

DE LAS COSAS Y SU POSESIÓN

(Vd. D. 41.2-10)

¶ 1. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

§ 1. **RES:** En sus orígenes el *ius* consistía en un orden de poderes de carácter personal que se manifestaba a través de actos de fuerza ritualizados formalmente, una de cuyas expresiones eran los actos de apoderamiento de las cosas. De allí se deriva el que uno de los aspectos primordiales del *ius* fuera el de las cosas en cuanto objetos de apoderamiento personal.

La palabra *res* era empleada en latín con la misma amplitud con la cual en la actualidad se utiliza la palabra “cosa”, aunque al *ius* solamente le interesaban las cosas en cuanto podían ingresar a un patrimonio, es decir, en cuanto eran susceptibles de apropiación supuesto que reportaran una utilidad económica, por lo cual modernamente se suele recurrir a la palabra “bienes” para referirse a las cosas desde una perspectiva jurídica.

La totalidad de las cosas que pertenecen a una persona constituyen su patrimonio, dentro del cual no sólo se comprendían las cosas que se tenían en propiedad (*dominium*), sino también los derechos de naturaleza real que se tenían sobre cosas ajenas (“*iura in re aliena*” = *servitus*, *ususfructus*), o de naturaleza personal, además de sus obligaciones.

§ 2. **CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS:** la más plena y absoluta pertenencia de una cosa a una persona constituye el *dominium*, que se identifica con las cosas mismas, y que se manifiesta de manera diferente en atención a la cualidad jurídica de las cosas sobre las que recae.

De esta manera, desde la perspectiva del *dominium* y de la adquisición de las cosas ellas podían encontrarse en calidades jurídicas distintas, por lo cual tenían un tratamiento peculiar en el orden del *ius*, y ello fundamentaba la “clasificación” de las cosas, que los juristas clásicos no realizaron con criterios sistemáticos supuesta su mentalidad ajena a criterios clasificatorios y definatorios, aunque en las *Institutiones* de Gayo se encuentra una clasificación de las cosas que ha tenido una amplia recepción en el desarrollo del derecho occidental.

1) **Res “extra commercium” y res “in commercio”:** si se atiende a la posibilidad de apropiación o adquisición de las cosas había algunas que se hallaban excluidas de la pertenencia personal en dominio (*res quarum commercium non est*) y otras que sí podían ser objeto de apropiación o adquisición (*in commercium*).

1.1) *Res “extra commercium”*: eran las que se hallaban fuera del comercio y respecto de las cuales no era posible el denominado *ius commercii*. En consecuencia, no podían ser objeto de adquisición ni de actos patrimoniales entre vivos o por causa de muerte, dentro de tal condición se hallaban las siguientes:

a) *Res divini iuris*: las que comprendían según el criterio de Gayo (IG.2.3) a las *res sacrae* y a las *res religiosae*.

Las primeras eran aquellas que se habían consagrado a los dioses superiores (IG.2.4), tales como los templos y los altares y cuyo carácter sacro derivaba de haber sido consagradas mediante una ceremonia ritual denominada *consecratio*, que debía ser autorizada por medio de una ley o de un senadoconsulto (IG.2.5).

Las segundas, eran las que se habían destinado al culto de los dioses Manes (IG.2.4), tales como el suelo en el que había sido sepultado el cuerpo de un difunto, en consecuencia eran hechas “religiosas” por un acto de voluntad (IG.2.6).

De esta antigua distinción de las cosas queda un resabio en el artículo 586 del *Código Civil*, en cuanto en él se señala que: “Las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico”, y como corolario de esta regla, en el artículo 1105 del mismo *Código* se declara que no valen “los legados de cosas pertenecientes al culto divino”.

b) *Res Quodammodo divini iuris*: es decir, las cosas en cierto modo de derecho divino que, según Gayo eran las *res sanctae*, tales como los muros y las puertas de las ciudades (IG.2.8), que habían sido puestos bajo la protección de los dioses mediante una ceremonia denominada *inauguratio*.

En las *Institutiones* de Justiniano se incluyó a las *res sanctae* dentro de las que eran de derecho divino (*divini iuris*), de modo tal que estas ahora comprendían tres especies diversas, a saber, las *res sacrae*, las *res religiosae* y las *res sanctae* (I.2.1.7), aunque al definir a estas últimas mantenía la expresión gayana *quodammodo divini iuris* (I.2.1.9).

c) *Res communes omnium*: es decir, cosas que por derecho natural eran comunes a todos, tales como el aire, el agua corriente y el mar y sus costas (D.1.8.2.1), no eran susceptibles de posesión ni de adquisición particular por ninguna persona privada.

Marciano en D. 1.8.2.pr. afirmaba que: “Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural” y en D. 1.8.2.1 agregaba que: “Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas, el aire, el agua corriente y el mar, y consiguientemente las costas del mar”. Andrés Bello en el artículo 585 del *Código Civil* recibía esta misma concepción, pues en el inciso primero de tal disposición se señala que: “Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”.

1.2) **Res in commercio**: eran todas aquellas cosas susceptibles de apropiación y que, por lo tanto, se hallaban dentro del comercio humano, por lo cual eran cosas de derecho humano (*res humani iuris*) (IG.2.2).

