

LA POSESION EN DERECHO ROMANO

Por el Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, catedrático de Derecho Romano en las Universidades de Antioquia y Pontificia Bolivariana.

Noción y especies de posesión.

1. La noción más general y comprensiva de posesión es la de dominación sobre una cosa corporal. Este concepto está implícito en la misma palabra *possidēre*, que viene de *potis sedeo*, es decir, sentarse, ser señor. Mientras el dominio es una dominación jurídica, y como tal protegida por la ley, la posesión es una dominación de hecho, protegida por la ley solamente en determinados casos. La propiedad es netamente distinta de la posesión; los romanos lo afirman: "*separata esse debet possessio a proprietate*". "*Nihil commune habet dominium cum possessione*". La posesión normalmente se encuentra en el propietario, el cual por regla general es también poseedor; pero es posible que la propiedad esté separada de la posesión y que, por consiguiente, sobre una misma cosa una persona tenga la propiedad y otra la posesión.

La ley en determinados casos tutela la posesión separada de la propiedad; es decir protege el estado de hecho prescindiendo del estado de derecho; concede por consiguiente su protección aun al simple poseedor que no tiene ningún derecho sobre la cosa y eventualmente aunque su posesión esté en contradicción con el derecho.

2. La más antigua denominación para indicar un poder sobre cosas o personas es *usus*; el **derecho civil** lo toma en consideración para la adquisición del dominio, que precisamente se verifica mediante la *usucapio*, o de la *manus* o *potestad marital* que también puede adquirirse por *usus*. Más reciente es la denominación de *possessio*, que se sobrepone al antiguo *usus* y deriva su **Protección del pretor**.

3. Bajo la denominación de posesión se comprenden varias situaciones, las cuales, aunque tengan elementos comunes, tienen distinta estructura jurídica y distintas consecuencias.

1) **Possessio naturalis**, también llamada *possessio corpore*, es la simple tenencia, esto es, el elemento material que constituye la base de toda posesión: en este caso los juristas hablan también de *naturaliter possidēre*, de *detinēre*. Son todos términos equivalentes, que designan lo que nosotros llamamos tenencia; tienen la *possessio naturalis*: el arrendatario, el depositario, el comodatario, las personas incapaces, como el esclavo o el infante. La tenencia no tiene ninguna tutela jurídica; sin embargo constituye la base de otras relaciones de posesión tuteladas por la ley y por sí misma una que otra vez es tomada en consideración.

2) **Possessio sin otra calificación** indica una relación de hecho que se establece con la tenencia acompañada de la voluntad de tener la cosa para sí. Esta categoría es la más frecuente e importante, tanto que se la llama *possessio* por *antonomasia*, y precisamente con relación a ella elaboraron los juristas la doctrina de la institución. Ella consiste en la *possessio naturalis*, esto es la tenencia, a la cual se agrega un elemento subjetivo, que se llama el **animus rem sibi habendi**. En determinadas hipótesis de despojo violento o de molestia en la posesión, el pretor concedía algunos interdictos; por este motivo tal posesión ha sido llamada por los intérpretes *possessio ad interdicta*.

3) **Possessio civilis** es la misma posesión de que se ha hablado en el numeral anterior, pero además fundada en una **iusta causa**, es decir en una relación reconocida como idónea por el *ius civile* para transferir el dominio. La *possessio civilis* es la posesión que la ley exige para que se pueda adquirir el dominio por *usucapio* y por este motivo es llamada por los intérpretes *possessio ad usucapionem*. También se califica como civil porque contiene elementos civiles como la *iusta causa* y produce consecuencias civiles como la adquisición del dominio; se la llama también *possessio bonae fidei* porque se trata de la posesión que conduce a la *usucapio*, para la cual se necesita buena fé. La posesión civil es tutelada por el pretor por medio de la acción *Publiciana*.

4) De *possessio* se habla también en el lenguaje clásico para designar ciertas relaciones especiales tuteladas por los magistrados mediante acciones in rem; de esta manera se habla de *possessio del ager tributarius, stipendiarius, vectigalis*.

