie que custodie y, aun así, conservar la posesión.

En los textos en los que se hace referencia a la conservación de la posesión *solo animo* de fundos en general, sin que el titular haya dejado a alguien en custodia,¹¹⁴² se reconoce la conservación de la posesión por un periodo corto. En estos casos, el titular retiene la posesión *animo* no porque le falte la intención de perderla, sino porque la materialidad de ésta, aunque atenuada, persiste.¹¹⁴³ En este sentido, el *animus* aquí funciona como en el *saltus*, como la continua voluntad de tener el fundo bajo el señorío fáctico momentáneamente atenuado.¹¹⁴⁴ Un caso muy esquemático es el de la antigua posesión, es decir, el *usus* como modo de adquirir la *manus* sobre la mujer. La usucapión de la *manus* se interrumpía si la mujer se ausentaba tres noches consecutivas (*trinoctiū usurpatio*).¹¹⁴⁵

Aunque Ulpiano haya sido el primero que registra en un texto jurídico, explícitamente, la aplicación extensiva del *animus retinere possessionis* a todo

¹¹⁴¹ En el mismo sentido se pronuncia Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁴² *Gai.* 4. 153; D. 41. 2. 6. 1 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 41. 2. 31 (Pomp. 32 *ad Sab.*).

¹¹⁴³ Sobre un caso de ausencia breve del fundo, véase Cic. *pro Tull.* 7. 17.

¹¹⁴⁴ Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 24 y ss. (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 119 y ss.).

¹¹⁴⁵ Esta práctica era realizada voluntariamente para no caer bajo la *manus* del marido (*Gai.* 1. 111). *Cfr.* Gell., *Noct. Att.* 3. 2. 13.

fundo,¹¹⁴⁶ no quiere decir que esta ampliación sea de su creación, por las razones antes expuestas y por la manera en que lo comunica Ulpiano.

En resumen, en cuanto a la conservación de la posesión, en Ulpiano, se puede realizar con el *animus* o el *corpus* como dos modalidades de realizar la posesión, que se estiman como alternativas, porque podría poseerse por uno u otro medio. La posesión, en un primer plano, se realizaba con el *corpus*, a través de la custodia del titular o de un intermediario; no obstante, si ésta fallaba, la posesión de fundos podía conservarse con el *animus*.

Con respecto a la pérdida de la posesión de bienes inmuebles, no hay cambios jurisprudenciales. Simplemente incluye, con esa gran capacidad sintética que caracterizaba a Ulpiano, lo que en tiempos de Cicerón fue una discusión, es decir, si se considera *deiectus* al que se le impide el ingreso a su fundo (*non admisus, obstiti*).¹¹⁴⁷ Pero además se introduce una nueva situación de hecho a la que se amplía la consideración de *deiectus*: a quien *in medio itinere detinuerit*, a quien se detiene a medio camino, impidiéndosele no el ingreso, sino el retorno.

Por último, en lo que respecta a la conservación de la posesión del *servo fugitivo*, en ninguno de los textos que lo refieren se hace alusión al *animus*.¹¹⁴⁸

G. Paulo

Paulo es considerado por Ihering como el inventor de la teoría del *animus possidendi*, contra quien dirigió una gran cantidad de críticas.¹¹⁴⁹ Aunque no es el inventor de la teoría, sí es quien la ha llevado a sus efectos más extremos.¹¹⁵⁰

*P. S. 5. 2. 1: Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.*¹¹⁵¹

¹¹⁴⁶ Cannata, C. A., “L’animus possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁴⁷ *Cfr. supra* pp. 205 y ss.

¹¹⁴⁸ *D. 7. 1. 12. 3-4 (Ulp. 17 ad Sab.); D. 44. 3. 8 (Ulp. 1 reg.); D. 10. 4. 5. 6 (Ulp. 24 ad ed.); D. 47. 8. 2. 25 (Ulp. 56 ad ed.); D. 41. 2. 13 pr. (Ulp. 72 ad ed.)*. Tampoco es atinado considerar la pérdida de la posesión del pupilo que se llevó a cabo sin *auctoritas tutoris*, la cual opera *corpore*, según Ulpiano, pero el significado de *animus* es diverso al que hemos analizado hasta ahora. *Cfr. D. 41. 2. 29 (Ulp. 30 ad Sab.)*.

¹¹⁴⁹ *D. 41. 2. 1. 20 (Paul. 54 ad ed.) y D. 13. 7. 37 (Paul. 5 Plaut.)*. Véase también Ihering, R. von, *Der Besitzwille...*, *cit.*, pp. 269 y ss., en especial p. 274.

¹¹⁵⁰ Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, p. 12 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 106).