Las cosas que se hallaban dentro del comercio humano podían encontrarse actualmente dentro de un patrimonio (*intra patrimonium*), es decir, haber sido ya adquiridas por alguien, o bien hallarse aún en la situación de no haber sido adquiridas, pero poder llegar a serlo (*extra patrimonium*).

Desde esta perspectiva algunos autores interpretan el primer pasaje del libro segundo de las *Institutiones* de Gayo, en el que se decía que en lo que concernía a las cosas: "Las cuales o están en nuestro patrimonio o están consideradas fuera de él" (IG.2.1), de donde las cosas que estaban en nuestro patrimonio (*res quae in nostro patrimonio sunt*) serían aquellas que ya se hallaban dentro de un patrimonio porque habían sido adquiridas y apropiadas por alguien, y las cosas que eran tenidas fuera de nuestro patrimonio (*res quae extra patrimonium habentur*) serían aquellas que aun no habían sido apropiadas y adquiridas por alguien. Esta explicación no es del todo coherente y, más bien, la distinción entre cosas dentro de nuestro patrimonio o tenidas como fuera de él pareciera ser una distinción de Gayo llevada por su tendencia clasificatoria que muchas veces no concordaba con la realidad.

Cosas que se hallaban *in commercio* y que se encontraban en la situación de aún no haber sido apropiadas o adquiridas por alguien eran las siguientes:

a) **Res nullius**: eran estas las "cosas de nadie", es decir, aquellas que desde el momento en que tenían ser carecían de dueño, de las que Gayo decía que eran las que con anterioridad eran de nadie (IG.2.66), dentro de las cuales se consideraban los animales que se capturaban en la tierra (*fera bestiae*), en el mar (*pisces*), y en el cielo (*volucres*) (IG.2.67-68); la isla nacida en el mar (*insula in mare nata*) (D. 41.17.3); las cosas encontradas en la ribera del mar, tales como las perlas o piedras (*res in litore maris inventae*) (D. 41.2.1.1).

A estas cosas de nadie se refiere el *Código Civil* en sede de ocupación, porque precisamente define a este modo de adquirir el dominio en su artículo 606 de la siguiente manera: "Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional", y como corolario suyo, en el artículo 624 describe el modo específico de ocupación denominado "invención o hallazgo" en cuanto: "Una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella", precisándose en el inciso segundo que: "De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras substancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior".

b) **Res hostiles**: esto es, las cosas del enemigo (IG.2.69), pues ellas aunque habían pertenecido precisamente al enemigo, eran consideradas como de nadie, en cuanto los *hostes* eran considerados como fuera del orbe y su derecho era desconocido.

c) **Res derelictae**: eran estas las cosas que habían sido abandonadas por sus dueños y, así al instante dejaban de ser de ellos (Ulpiano, D. 41.7.2.1), sin que fueran posible cometer hurto respecto de ellas (Ulpiano, D. 47.2.43.5).

A estas cosas se refiere el artículo 624 del *Código Civil* en su inciso tercero, para declarar que se adquieren por una especie de ocupación: "Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño

como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante”. El ejemplo de las monedas arrojadas lo traía Pomponio en sus *Comentarios a Sabino*, D. 41.7.5.1: “Lo que uno hubiere tenido como abandonado se hace mío inmediatamente, como cuando uno hubiere tirado dinero o dejado ir las aves; porque aunque hubiere querido que éstas fueren de persona incierta, se harían, sin embargo, de aquella a quien la casualidad las llevare; y se entiende que cuando alguno tuviera cosas como abandonadas quiso al mismo tiempo que se hicieran de otro”.

d) *Res sine domino*: es decir, las cosas que no tenían dueño, tales como las que formaban parte de una herencia yacente (D. 9.2.13.2).

2) ***Res publicae* y *res privatae***: aquellas cosas que ya habían sido apropiadas podían ser públicas (*res publicae*) o privadas (*res privatae*) (IG.2.10).

2.1) ***Res publicae***: eran las que pertenecían al pueblo romano (IG.2.11), dentro de las cuales los juristas distinguían diversas especies en consideración a la protección que podían tener mediante interdictos, y tales eran:

a) Las que, perteneciendo al pueblo romano, estaban destinadas, mediante un edicto especial llamado *publicatio*, al uso público (*quae publico usui destinatae sunt*), tales como las vías públicas o calles, los puentes, foros, plazas, teatros, baños y termas (D. 18.1.6.pr).

En sentido similar los primeros incisos del artículo 589 del *Código Civil*: “Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda” y “Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”.

b) Las que por derecho de gentes eran de uso público, como el mar y sus costas (D. 1.8.4.pr.).

c) Los ríos perennes (*flumina perennia*), es decir, aquellos que fluían de manera permanente.

d) Las que se hallaban dentro del patrimonio del pueblo, y cuyo uso no era público, pues el pueblo se comportaba respecto de ellas como un dueño de derecho privado, por ejemplo, el suelo público (*ager publicus*), los esclavos públicos (*servi publici*).

2.2) ***Res privatae***: eran aquellas que pertenecían a cada hombre en singular (IG.2.11), vale decir, todas aquellas que no se encontraban en alguna de las especies de *res publicae*.