Esta enumeración de relaciones que en época clásica se llaman

possessio, demuestra cómo la posesión comprende situaciones heterogéneas, que van desde la mera tenencia, no tutelada por la ley, hasta ciertas relaciones protegidas por acciones in rem, relaciones estas últimas que los modernos mirando más la sustancia que los nombres llaman sencillamente propiedad (propiedad bonitaria, propiedad provincial). De aquí se deriva la dificultad de construir una **teoría unitaria de la posesión**.

4. Ambigua es la distinción entre posesión justa y posesión injusta. Se califica de justa aquella posesión que frente al adversario en la acción posesoria no está manchada de violencia ni de clandestinidad ni de precario. Por el contrario es injusta la posesión afectada por uno de esos tres vicios: Gayo la llama también viciosa. A veces también se llama justa posesión la que está fundada en una justa causa, así por ejemplo Gayo, Inst. 2, 95.

Naturaleza de la posesión y fundamento de la tutela posesoria.

1. Los intérpretes discuten si la posesión es un hecho o un derecho. En las fuentes encontramos expresiones extrañas y contradictorias. Se dice que "facti non iuris esse"; Papiniano afirma que "plurimum facti habet", pero en otro pasaje declara que "plurimum ex iure possessio mutuetur".

No hay duda que la possessio naturalis es un simple hecho; tampoco hay duda que las posesiones defendidas con una acción in rem contengan un derecho (possessio civilis, possessio del ager tributarius, stipendiarius, vectigalis), porque tales relaciones se califican por los intérpretes de propiedad y aun en el mismo derecho romano algunas de esas relaciones acaban confundándose con el dominio. Queda la posesión defendida por los interdictos: tal posesión es un hecho, porque consta de elementos de mero hecho, como la tenencia y el animus rem sibi habendi; solamente dentro de los límites en que es defendida por la ley puede ella considerarse como un derecho.

2. Cualquiera que sea el origen histórico y el desarrollo sucesivo de la defensa de la posesión, ésta está fundada en una consideración político social de asegurar la paz y el orden en el ámbito del Estado: Ninguna situación de hecho puede arbitrariamente remover-

se o turbarse si no llega a demostrarse contraria al derecho por medio de acciones judiciales. El que crea que una situación de hecho es contraria a su derecho debe ejercitar las acciones que protegen ese derecho, pero no puede hacerse justicia por sí mismo: los romanos dicen que el que posee por el mero hecho de poseer "plus iuris habet quam ille qui non possidet" (tiene más derecho que el que no posee).

3. En el derecho romano la defensa de la posesión emprendida por el pretor se presenta como una reacción contra la tradicional defensa privada, que poco a poco va olvidándose hasta desaparecer por completo en el derecho justinianeo. Algunos **interdictos** suponen en efecto la violencia y ordenan sin más la reintegración de la situación que había cambiado con el empleo de la violencia. Otros interdictos excluyen toda turbación violenta y ordenan su cesación (vim fieri veto). En algunos pocos casos en que los interdictos son inaplicables, la violencia puede ejercitarse como un residuo de la antigua defensa privada, y siempre que el hecho no entre en la categoría de los delitos: así el poseedor puede defender su posesión con la violencia, repeler la fuerza con la fuerza, pero in continenti, no ex intervallo.

Adquisición y pérdida de la posesión.

1. La posesión por antonomasia o sea la posesión llamada por los intérpretes possessio ad interdicta es la categoría más común. Se adquiere cuando se reúnen los requisitos necesarios para su existencia, que son un elemento objetivo, constituido por la possessio naturalis o simple tenencia, y un elemento subjetivo, que es la voluntad de tener la cosa para sí. Se habla respectivamente de possidére corpore y possidére animo; de estas frases los intérpretes han sacado los **términos abstractos**, corpus y animus para indicar los elementos de la posesión. Para que la posesión se configure se necesita el concurso de ambos elementos: Paulo dice: "adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo neque per se corpore".