¹¹⁵¹ En este mismo sentido, tenemos otros fragmentos de Paulo: *D. 41. 2. 3. 6 (54 ad ed.); D. 41. 2. 8 (65 ad ed.); D. 50. 17. 153 (65 ad ed.)*. Traducción: “Adquirimos la posesión tanto con

D. 41. 2. 3. 1 (Paul. 54 *ad ed.*): *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*¹¹⁵²

7: *Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.*¹¹⁵³

11: *Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.*¹¹⁵⁴

12: *Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorum et animo et corpore possidere.*¹¹⁵⁵

De acuerdo con Cannata,¹¹⁵⁶ son los tres pasos sustancialmente genuinos. Como se puede observar, la teoría de Paulo se rige por los siguientes elementos:

- 1) Se adquiere la posesión con el cuerpo y con el *animo* (*corpore et animo*), que claramente se consideran como dos elementos que se requieren de manera conjunta, ya que uno solo de ellos no basta (*neque per se animo aut per se corpore*).
- 2) No es posible adquirir *solo animo*, pero sí retener *solo animo* la posesión de los *saltus*, lo que concuerda con la jurisprudencia anterior.
- 3) Se admite que se pueda poseer *animo nostro, corpore vel nostro vel alieno*. Se puede conservar la posesión: *animo nostro et corpore nostro*,¹¹⁵⁷ *animo nostro*

el ánimo como con el cuerpo. Ciertamente, con nuestro ánimo y con nuestro cuerpo o con el cuerpo de otro. Pero no podemos adquirir la posesión sólo con el ánimo, pero podemos retenerla sólo con él, como ocurre en <el caso de> los bosques de verano e invierno”.

¹¹⁵² Traducción: “Y obtenemos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no sólo con el ánimo o con el cuerpo. Lo que dijimos <acerca de que> debemos adquirir la posesión con el cuerpo y el ánimo no se debe entender ciertamente de manera que quien desee poseer un fundo deba caminar alrededor de toda su tierra, sino que es suficiente que entre en cualquier parte de su fundo, mientras que sea con la intención y la resolución de querer poseer todo el mundo hasta <sus> límites<s>”.

¹¹⁵³ Traducción: “Pero, aunque sólo lo poseas con el ánimo, por más que otra <persona> esté en el fundo, no obstante, aún lo posees”.

¹¹⁵⁴ Traducción: “Los bosques para invierno y para verano los poseemos con el ánimo, aunque los dejemos en ciertos tiempos”.

¹¹⁵⁵ Traducción: “Además poseemos con nuestro ánimo y también con el cuerpo de otra <persona>, según dijimos, por medio de un colono y un esclavo. Y no nos debe agitar que poseamos algunas <cosas> ignorándolo, esto es las que los esclavos adquirieron <como parte de su> peculio, pues se considera que las poseemos con el ánimo y con el cuerpo de ellos mismos”.

¹¹⁵⁶ Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁵⁷ D. 41. 2. 3. 12; P. S. 5. 2. 1.

et corpore alieno.¹¹⁵⁸ También retoma el principio de Papiniano¹¹⁵⁹ de poseer los bienes adquiridos por los esclavos *ex peculi causa*, aun ignorándolo el dueño, y se considera que los posee mediante el *animo et corpore* del mismo esclavo.

Con relación a la pérdida de la posesión, es necesario retomar los siguientes textos:

*D. 41. 2. 8 (Paul. 65 ad ed.): Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est (D. 50. 17. 153).*¹¹⁶⁰

*D. 41. 2. 3. 6 (Ulp. 54 ad ed.): In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenta est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. [Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest].*¹¹⁶¹

Como se puede observar, hay una contradicción entre ambos fragmentos, pues mientras el primero determina que del mismo modo que la posesión se adquiere *animus et corpus* y se puede perder con el acto contrario a ambas, el segundo establece que se puede perder la posesión con el *animo*.¹¹⁶²

Ambos parecen ser textos genuinos, con la salvedad del [*Igitur-potest*] (*D. 41. 2. 3. 6*). En este sentido, Paulo reconoce el principio tradicional de la pérdida de la posesión *animo*, pero la regla general contenida en *D. 41. 2. 8* no parece ser aplicable a todo caso de posesión, sino más bien la solución de un caso concreto: el *constitutum possessorium*.¹¹⁶³

2. Animo possessionem apisci de bienes nec mancipi

A. Labeón *D. 41. 2. 51 (Iav. 5 ex post Lab.)*

En primer lugar, según el orden cronológico, se encuentra al creador de la escuela proculeyana, quien es referido por Javoleno.