3) ***Res Mancipi* y *Res Nec Mancipi***: era esta una de las distinciones más propias del derecho romano, y así Gayo decía que la diferencia entre ellas era considerable (IG.2.18).

3.1) ***Res Mancipi***: eran aquellas cuyo dominio solamente podía ser adquirido por medio de actos formales o solemnes de adquisición, tales como la *mancipatio* y la *in iure cessio* (IG.2.22).

Durante la época clásica las *res Mancipi* constituían un número cerrado y determinado de cosas y eran estas las siguientes:

a) Fundos en suelo itálico (*fundi Italici*) y los edificios construidos en ellos (IG.2.14a).

b) Los esclavos (IG.2.14a).

c) Los animales que se suelen domar por el cuello o por el lomo (*quae collo dorsove domari solent*) como por ejemplo los bueyes, los caballos, las mulas y los asnos (IG.2.14a).

A propósito de ellos Gayo señalaba que se había discutido por los juristas acerca de si estos animales debían ser considerados *res Mancipi* desde su nacimiento o desde el momento en el que eran domados, y expresaba que los juristas de "su escuela", es decir, los Sabinianos, sostenían que lo eran desde su nacimiento, y que, en cambio, Nerva y Próculo y sus seguidores opinaban que sólo lo eran después de haber sido domados, y que si se mostraban díscolos para su adiestramiento, sólo serían *Mancipi* cuando hubieran alcanzado la edad en la que solían ser domados (IG.2.15).

d) Las servidumbres de los predios rústicos en suelo itálico (IG.2.14a).

3.2) **Res Nec Mancipi**: eran aquellas cuyo dominio podía ser adquirido mediante la simple tradición (*traditio*) (IG.2.19).

Gayo (IG.2.20) señalaba como ejemplo el siguiente: "Así, si a ti te hago tradición de un vestido, o de oro, o de plata, sea a título de venta o de donación o por cualquier otra causa, la cosa es inmediatamente tuya, siempre y cuando que yo sea el dueño de ella".

De esta manera, eran *res nec Mancipi* todas las que no quedaban comprendidas dentro de las *res Mancipi*.

Entre ellas se mencionaban la generalidad de las cosas incorpóreas como las servidumbres de los predios urbanos (IG.2.17); los predios estipendiarios y tributarios (IG.II.14a), los primeros eran, a juicio de Gayo, los que estaban en las provincias pertenecientes al *populus Romanus*, y los segundos aquellos que se hallaban en las provincias tenidas por pertenecientes al César (IG.2.21); las bestias feroces, como por ejemplo los osos, los leones, y los animales asimilados a ellos, como los elefantes y los camellos (IG.2.15).

4) **Res "Immobiles" y Res "Mobiles"**: esta distinción atendía a si la cosa podía desplazarse o no, sobre la base de la inamovilidad del suelo.

4.1) **Res Immobiles**: bienes inmuebles, llamados clásicamente *res fundi, praedium, ager*, eran simplemente los bienes raíces y sus construcciones (*aedes, villae*), en cuanto suelo que no podía desplazarse de un sitio a otro.

Las voces *fundus* y *praedium* eran denominaciones de carácter general, y ellos podían ser Itálicos o Provinciales. Sólo sobre los primeros existía dominio civil, no así sobre los provinciales que eran considerados *ager publicus*. Fundos rústicos eran aquellos ubicados en el campo, y urbanos los situados en la ciudad. Los fundos rústicos podían ser *agri arcifinii* si sus deslindes estaban fijados solamente por accidentes naturales; o *agri limitati*, si sus límites habían sido señalados por una parcelación oficial (*limitatio*).

En el artículo 586 del *Código Civil* se recibe este género de bienes: “Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles”, precisándose en el inciso 2 que: “Las casas y heredades se llaman predios o fundos”.

4.2) **Res Muebles:** cosas muebles eran aquellas que podían desplazarse de un lugar a otro. En tal categoría entraban aquellos seres vivos que se movían por sí solos (semovientes), y las cosas inanimadas.

La distinción entre los bienes raíces y las cosas muebles tenía importancia respecto de muchas instituciones, tales como la posesión, la usucapión, el hurto, etc. La distinción de las muebles en semovientes e inanimadas tenía alguna importancia en relación con el mantenimiento de la posesión civil (D. 41.2.3.13).

En el inciso 1 del artículo 567 del *Código Civil* se recibe esta categoría: “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

5) Cosas Consumibles y Cosas No Consumibles: esta distinción se basaba en el hecho de si el primer uso de la cosa conforme a su naturaleza las destruía o no.

5.1. **Cosas Consumibles:** eran aquellas cuyo primer uso adecuado a su naturaleza las destruía.

Las cosas pueden ser física o jurídicamente consumibles.

Las física o materialmente consumibles son aquellas cuyo primer uso adecuado a su naturaleza las destruye y, en consecuencia, las vuelve ineptas para un nuevo uso, tales como los alimentos.

El *Código Civil*, en una disposición de difícil lectura, reconoce este género de cosas, aunque bajo la denominación de “cosas fungibles”. En efecto, en el inciso 1 del artículo 575 señala que: “Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles”, y en el inciso 2 que: “A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”.