2. El possidére corpore se tiene cuando una persona tiene un poder general, una dominación de hecho sobre la cosa. En un principio esto se entiende de un modo materialista en cuanto el cor-

pus se reconoce solamente cuando la persona del poseedor está en contacto directo e inmediato con la cosa. Pero poco a poco este elemento se espiritualiza. Próculo en el siglo primero admite que cuando alguno haya tendido las redes para la caza, la posesión del animal se adquiere cuando éste haya caído en las redes, sin que sea necesario un efectivo apoderamiento. Análogamente se admite que para los muebles basta la presencia de ellos; a este respecto se dice "non est enim corpore et tactu necesse adprehendēre possessionem, sed etiam oculis et affectu". Por lo que se refiere a los fundos no es necesario recorrer el terreno surco por surco, basta solamente entrar en cualquier parte del terreno. Esto para no hablar de la llamada traditio ficta en la cual el elemento material es tan evanescente que puede decirse que la posesión se transfiere mediante el simple consentimiento. **De todas estas decisiones se deduce el principio** que la possessio corpore existe cuando la cosa se encuentra en la esfera de acción de una persona, de suerte que pueda realizar, cuando quiera y de un modo independiente y exclusivo, la relación material con la cosa.

3. Pero la possessio corpore no basta. Se necesita además una particular voluntad que se llama el animus rem sibi habendi, o más brevemente el animus de los intérpretes. Se habla de animus o de affectio porque se trata **no** de una voluntad inicial, que se agote en un solo acto, sino de una situación psicológica permanente. El animus se requiere en abstracto, es decir para categorías objetivas de relaciones y no para un poseedor singular: en el fondo es la ley la que establece cuáles relaciones conllevan posesión y cuáles relaciones conllevan mera tenencia: hay causas de tenencia y causa de posesión, considerando el diverso animus que interviene en cada una de ellas; por tanto no solamente el propietario, sino también el ladrón, el precarista, el acreedor pignoraticio son poseedores, mientras que el depositario, el comodatario, el inquilino son meros tenedores y no tienen ninguna importancia que el titular de tales relaciones pueda tener el animus de rem sibi habendi. El animus rem sibi habendi está por fuera de las relaciones singulares, **la ley lo establece objetivamente para toda una serie de categorías jurídicas**. La poca importancia del animus del particular se recoge en el precepto que nos viene desde la más antigua jurisprudencia y según el cual "nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest": lo cual quiere decir

que el mero tenedor no puede cambiar su mera tenencia en posesión, comenzando a tener animus; el inquilino en efecto no cesa de ser mero tenedor por el simple hecho de que tenga la voluntad de poseer la cosa como propia. El cambio de la tenencia en posesión es admisible solamente cuando interviene una relación jurídica, (por ejemplo la venta de la cosa alquilada al mismo inquilino) que determine en el tenedor un cambio en la causa possessionis.

4. Las fuentes hablan de animus rem sibi habendi, de possidēre animo sin ulterior determinación. También la posesión natural requiere una cierta voluntad que es aquélla de tener la cosa, tanto que no se tiene posesión ni siquiera natural en el caso del durmiente o del loco. El animus rem sibi habendi es por el contrario algo distinto. No es, como decía Savigny, el animus domini, es decir la voluntad del propietario, sino la voluntad de tener la cosa para sí de un modo exclusivo e independiente; entendidas así las cosas no presenta dificultad la posesión del acreedor pignoraticio, del secuestre o del precarista, que son considerados como poseedores, aunque no tengan el animus domini.

5. La posesión se pierde cuando desaparece uno de sus elementos constitutivos; Papiniano dice a este respecto que se pierde "vel animo vel etiam corpore". Se conserva animo sólo es decir con la mera voluntad de tener la cosa para sí, cuando el poseedor está en la imposibilidad temporal de actuar sobre el elemento material: Próculo admite que se conserva la posesión animo sólo en el caso de los saltus hiberni, que, por estar situados en la montaña, son inaccesibles en los meses de invierno. Mientras subsista el animus la posesión se conserva por medio de la tenencia que ejercite un esclavo, un colono, un amigo, un huésped. Análogamente se conserva la posesión del servus fugitivus.

Defensa de la posesión.