¹¹⁵⁸ *D. 41. 2. 3. 12; D. 41. 2. 3. 8.*

¹¹⁵⁹ *D. 41. 2. 44. 1 (Pap. 23 quaest.).*

¹¹⁶⁰ Traducción: “De la misma manera como <no> se puede adquirir ninguna posesión salvo con el ánimo y con el cuerpo, así <tampoco> se pierde ninguna, sino <sólo> aquella en la que con ambos se haya actuado al contrario”.

¹¹⁶¹ Traducción: “También para que se pierda la posesión se debe tener el ánimo de <la persona> que posee. Y así, si estuvieses en un fundo, pero no quisieras poseerlo, inmediatamente pierdes la posesión. Así pues, se puede perder inclusive sólo con el ánimo, aunque no se pueda adquirir”.

¹¹⁶² Sobre la discusión al respecto de estos dos textos, véase Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 29, n. 58.

¹¹⁶³ *Ibidem*, pp. 29-31.

D. 41. 2. 51 (5 *ex post Lab.*): *Quarundam rerum animo possessionem adipisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, [traditus mihi videtur]. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essentiarum sed videamus, inquit, ne haec ipsa [corporis] traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur [: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda].*¹¹⁶⁴

Este fragmento contiene la tesis de Labeón, seguida de una nota de Javoleno (*in eo puto*). El primero —nadie pone en duda— sostiene que *rerum animo possessionem adipisci*, referida a bienes *nec mancipi* (*acervum lignorum* y *amphorae vini*). Por lo tanto, para fines históricos, está claro que Labeón sostiene la misma idea de Quinto Mucio. Ahora, se procederá a dilucidar más el texto.

El mismo fragmento expresa claramente que se presentan casi todos los elementos para que se considere que se lleve a cabo la *traditio*. El *tradens* tiene la voluntad de transmitir la cosa, el *accipiens* de adquirirla y hay una *iusta causa traditionis* (compraventa), pero no existe una entrega material, en estricto sentido, pues el *accipiens* no recibe el bien, sino que ordenó a otro que lo reciba. Sobre este punto se presentan dudas, es decir, qué diferencia existe entre en el caso de la *traditio*, cuando quien recibe es el *accipiens* o un tercero por orden de aquél.

¹¹⁶⁴ Las expresiones [*traditus mihi videtur*], [*corporis*] y [: *nihil video-fin*] se encuentran interpoladas, según Schulz (*Einführung in das Studium der Digesten*, Tübinga, 1916, pp. 66, 77 y ss.). Por su parte, Rotondi (“Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 11 y 129 [*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 105, 230 y 231]) considera que solamente está interpolada [*utrubique-fin*]. Por otro lado, en el respectivo texto de las Basílicas (50. 2. 50) se refiere a la adquisición de la posesión *solo animo* (ψυχῆ). Estamos de acuerdo con Cannata cuando observa que la parte [*nihil video...*] está interpolada claramente, porque el *iussus*, que con anterioridad se mencionó como una orden (mandato), en la última parte se utiliza en el sentido de contrato, lo que es muy diferente. Asimismo, el *animi quodam genere possessio* es demasiado *sui generis* con relación a la terminología utilizada en el periodo clásico: *animo possessionem adipisci*. Cfr. Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

Traducción: “Labeón dice que obtenemos la posesión de algunas cosas con el ánimo, por ejemplo, si yo hubiese comprado un montón de leños y el vendedor me hubiese ordenado que me lo llevara, tan pronto como lo pusiese en <mi> custodia, se considera que me <lo> entregó. Existe el mismo derecho habiéndose vendido vino, cuando todas las ánforas de vino estuvieran juntas. Pero veamos, dice que, si esa misma no es una entrega corporal, porque nada importa que la custodia <de la cosa> se me entregue <a mí> o a cualquiera que hubiese mandado. Pienso que esta cuestión consiste en que, aunque no se haya tomado físicamente el montón <de leños> o las ánforas <de vino>, se consideren igualmente entregadas. <No> veo ninguna diferencia entre que <yo mismo> custodie el montón o que lo haga alguien <más> por mi mandato, porque en ambos casos, la posesión debe considerarse como una cierta forma de ánimo”.

Parece ser que el dirigente de la escuela proculeyana duda en considerar si esta entrega a una persona ajena al *accipiens*, pero ordenada por él mismo a recibir, no deba ser calificada como *traditio* (*sed videamus... sed traditio sit*); sin embargo, a fin de cuentas, estima que el *accipiens* adquiere la posesión por el *animo*, a pesar de no haber recibido materialmente la leña o las ánforas de vino.