Las cosas son jurídicamente consumibles cuando están destinadas de un modo permanente a su enajenación, de tal manera que su uso las hace salir del patrimonio de quien las tenía, tales como el dinero.

También el *Código Civil*, bajo la denominación de “fungibles”, reconoce esta categoría de cosas jurídicamente consumibles, pues en el inciso 3 de su artículo 575 se señala que: “Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

5.2. **Cosas Inconsumibles:** eran aquellas cuyo primer uso adecuado a su naturaleza no las destruía material ni jurídicamente y, por lo tanto, podían ser usadas de nuevo.

A ellas se refiere expresamente el *Código Civil* en sede de arrendamiento de cosas, concretamente en el inciso 1 de su artículo 1916, donde se expresa que: “Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso”.

6) **Cosas Fungibles y Cosas No Fungibles:** esta distinción atendía a la mayor o menor identificabilidad de la cosa, de la cual dependía el que en un negocio concreto pudieran o no ser substituidas por otras.

6.1. **Cosas fungibles:** son aquellas que se identifican, no por su individualidad, sino por su género y cantidad, vale decir, aquellas que se pesan, cuentan, o miden (*quae pondere numero mensurave sunt*).V. gr. un esclavo.

El *Código Civil*, con mucha propiedad, se refiere a este género de cosas en los artículos: 764, 775, 777 inciso 4, 789, 1112, 1575 inciso 3, 1656 N° 1, 1725 N° 4, 1739 inciso 1, 1808 inciso final, 2084 inciso 3, 2153, 2196, 2198, 2205, 2221, 2228 y 2300, sin perjuicio de lo dicho a propósito del artículo 575.

6.2. **Cosas no fungibles:** son aquellas que se identifican por su individualidad, y por ende, no pueden ser substituidas, unas por otras. V. gr. el esclavo Pánfilo.

En la medida en que en un negocio jurídico se identifique una cosa por su género, número, peso o medida, se dice que es una cosa genérica, y si se la identifica por su individualidad, se dice que es una cosa específica.

La voluntad de las partes puede hacer que se considere como específica una cosa que naturalmente es fungible, por ejemplo, el dinero contenido dentro de cierto cofre.

7) **Cosas principales y cosas accesorias,** era esta una distinción que atendía a la función o finalidad a la cual estaba destinado el todo.

7.1. **Cosas principales:** eran aquellas que individualmente cumplían la función a que estaba destinado el todo.

7.2. **Cosas accesorias:** eran las cosas que auxiliaban la función a que estaba dirigido el todo, o que aumentaban su valor. Por ejemplo los adornos son accesorios respecto de los objetos en lo que se ponen.

Respecto de esta distinción se aplicaba la regla conforme a la cual “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

En el *Código Civil* la distinción entre cosas principales y cosas accesorias aparece tratada, especialmente, en sede de adjunción, concretamente en los artículos comprendidos entre el 658 a 661.

8) **Cosas divisibles y cosas indivisibles:**

8.1. **Cosas divisibles:** son divisibles aquellas cosas que podían parcelarse conservando un valor proporcional al que tenía el todo, como por ejemplo las tierras.

8.2. Cosas indivisibles: son aquellas que por el hecho de dividir las se destruyen.

La divisibilidad o indivisibilidad está tratada en el *Código Civil* a propósito de las prestaciones de las obligaciones, pues en tal sede reviste importancia esta distinción. Así reza el inciso 1 del artículo 1524 que: “La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota”, y ejemplifica en el inciso 2: “Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible”.

9) Cosas corporales y cosas incorporeales: esta distinción aparecía en las *Instituciones* de Gayo (2.12).

9.1. Cosas corporales: Gayo (IG. 2.13) decía que eran corporales aquellas que podían ser tocadas (*sunt quae tangit possunt*), como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas.

Andrés Bello, a diferencia de otros codificadores del siglo XIX, asumió esta clasificación gayana y, más aún, la situó como pósito del Libro II del *Código Civil*, pues el inciso 1 del artículo 565 señala que: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales”, precisándose en el inciso 2 que: “Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”.

9.2. Cosas incorporeales: eran en concepto de Gayo (IG. 2.13) cosas incorporeales las que no podían ser tocadas (*sunt quae tangit non possunt*) y cuya existencia arrancaba del derecho, tales como una herencia, un usufructo, las obligaciones de cualquier modo contraídas. Contándose también dentro de ellas las servidumbres rústicas y urbanas.

En el inciso 3 del artículo 565 del *Código Civil* se lee que son cosas: “Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”, y en el artículo 576 se precisa que: “Las cosas incorporeales son derechos reales o personales”. Los primeros, al tenor del artículo 577 inciso 1: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, y los segundos, de acuerdo con el artículo 578: “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como las que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

10) Cosas simples y cosas compuestas.

10.1. Cosas simples: eran aquellas que contenían un solo espíritu, como una oveja o un libro.

10.2. Cosas compuestas: eran las que sin perder su identidad componían conjuntos (*universitates rerum*), tales como un rebaño, o una biblioteca.

Las cosas compuestas podían ser consideradas como una unidad en un negocio jurídico concreto.