El pretor defiende la posesión por medio de los interdictos, que como en todos los otros casos se denominan con las primeras palabras con que comienzan. Según su diversa función son de dos clases: retinendae possessionis y recuperandae possessionis.

a) Los interdictos retinendae possessionis tienen como fin proteger al poseedor contra cualquiera molestia o perturbación, la cual tiene lugar cuando el poseedor esté impedido o molestado en el libre ejercicio de su dominación sobre la cosa, como por ejemplo, cultivar el fundo, edificar, etc. Estos interdictos en el derecho clásico son dos: uti possidetis y útrubi. El primero se refería según el texto edictal a las casas, pero se extendió a cualquier fundo. Se concede al que posee sin violencia, clandestinidad ni precario frente al adversario. El segundo aplicable a los esclavos se extendió luego a todas las cosas muebles; y se concede al que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni precario por más tiempo dentro del año anterior al interdicto y con respecto a su adversario. En este caso se admite la accesión de posesiones. En la época de Justiniano los dos interdictos se unificaron, en el sentido de que ambos se conceden al actual poseedor que tenga una posesión sin violencia, clandestinidad ni precario frente a su adversario.

b) Los interdictos recuperandae possessionis tienen como fin reintegrar en la posesión al que ha sido despojado de ella violentamente. En el derecho clásico también son dos: interdicto de vi e interdicto de vi armata. El primero supone un despojo violento pero sin el uso de las armas y se concede dentro del año para la reintegración al que haya poseído sin violencia,, clandestinidad ni precario frente a su adversario. El segundo supone una violencia grave y se concede siempre para la reintegración, sin límites de tiempo y a cualquier poseedor aunque sea violento, clandestino o precario frente al adversario. Justiniano fundió los dos interdictos en uno solo, concediéndolo, dentro del año, a favor de cualquier poseedor, aunque sea vicioso frente al adversario. Es una notable extensión de la tutela posesoria con la consiguiente eliminación de cualquier residuo de violencia privada, que preludia el principio de derecho canónico "ex-poliatus ante omnia restituendus".

Posesión de derechos.

1. La posesión durante toda la época clásica mira la esfera de las cosas corporales, como resulta de la misma terminología y de la doctrina de la institución, la cual se presenta como una domina-

ción de hecho sobre cosas materiales, análoga a la propiedad. El pretor con una serie de interdictos ha defendido la dominación de hecho sobre cosas corporales, pero ha defendido también el ejercicio de hecho del usufructo y algunas servidumbres contra determinadas perturbaciones.

2. Pero estas últimas tutelas son muy distintas de la tutela de la posesión, como se demuestra por el hecho de que en estos casos existen interdictos especiales, que prevén determinadas hipótesis, mientras que los interdictos posesorios comunes por molestias al ejercicio de una servidumbre se conceden solamente como defensa de la posesión del fundo. En tal caso no se habla de posesión sino de usus. Sin embargo sustancialmente es innegable que esta tutela tiene la misma función que la tutela posesoria: se trata siempre de una defensa del estado actual de hecho, que para nada implica o prejuzga del derecho. Nada pues hay de extraño que el ejercicio de hecho del derecho se tenga como el equivalente de la posesión. Javoleno dice que "usum eius iuris (es decir de la servidumbre) pro traditione possessionis accipiendum esse. Esta analogía y al mismo tiempo esta diferencia es anotada por Gayo el cual habla de interdictos de posesión y de cuasi-posesión y por Javoleno el cual en el texto citado habla de interdictos veluti possessoria. Partiendo de estas analogías y superando toda sutileza de conceptos en época post-clásica y justiniana el usus iuris se identifica con la posesión y Justiniano no vacila en hablar de posesión de las servidumbres y del usufructo. Esta asimilación entre posesión y cuasi posesión fue importante para el desarrollo sucesivo de la doctrina de la posesión y de las acciones posesorias, ya que los intérpretes para la servidumbre y el usufructo pudieron admitir aquella general aplicación de la defensa posesoria de las cosas corporales. No parece que en el derecho romano esa doctrina haya sido aplicada por fuera del caso de las servidumbres y del usufructo.