En efecto, parece ser que la discusión es meramente teórica, pues cuando Javoleno expresa su punto de vista (*in eo puto...*), parece que lo hace con un significado opuesto a su maestro (*nihilominus*), en el sentido de que se trata de una *traditio* verdadera (*traditae videantur*, aunque en estricto sentido no hay una entrega material), porque el *animo possessionem adipisci* sirve para subsanar esa falta de entrega directa e inmediata al *accipiens*, cuando éste ordena a alguien que reciba el bien adquirido en custodia.

Otro texto en el cual también se observa claramente lo sostenido por Labeón es:

D. 41. 2. 6. 1 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit; [retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit <abit>]: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.*¹¹⁶⁵

Muchos estudiosos han excluido el análisis de este texto, por considerarlo interpolado en la parte [*retinet ergo possessionem is*] y debido a que Labeón rechaza la tesis de la posesión solidaria por varias personas (*plures eandem rem in solidum possidere non possunt*, D. 41. 2. 3. 5 [Paul. 54 *ad ed.*]).¹¹⁶⁶ No obstante, a pesar de que se haya presentado dicha corrupción, es posible interpretar una continuidad en el desarrollo del *animus retinere possessionem*, para llegar a la formulación de Próculo.

¹¹⁶⁵ Consideramos la parte [*retinet-abit*] interpolada. Sin embargo, dicha interpolación no cambia el significado del texto. En el mismo sentido de la interpolación, véanse Bremer, F. P., *Iurisprudentiae antehadrianae...*, 2, 1, *cit.*, p. 129; Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 4, *cit.*, p. 74; Rontondi, G., “Possessio quae animo retinetur...”, *op. cit.*, pp. 35, 71, n. 2, y 76 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 131, 169, n. 2, y 175); Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *cit.*, pp. 848, n. 2, y 882, n. 1; Siber, H., *Römisches Privatrecht*, *cit.*, p. 143; Albertario, E., “D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana”, *op. cit.*, pp. 213-236 (*Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 245-270).

Traducción: “Quien habiendo ido a los mercados no hubiese dejado a nadie y, mientras él vuelve de ahí, alguien <más> hubiese ocupado <su posesión>, escribe Labeón que parece que <se> posee clandestinamente, por lo que retiene la posesión aquel que fue a los mercados. Pero, si no se admitiese al dueño que regresa, se entiende que más <bien se> posee por fuerza que de manera clandestina”.

¹¹⁶⁶ *Cfr. supra* capítulo tercero, III, 1, n. 807.

Ya hemos analizado anteriormente una interpretación de este texto.¹¹⁶⁷ Aquí simplemente haremos referencia a la información que permita hipotetizar que Labeón considera la retención de la posesión por parte del titular que se alejó de su fundo. En este texto se plantea el mismo caso que el texto de Pomponio (*D.* 41. 2. 25. 2 [*23 ad Q. Muc.*]): una persona parte al mercado sin dejar a nadie en su finca y, posteriormente, un sujeto entra en el fundo y ocupa su posesión, a lo que Labeón considera que el ocupante posee clandestinamente *dum ille a nundinis redit*. Este *dum ille a nundinis redit* hace pensar que el jurista —defensor de la República— sigue la idea del *animus possidere*, *i. e.*, que el *dominus revertens* continúa poseyendo con el *animus* hasta su regreso del mercado, pues ha calificado la posesión del ocupante como *possessio mala fides*, viciosa;¹¹⁶⁸ cabe decir que lo es con respecto al *dominus revertens*, cuya posesión se considera *iusta*.¹¹⁶⁹

La segunda parte (*verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam*) también es acorde con la tesis de la continuación de la posesión del *dominus revertens*, de acuerdo con Cicerón, puesto que lo considera *deiectus* cuando a su regreso es repelido o rechazado (*non admissus*) por el ocupante clandestino. En este sentido, al ser calificado como *deiectus*, se estima que poseía al momento de sufrir la *deiectio*, que mutaba en posesión violenta por la misma *deiectio*.¹¹⁷⁰

B. Próculo y Neracio y el animo *adquirere possessionem del Thesaurum*

Además de Labeón, Próculo y Neracio parecen seguir la tesis sobre la adquisición de la posesión con el *animus*, pero sólo sobre determinadas cosas, en específico sobre un tesoro.

Sobre este punto, Paulo refiere lo siguiente:

D. 41. 2. 3. 3 (Paul. 54 *ad ed.*): *Neratius et Proculus et*¹¹⁷¹ *solo animo*¹¹⁷² *[non] posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si Thesaurum in fun-*

¹¹⁶⁷ *Cfr. supra* capítulo tercero, III.