Ejemplo de este “género de cosas” puede verse en el artículo 788 del *Código Civil*, a propósito de las obligaciones del usufructuario de ganados o rebaños.

§ 3. **POSSESSIO Y DOMINIUM**: se ha dicho que el *dominium* se identificaba en el derecho romano con la cosa misma, en cuanto ella pertenecía a alguien, y que tal situación era amparada por el *ius civile* mediante una acción *in rem*, la *reivindicatio*.

El contenido del *dominium* acabó por precisarse mediante la expresión legal *uti frui habere possidere*, cuyos tres primeros términos hacían referencia a las diversas modalidades de aprovechamiento de las cosas, esto es, al uso, al disfrute, y a la disposición y, por su parte, la expresión *possidere* indicaba la defensa de la tenencia de hecho de la cosa por medio de interdictos.

Los juristas romanos precisaban expresamente que nada de común tenía la posesión con el dominio (D. 41.2.12.1), y ello era así porque la *possessio* era entendida como un hecho, y en este sentido Paulo afirmaba que era ella “una cosa de hecho (*res facti*)” (D. 41.2.1.3) y Ulpiano que ella “era un hecho (*est enim facti*)” (D. 41.2.29).

La *possessio* no era un concepto unitario en el derecho romano, pues se distinguían con toda claridad una *possessio* pretoria y una *possessio civilis*, a las cuales debía agregarse una *possessio naturalis*.

a) *Etimología*: etimológicamente la voz *possidere* contenía la palabra *sedere*, esto es, “asentarse”, y aunque la partícula *pos* es de significado dudoso, el sentido de *possidere* no podía ser más que el de asentarse en una cosa, y de allí que la voz *possessio* signifique simplemente “asentamiento”, y a su vez, *possessor* era la persona asentada en una cosa, pues históricamente estos términos sólo se aplicaban respecto de los bienes inmuebles.

Paulo en el libro XLIV de su comentario *ad Edictum* escribía que: “Como dice Labeón, la posesión fue llamada así de ‘sede’, como ‘posición’, porque naturalmente es tenida por quien está en ella” (D. 41.2.1.pr.).

b) *Jurídicamente*: la expresión *possessio* comenzó a ser utilizada en el lenguaje jurídico para designar: a) la tenencia material de los inmuebles amparada por interdictos (*possessio ad interdicta* o “*praetoria*”); b) y de esta concepción históricamente originaria derivó la noción de *possessio civilis* en cuanto la tenencia de bienes inmuebles o muebles por parte de su dueño; c) para luego emplearse también la denominación de *possessio naturalis* para hacer referencia a la simple tenencia de hecho de una cosa sin protección interdictal.

Sobre la base anterior, genéricamente se puede señalar que la palabra *possessio* designaba un poder físico sobre una cosa corporal, de tal manera que *possessor* era la persona que tenía la disponibilidad física de la cosa corporal, con independencia del derecho a poseerla.

Por todo lo anterior, la *possessio* se presentaba siempre como una situación de hecho.

¶ 2.1. DE LA ‘POSESIÓN PRETORIA’ O *POSSESSIO AD INTERDICTA*

§ 4. En términos generales la ‘posesión pretoria’ o posesión interdictal era la que se encontraba amparada por interdictos, es decir, era la tenencia de una cosa que podía ser defendida mediante interdictos posesorios.

Esta *possessio* era la originariamente considerada por los juristas, pues estrictamente hacía referencia a una especie de asentamiento de un particular en suelo público (*ager publicus*), pues respecto de él no era posible adquirir el *dominium* privado. Supuesto lo anterior el pretor amparaba a quien se hallaba así asentado en el *ager publicus* mediante un interdicto de carácter prohibitorio denominado *uti possidetis*, único en cuya fórmula expresamente se empleaba la expresión *possidere*.

Sobre dicha base los juristas acabaron por extender la utilización de la palabra *possessio* a los bienes muebles, y se produjo un amplio desarrollo de la defensa mediante interdictos de una serie de situaciones de hecho semejantes a la de la persona asentada en una parcela del *ager publicus*, de tal manera, en época clásica, la protección interdictal con carácter prohibitorio abarcaba a los inmuebles (*uti possidetis*) y a los muebles (*utrubi*) cuya tenencia detentaba:

- a) Quien se presentaba como dueño, aunque luego se probare que no lo era.
- b) El vectigalista.
- c) El acreedor prendario.
- d) El secuestratario, es decir, el depositario sujeto a devolución en el cumplimiento de cierto evento futuro.
- e) El precarista, en ciertos casos.

La personas señaladas eran “poseedores interdictales” o “poseedores pretorios” en la medida en la cual retenían una cosa con independencia amparados por interdictos.

§ 5. **INTERDICTOS POSESORIOS:** eran aquellos interdictos mediante los cuales se defendía o amparaba la posesión frente a cualquier agresión, de modo que el estudio de esta especie de posesión, no es más que el estudio de tales interdictos.

Los *interdicta*, en general, eran actos fundados en el imperio del magistrado, que no resolvían directamente una controversia, sino que simplemente contenían un supuesto de hecho y una prohibición u orden del magistrado, dirigida a ambas partes o a una de ellas.

En términos generales, Gayo (IG. 4.140 y 4.142) señalaba que la principal distinción de los interdictos era entre: a) prohibitorios; b) restitutorios y; c) exhibitorios.

- a) Los interdictos “prohibitorios” eran aquellos en virtud de los cuales se prohibía o impedía realizar alguna cosa, v. gr. ejercer violencia contra quien posee sin vicios (D.43.17(16).1).
- b) Los interdictos “restitutorios” eran aquellos que mandaban restituir alguna cosa, v. gr. restituir en la posesión a aquel que había sido despojado con violencia (D.43.16.(15).1.pr).
- c) Los interdictos “exhibitorios” eran los que ordenaban exhibir alguna cosa, v. gr. el que mandaba al padre exhibir a los *liberi* que se hallaban *in potestate* (D. 43.30.(19).1.pr.).

En materia posesoria sólo se daban interdictos prohibitorios o restitutorios, cuyas finalidades eran retener la posesión o recuperar la posesión perdida, de lo cual resultaba usual hablar de interdictos “*retinendae possessionis*” y de interdictos “*reciperandae possessionis*”, y así Pedio, citado por Ulpiano, afirmaba que: “Toda controversia sobre la posesión se refiere o a que se nos restituya lo que no poseemos, o a que nos sea lícito retener lo que poseemos” (Ulpiano, D. 43.17.4)

Gayo (IG. 4.143), movido por sus afanes didácticos y escolásticos, introducía una división tripartita de los interdictos posesorios, pues señalaba que los interdictos podían ser acordados: a) por causa de adquirir la posesión (*adipiscendae possessionis causa*); b) por causa de retener la posesión (*retinendae possessionis causa*) y; c) por causa de recuperar la posesión (*reciperandae possessionis causa*). Señalaba Gayo (IG. 4.144) como ejemplo de los interdictos que se daban por causa de adquirir la posesión (*adipiscendae possessionis causa*) el que se daba al *bonorum possessor* cuyas palabras iniciales eran: *Quorum bonorum*.

Esta tripartición ni es propiamente clásica, ni es exacta, pues los que Gayo señala como interdictos para adquirir la posesión (*adipiscendae possessionis causa*) no son interdictos que protejan la posesión, supuesto que su finalidad es procurar o conseguir la posesión.

Los interdictos además podían ser dobles (*duplicitia*) o simples (*simplicitia*), en atención a si en ellos ambas partes actuaban como demandante y demandado a la vez, lo cual dependía de si el orden del pretor se dirigía a ambos o a uno sólo de ellos (IG. 4.156-161).

De esta manera los interdictos que amparaban la posesión eran los siguientes: a) *uti possidetis*; b) *utrubi*; c) *Unde vi*; d) *Unde vi armata*; e) *Quod precarium*.

a) Interdicto *Uti possidetis*: la fórmula de este interdicto recogida en el *Edicto Perpetuo* de Adriano era la siguiente:

“Prohibo que se use de la fuerza para impedir a aquel de vosotros dos que al presente esté en posesión de las casas de que se trata, sin violencia, clandestinidad ni precario, que la posea como al presente la posee”.

Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

De acuerdo con la citada fórmula este interdicto presentaba las siguientes características:

i) Era un interdicto que solamente amparaba la posesión de bienes inmuebles (*aedes*), pues como explicaba Ulpiano: “este interdicto fue escrito respecto al poseedor del suelo, a quien el pretor tenía como preferente en la posesión del suelo” (D. 43.17.1.1), y se daba en favor no sólo de quien poseía todo el fundo, sino también en pro de quien poseía una cierta parte (*pro certa parte*) o *pro indiviso* (Ulpiano, D. 43.17.1.7).

ii) Era un interdicto prohibitorio (*vim fieri veto*) para retener la posesión del inmueble (*Uti nunc eas aedes...ab altero possidetis*) (Ulpiano, D. 43.17.1.1), ya que precisamente se da el

interdicto para retener la posesión y que no se le haga violencia al que posee (Ulpiano, D. 43.17.1.4).

Eventualmente este interdicto podía servir para recuperar la posesión perdida (*reciperandae possessionis*), supuesto que como quien poseía con violencia, clandestinidad o precario no podía prevalecer respecto de aquel en contra del cual eran poseedores injustos, si era éste quien les perturbaba en la posesión, no triunfarían en el procedimiento interdicial ya que su posesión no sería considerada debido a que estaba afectada por alguno de los vicios, y así recuperaría la posesión.

iii) Era un interdicto de los considerados “dobles” (*duplicia*), esto es, el pretor dirigía la orden a ambas partes (Ulpiano, D. 43.17.3.1).

iv) La fórmula del interdicto contenía la “cláusula de posesión viciosa”, es decir, solamente podía vencer en este interdicto quien no era poseedor violento, clandestino, ni precarista, respecto de su contraparte (*nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero*).

iv.i) Escribía Ulpiano que se había de definir que poseía con violencia el que, una vez expulsado el antiguo poseedor, obtenía la posesión adquirida por violencia, o el que venía dispuesto y preparado de modo que se auxiliara, contra las buenas costumbres, para que al entrar en la posesión no se le pudiera impedir (D. 43.16.1.28).