¹¹⁶⁸ Sobre la *possessio bona fides* y *malae fides*, *cfr. supra* capítulo tercero, II.

¹¹⁶⁹ *Cfr. supra* capítulo tercero, III, 1, “*Iusta possessio* como *possessio nec vi nec clam nec precario*”.

¹¹⁷⁰ *Cfr. supra* capítulo tercero, nn. 771 y 772.

¹¹⁷¹ El *et* se reproduce en el *Código Florentino* 1, pero no en el *Fl* 2.

¹¹⁷² Con relación a *solo*, *cfr. supra* p. 200, n. 72. Por su parte, Cannata considera que *solo* es de Paulo, puesto que ni Próculo ni Neracio conocían el *aquisto animo et corpore*; *cfr.* Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, pp. 79, n. 21, y 92. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta idea, al igual que Burdese (“In tema di «animus possidendi»...”, *op. cit.*, p. 532) y Lambrini (*L’elemento soggettivo nelle situazioni possessorie...*, *cit.*, p. 131, n. 98).

do meo positum sciam, continuo me possidere, [simulatque possidendi affectum habuero],¹¹⁷³ quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum [longa possessione] <usus> cepit, etiam Thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet Thensaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet [longa possessione] <usus>, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.¹¹⁷⁴

Este texto ha generado numerosas propuestas de enmienda y críticas interpolacionísticas. Algunos ejemplos son la eliminación de la negación *non*¹¹⁷⁵ antes de *posse*, la propuesta de que el texto se refiere a Nerva en lugar de Neracio,¹¹⁷⁶ o que además de estos dos juristas se debe incluir Nerva o Labeón,¹¹⁷⁷ entre otros.¹¹⁷⁸

¹¹⁷³ El término *affectum* no es clásico, por lo que consideramos que está interpolada dicha parte.

¹¹⁷⁴ No intentamos ser exhaustivos en la discusión de este fragmento. Para encontrar una bibliografía más completa y otras discusiones al respecto, véase Piro, I., *Damnum “corpore suo” dare rem “corpore” possidere. L’oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione en el linguaggio dei giuristi romani*, Nápoles, 2004, pp. 355 y ss.

Traducción: “Neracio y Próculo <dicen> que no sólo podemos adquirir la posesión con el ánimo si no antecediera la posesión natural. Y por ello si yo supiera que está depositado un tesoro en mi fundo, lo poseo enseguida que tuviera la intención de poseerlo, porque el ánimo completa lo que <le> falta a la posesión natural. Por lo demás, no es verdad lo que piensan Bruto y Manilio <acerca de que> quien adquirió un fundo por larga posesión adquirió también el tesoro, aunque no sepa que existe en el fundo. Pues el que no sabe, no posee el tesoro, aunque posea el fundo. Pero inclusive si lo supiese no adquirirá el uso por larga posesión, pues sabe que es de otra <persona>. Algunos piensan que es más verdadera la opinión de Sabino <acerca de> que quien lo sabe no <lo> posee, a menos que haya sido movido, porque no estaría bajo nuestra custodia. Yo estoy de acuerdo con ellos”.

¹¹⁷⁵ Kübler, B., “Emendationen des Pandektentextes”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 11, 1890, p. 51; Bremer, F. P., *Iurisprudentiae antehadrianae...*, 2, 2, *cit.*, p. 351; Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 4, *cit.*, pp. 162 y ss.; Rotondi, G., “I ritrovamenti archeologici e il regime dell’acquisto del tesoro”, *Rivista di Diritto Classico*, 2, 1910, pp. 319 y ss. (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, pp. 347 y ss.); Appleton, Ch., “Le trésor et la iusta causa usucapionis”, *Studi in onore di P. Bonfante*, 3, Milán, 1930, pp. 10 y ss.; Zamorani, P., *Possessio e animus*, *cit.*, pp. 185 y ss.; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 302; Hausmaninger, H., “Besitzerwer solo animo”, *Festgabe für Arnorld Herdliczka*, 1972, pp. 115 y ss.

¹¹⁷⁶ Kniep, F., “*Vacua possessio*”, *cit.*, p. 165; Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur...*”, *op. cit.*, p. 13 (*Scritti Giuridici...*, 3, *cit.*, p. 108); Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, *cit.*, p. 302 (“Nerva et Proculus è la formula di diritto per indicare la scuola procleiana”); Albanese, B., *Le situazioni possessorie...*, *cit.*, p. 39, n. 130.

¹¹⁷⁷ Sobre la reconstrucción de esta parte, véase Cannata, C. A., “L’animo possidere nel diritto romano classico”, *op. cit.*, p. 78, n. 14, en donde considera que debe agregarse a Nerva. Por otro lado, en su *Corso di diritto romano* (I) considera que debería ser Labeón (p. 96).

¹¹⁷⁸ Albertario, E., “Infanti proximus e pubertati proximus (a proposito di un recente studio)”, *AG*, 89, 1923, p. 255 (*Studi di diritto romano*, I: *Persone e famiglia*, Milán, 1933, p. 85, n. 1), quien considera interpolada la parte de [*simulatque-habuero*]. Por otro lado, Beseler (“Miscella-

En este fragmento, Paulo presenta varias posturas sobre la adquisición de la posesión, en específico, de un tesoro que se encuentra enterrado. Expone, en primer lugar, la tesis de Próculo y Neracio (siglo I d. C. se presenta en el intercronológico de las otras dos tesis), la cual parece contradictoria, pues condiciona la adquisición de la posesión *solo animo* a la previa adquisición de la posesión natural, *i. e.*, de la adquisición material del bien, más recientemente conocido como “detentación”.¹¹⁷⁹ Sin embargo, aquí surge una duda: ¿de qué bien? Si se refiere al tesoro, ¿puede considerarse que una posesión se adquiere *solo animo* si exige que previamente se tenga el control físico sobre el mismo? A primera vista parecería que no, puesto que si se dispone materialmente del bien y después se tiene la intención de poseerlo, la posesión no requeriría ser calificada como *solo animo adquirere possessionem*, sino que se adquiere la posesión y ya.

La contradicción se disuelve cuando se entra al específico caso del tesoro,¹¹⁸⁰ pues en este caso parece ser que, para los proculeyanos, el *animus* se entiende como conocimiento de la existencia del tesoro,¹¹⁸¹ seguida de la intención de poseerlo. Pero no sólo eso, sino que también implica la previa posesión natural, entendida en este caso no como la efectiva, actual y directa disponibilidad material del tesoro —porque en ese sentido no tiene razón de ser la utilización de *animus adquirere possessionem*—, sino como la potencial, actualizable y mediata, puesto que se requiere que quien tenga el conocimiento y la intención de poseer el tesoro debe también tener la disposición material del fundo que lo contiene.¹¹⁸²

Zamorani no concibe la presencia de una continuidad entre la adquisición de la *scientia* de la existencia del tesoro y la posterior intención de poseerlo.¹¹⁸³ La continuidad entre conocer la existencia del tesoro y después

nea crítica”, *ZSS*, 44, 1924, p. 374; *Juristische Miniaturen*, Leipzig, 1929, pp. 94 y ss.) y Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, I, *cit.*, p. 847) estiman que dicha interpolación no se amplía hasta [-implet], sino que hasta el fin (Beseler, G., *Beiträge zur Kritik...*, 4, *cit.*, pp. 162 y ss.). Asimismo, la parte de [*longa possessione*] es totalmente artificiosa y que en su lugar debería decir <usus>: Lenel, O., *Palíngenesia Iuris Civilis*, II, *cit.*, Pauli fragm. 658; Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo...*, *cit.*, p. 393; Bremer, F. P., *Iurisprudentiae antehadrianae...*, 2, 1, *cit.*, p. 23; Beseler, G., *Juristische Miniaturen*, *cit.*, p. 7; Appleton, Ch., “Le trésor et la iusta...”, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

¹¹⁷⁹ Sobre la *possessio naturalis*, *cf. supra* capítulo tercero, V.

¹¹⁸⁰ De acuerdo con el mismo Paulo, el tesoro es una cierta cantidad depositada de la que ya no se recuerda quién pudo ser el propietario, y así se hace de quien lo haya encontrado, pues no es de nadie más. *Cfr. D.* 41. 1. 31. 1 (Paul. 31 *ad ed.*).

¹¹⁸¹ Ferretti, P., *Animo possidere...*, *cit.*, p. 44.

¹¹⁸² Una interpretación similar ha sido realizada por Hausmaninger, H., “Besitzerwer *solo animo*”, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

¹¹⁸³ Zamorani, P., *Possessio e animus*, *cit.*, pp. 194 y ss., en especial n. 25; Ferretti, P., *Animo possidere...*, *cit.*, p. 44.

tener la intención de poseerlo está determinada por la potencialidad de poseer (el tesoro) a través de la previa disposición material del fundo que contiene el tesoro; por ello, toma totalmente sentido la exigencia de la posesión natural previa, tal y como se ha considerado.

Por esta razón, Paulo podría haber considerado necesario presentar después la postura de Bruto y Manilio (siglos II y I a. C.), juristas separados de Próculo y Neracio alrededor de un siglo y medio, cuya teoría parece no tener mayor respaldo, y tampoco de Paulo.