Recibe el *Código Civil* a la violencia como “Vicio” de la posesión en su artículo 709, y dice de ella en el inciso 1 del artículo 710 que: “Posesión violenta es la que se adquiere por fuerza”, con la precisión de su inciso 2: “La fuerza puede ser actual o inminente”.

iv.ii) Poseía clandestinamente, como explicaba Ulpiano, quien ingresaba furtivamente en posesión, ignorándolo aquel que él sospechaba que le había de mover controversia y que él temía que se la promoviese (D. 41.2.6.pr.), de manera tal que el momento que definía la clandestinidad era el del ingreso a la posesión, es decir, el del nacimiento de ella, pues como afirmaba Pomponio, adquiría clandestinamente la posesión aquel que, temiendo una futura controversia, ingresaba furtivamente en posesión, ignorándolo aquel a quien temía, de modo que, decía Ulpiano, debía investigarse no la razón de haber obtenido la posesión, sino el origen de haberla alcanzado (D. 41.2.6.pr.).

¿En que calidad posee aquel que, no poseyendo clandestinamente, se oculta para no ser descubierto como poseedor? (D. 41.2.6.pr.).

Reconoce el *Código Civil* a la clandestinidad como un “vicio” de la posesión en su artículo 709, y la define en su artículo 713: “Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella”.

iv.iii) El ya citado Ulpiano decía que era precario lo que al que lo pide con ruegos (*quod precibus petenti*) se le concede para que lo use en tanto que lo consiente el que se lo concedió (D. 43.26.1.pr), pues quien concedía en precario entregaba como si hubiera de recobrar tan pronto como le pluguere extinguir el precario (D. 43.26.1.2), y de esta manera se consideraba que tenía en precario aquel que había alcanzado la posesión de una cosa corporal o de un derecho, por la sola causa de haber dirigido súplicas y haber impetrado que le fuera permitido poseer o usar (D. 43.26.2.3).

En este sentido el inciso 2 del artículo 2195 del *Código Civil* señala que: “Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

La cláusula de poseer *nec vi, nec clam, nec precario* era relativa, en la medida que únicamente se consideraba respecto de la otra parte (*ab altero*), de tal manera que sólo importaba cuando

se había adquirido la posesión respecto de la contraparte por medio de violencia, clandestinamente, o en precario, y a este poseedor vicioso se le daba el nombre de *iniustus possessor*.

Así Venuleyo podía afirmar que contra los extraños suele aprovechar la posesión viciosa (D. 43.2.53) y por ello, por ejemplo, quien poseía un fundo como precarista podía recurrir al interdicto *Uti possidetis* en contra de cualquiera que le perturbare, salvo en contra de aquel que le había concedido el fundo, precisamente porque sólo respecto de él era *iniustus possessor*, en cuanto poseía como precarista (D. 43.26.17).

v) Como consecuencia de todo lo anterior, prevalecía en este interdicto aquella parte que estaba en posesión libre de vicios respecto de la otra, de quien se quejaba que le embarazaba o perturbaba para que continuara en posesión de la cosa.

b) Interdicto *Utrubi*: la fórmula de este interdicto era la siguiente según el *Edicto Perpetuo*:

“Prohibo que se impida por la violencia que el esclavo del cual se trata, sea llevado por quien lo tuvo durante la mayor parte de este año sin violencia, clandestinidad ni precario”.
Utrubi hic homo quo de agitur maiore parte huiusce anni nec vi, nec clam, nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat vim fieri veto. (Véase en este párrafo apartado v).

Las características de este interdicto, conforme a su fórmula, eran las siguientes:

i) Sólo amparaba la posesión de los bienes muebles (*homo*) (D. 43.31.1)

ii) Era un interdicto prohibitorio (*vim fieri veto*) para retener la posesión del bien mueble. Eventualmente este interdicto podía servir para recuperar la posesión perdida (*reciperandae possessionis*).

iii) Era un interdicto de los considerados “dobles” (*duplex*), esto es, el pretor dirigía la orden a ambas partes.

iv) En este interdicto prevalecía aquel de los dos que hubiera estado en posesión de la cosa por más tiempo durante el último año. Para el cálculo del tiempo cada una de las partes podía unir al que llevaba de posesión el tiempo de posesión de su predecesor, por ejemplo, la de aquel a quien había comprado la cosa (*Accessio temporis*).

En el *Código Civil* esta regla se recibe en el artículo 717, y con expresa referencia a las acciones posesorias en el artículo 920 inciso final, naturalmente extendidas en sede de prescripción adquisitiva de acuerdo con sus artículos 2500 y 2501.

v) En la reconstrucción de la fórmula de este interdicto realizada por Lenel en su *Palingenesia* del *Edicto Perpetuo*, se incluía la “cláusula de posesión viciosa”, pero en el *Digesto* (D. 43.31.1.pr.) no se la incluía, ni menos en Gayo (IG. 4.160), aunque él mismo en otro pasaje (IG.