Bruto y Manilio estiman que la usucapión del fundo que contiene el tesoro implicaba la usucapión del tesoro, aunque se ignore la existencia de éste. En este sentido, al poseer el fundo también se poseía el tesoro, porque al estar este último enterrado en el fundo era una parte de él.¹¹⁸⁴

Finalmente, tenemos la tesis de Sabino, seguida por otros juristas, entre ellos Paulo. Sabino considera que para poseer el tesoro no es suficiente conocer el hecho de su existencia, sino que se requiere además cambiarlo de sitio, para tenerlo *sub custodia*, i. e., tenerlo efectivamente bajo su poder.

En resumen, se puede observar que la discusión se basa sobre cómo se puede adquirir la posesión de un tesoro, por parte del propietario del fundo donde se encuentra el tesoro, quien no tiene actualmente la disponibilidad material de éste, pero que conoce de su existencia.¹¹⁸⁵ Respecto a ello, Próculo y Neracio conciben la posibilidad *solo animo adquirere possessionem*. Por su parte, Bruto y Manilio estiman que para poseer el tesoro no se requiere ni la *naturalis possessio* ni el *animus* y ni siquiera conocer de su existencia. Sabino, Paulo y otros consideran que para poseer un tesoro no es suficiente conocer de su existencia, sino que se requiere ponerlo bajo la custodia.

El D. 12. 1. 9. 9 habla del *animo possidere*, en el que Ulpiano refiere a Nerva y Próculo como los exponentes de una corriente, que es seguida por

¹¹⁸⁴ En este mismo sentido, véanse Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, 3, cit., p. 244; Lauria, M., “Dal possessore del tesoro all’«inventor» (D. 41. 2. 3. 3.)”, *Labeo* 1, 1955, pp. 22 y ss.

¹¹⁸⁵ Hay quienes interpretan el texto en el sentido de que la discusión se centra más bien en una diversidad de posturas de las dos escuelas, en cuanto a la concepción de la *naturalis possessio*. En efecto, se interpreta que los proculeyanos la identifican con la *scientia* de la existencia del tesoro, mientras que los sabinianos la identifican con el acto de ponerlo bajo la custodia. En palabras de Lambrini: “nell’esaminata fattispecie, secondo i Sabiniani, essa doveva essere sempre posta in essere con un atto di apprensione materiale”. Cfr. Lambrini, P., *L’elemento soggettivo nelle situazioni possessorie...*, cit., pp. 146 y 147. Sin embargo, esta interpretación parece equivocada, pues cuando en derecho romano clásico los juristas en general hablan de *naturalis possessio*, lo hacen para referirse exactamente a eso, es decir, la materialidad con la que se lleva a cabo la posesión, esto es, con el cuerpo. Otros autores que también hacen esta interpretación son los siguientes: Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 846, n. 1; Burdese, A., “Recensione a K. Olivecrona, Three Essays”, *IVRA*, 1, 1950, p. 353; Mac Cormack, G., “The Role of «Animus»...”, *op. cit.*, pp. 112 y ss.

Ulpiano y Marcelo; pero se trata de un fragmento interpolado en la parte respectiva al *animo enim coepit possidere*,¹¹⁸⁶ por lo que no será considerado.

VIII. CONCLUSIONES

La teoría de la posesión en el periodo que va de Quinto Mucio Escévola hasta Paulo se va haciendo cada vez más sofisticada y compleja como respuesta a una gran cantidad de casos que se van presentando, requiriéndose la creación de categorías que permitan determinar, de manera más o menos generalizada, a qué casos se va a otorgar la protección interdicial y qué casos podrán producir los efectos de la usucapión o, en su defecto, qué casos quedarán desprovistos de efectos jurídicos.

Dicha complejidad se debe a la gran cantidad de casos que se van presentando. Por esta razón, la jurisprudencia clásica toma en consideración ciertas categorías que califican a la posesión para la producción de la protección interdicial, como de la usucapión las siguientes: la buena fe; la cualidad de *iusta*; que haya tenido como acto productor una *iusta causa*; que sea *civilis*; que la causa sea *pro suo*, y que además del *corpus* se tenga el *animus*. Estas categorías que califican la posesión surgieron en el ámbito de la posesión sobre fundos, terrenos, que posteriormente fueron denominados “bienes inmuebles”.

De cualquier forma, la delimitación de dichas categorías no es pacífica, sino resultado de una amplia discusión dialéctica entre los juristas, los cuales, generalmente, no alcanzan una uniformidad en la consideración de las interpretaciones y soluciones propuestas.

Por otra parte, la gran cantidad de interpolaciones oscurecen la reconstrucción del aparato dogmático clásico. Después de esclarecer algunas de las interpolaciones, se considera que las categorías calificadoras de la posesión son concebidas por la jurisprudencia clásica de la siguiente forma:

La buena fe es concebida como la ausencia de dolo, que se basa en la creencia del poseedor de haberse convertido en el propietario de la cosa (en la ignorancia de las circunstancias que impidieron la adquisición de la propiedad), trata la cosa como si fuera propia o con la intención de devenir

¹¹⁸⁶ D. 12. 1. 9. 9 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: [animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutua rogavit et poterit ei condici].* Sobre la interpolación, véanse Beseler, G., “Miscellanea critica”, *ZSS*, 44, *cit.*, p. 375; Schulz, F., *Einführung in das Studium...*, *cit.*, p. 64. Respecto al análisis del texto, véase Ferretti, P., *Animo possidere...*, *cit.*, pp. 48 y ss.

propietario de ésta, sin tener conocimiento de que sus actos traen aparejado un daño al dueño o al antiguo poseedor.

Sobre la cualidad de *iusta*, existe una fuerte ambigüedad en el término, pues en los textos analizados *iusta possessio* se utiliza con el significado de *possessio nec vi nec clam nec precari; ius; possessio bonae fidei; possessio ex iusta causa*, y *possessio ex iusta causa y bonae fidei*. Con respecto a la *ex iusta causa*, se sustenta en la existencia de una relación jurídica previa que justifica la adquisición de la posesión.

Con relación a la distinción tan debatida sobre la posesión natural, civil e interdictal, de acuerdo con Riccobono, se sostiene lo siguiente:

- La *possessio naturalis* es la relación externa o física que una persona tiene sobre una cosa. Es el elemento material de la posesión, un simple hecho cuya causa no se encuentra reconocida jurídicamente, ni en el ámbito civil ni en el pretorio. Es la simple detentación.
- La *possessio civilis* es la posesión fundada en una causa idónea reconocida por el *ius civilis* y por el *ius gentium* para la adquisición del dominio.
- La *possessio* propiamente dicha es una relación de hecho que una persona tiene sobre una cosa, con la voluntad de tenerla para sí de manera libre y exclusiva, reconocida por el *ius honorarium* y protegida contra cualquier perturbación y ataque mediante los interdictos.

De acuerdo con Paulo, la *possessio pro suo* es una *iusta causae possessionis*, claramente diferenciada de la *possessio pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito* (D. 41. 2. 3. 21), pero se puede ejercer sólo sobre *res nullius omnia quae mari terra coelo vel ex hostibus capimus*; lo que es fabricado por uno mismo (*quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus*); lo que se hace propio por aluvión de los ríos; los frutos producidos por las cosas que uno mismo posee, independientemente de la causa por la cual sea poseída; de bienes obtenidos por medio de donación (sólo en los dos casos mencionados).

En lo que respecta a la *possessio animo* y a la *possessio corpore*, hasta antes de Paulo, se concebían como una unidad inescindible, aludiendo la segunda a la materialidad con la que se realiza la posesión, por medio del cuerpo del poseedor, y no la tenencia material del objeto que se posee. Es Paulo quien lleva a cabo una formulación dogmática que separa a la *possessio animo* y a la *possessio corpore* como elementos independientes, otorgándole al *animus* verdadera importancia de manera individual en la posesión.

En el caso de los bienes muebles, según Labeón (D. 41. 2. 51), se puede adquirir la posesión *solo animo* de un bien *nec Mancipi* (*acervum lingorum* y *am-*

phorae vini) cuando el *tradens* tiene la voluntad de transmitirla, el *accipiens* de adquirirla y existe una *iusta causa traditionis*, aun cuando no haya habido una entrega material al *accipiens*, pues éste ordena que otro lo reciba.

Por último, se presenta el caso de la adquisición de la posesión *solo animo* del tesoro (*D. 41. 2. 3. 3*). En este caso no hay unanimidad en la solución. La discusión se basa sobre cómo se puede adquirir la posesión de un tesoro, por parte del propietario del fundo donde se encuentra el tesoro, quien no tiene actualmente la disponibilidad material de éste, pero que conoce de su existencia. Con respecto a ello, Próculo y Neracio conciben la posibilidad *solo animo adquirere possessionem*. Por otro lado, Bruto y Manilio estiman que para poseer el tesoro no se requiere ni la *naturalis possessio* ni el *animus* y ni siquiera conocer de su existencia. Sabino, Paulo y otros consideran que para poseer un tesoro no es suficiente conocer de su existencia, sino que se requiere ponerlo bajo la custodia.