4.150) mencionaba una excepción de posesión viciosa semejante a la del interdicto *uti possidetis*, y lo mismo se observaba en las *Pauli Sententiae* (5.6.1). D’Ors considera que es improbable que se incluyera la cláusula *nec vi, nec clam, nec precario*, supuesto que en la fórmula no se mencionaba la palabra *possidere*, y últimamente Guzmán Brito trae la fórmula con la cláusula.

La fórmula conservada en el *Digesto* (D. 43.31.1.pr.) era la siguiente: *Utrubi hic homo quo de agitur maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat vim fieri veto*. En términos semejantes Gayo (IG. 4.160) daba como fórmula de este interdicto la siguiente: *Utrubi hic homo de quo agitur maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*. Con referencia a la presencia de la cláusula *nec vi, nec clam, nec precario* Gayo al explicar el interdicto respecto de cosas muebles (IG. 4.150) escribía: *si vero de re mobili, eum potioem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possiderit*, y al tratar de la *accessio temporis* en el interdicto *utrubi* (IG. 4.151) volvía a hacer esta mención: *Sed in UTRUBI interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius quam iustum est ei accedere...Sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam precario ab adversario adquisitam, non datur accessio*. En el mismo sentido las *Pauli Sententiae* (5.6.1) al tratar del interdicto *utrubi* decían: *Et in altero vero potior est, qui redditus interdicti tempore nec vi nec clam nec precario possedit*.

c) Interdicto *Unde vi*: la fórmula de este interdicto según el *Edicto Perpetuo* era la siguiente:

“Restituirás a aquel en el lugar y en las cosas que tenía de donde tú o tus esclavos o tu procurador en el transcurso de este año le habéis expulsado, supuesto que aquel poseía respecto de ti sin violencia, clandestinidad ni precario”.

Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia aut procurator tuo tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Las características de este interdicto según la precitada fórmula eran las siguientes:

i) Era un interdicto restitutorio (*restituas*), y por ello mediante él se podía recuperar la posesión perdida (*recuperandae possessionis*) respecto de los bienes inmuebles, puesto que: “Se propone este interdicto para el que fue expulsado a la fuerza; porque fue muy justo auxiliar al expulsado a la fuerza, y por ello se propone este interdicto para recuperar la posesión” (Ulpiano, D. 43.16.1.1), precisándose, pues, que “este interdicto no se refiere a toda violencia, sino a los que son expulsados de la posesión” (Ulpiano, D. 43.16.1.3), y no se considera expulsado más que aquel que posee (D. 43.16.1.23)..

Este interdicto se refería únicamente a los que eran expulsados del suelo, por ejemplo de un fundo o de un edificio (D. 43.16.1.3), y así también comprendía a quienes eran expulsados de una cosa adherida al suelo (D. 43.16.1.4), como por ejemplo de una casa de madera (D. 43.16.1.8), como también no podía dudarse que este interdicto procedía respecto de las cosas que hubiera en el fundo o en el edificio del cual el poseedor había sido expulsado (D. 43.16.1.6).

Por lo anterior, era claro, que no procedía este interdicto respecto de los bienes muebles, porque en dicho caso competía la *actio furti* o la *de vi bonorum raptorum*, o la *ad exhibendum* (D. 43.16.1.6).

Naturalmente también competía este interdicto en favor de aquel que poseía por medio de otros, de modo que si un esclavo, un procurador o un colono eran expulsados, procedía el interdicto en favor de aquel en cuyo nombre poseían, incluso aunque éste ignorara que habían sido expulsados (D. 43.16.1.22), y lo mismo podía

decirse del colono de un colono o del inquilino de un inquilino (D. 43.16.20), regla ésta que es recibida en el artículo 712 del *Código Civil*.

ii) Era de carácter simple, porque la fórmula interdictal se dirigía sólo a una de las partes.

iii) Este interdicto se concedía en favor de aquel que había sido expulsado (*deiectum*) por medio de la violencia (*vi expulsum*).

Escribía Ulpiano que se había de definir que poseía con violencia el que, una vez expulsado el antiguo poseedor, obtenía la posesión adquirida por violencia, o el que venía dispuesto y preparado de modo que se auxiliara, contra las buenas costumbres, para que al entrar en la posesión no se le pudiera impedir (D. 43.16.1.28).

Se discutía si debía tratarse sólo de violencia corporal o si también de la 'intimidación'. Labeón opinaba que se consideraba que era expulsado aquel que hubiera huido aterrado por miedo a una turba, pero Pomponio decía que no tenía lugar la violencia sin violencia corporal, y Ulpiano estimaba que debía considerarse que fue expulsado por la fuerza aquel que huía al dirigirse otros en su contra si estos ocupaban por la fuerza la posesión (D. 43.16.1.29)

iv) La violencia reprimida por este interdicto era la ejercida por el demandado o por su *familia* o por su procurador (*tu illum vi deiecisti aut familia aut procurator tuo tua deiecit*).

- a) La fórmula interdictal decía "tú expulsaste" (*tu deiecisti*), y ello era así porque con la palabra "expulsaste" se hacía referencia solamente a la persona de quien expulsó (D. 43.16.11).
- b) Supuesto lo anterior fue necesario incluir la expresión "o expulsó tu familia" (*aut familia deiecit*) (D. 43.16.1.11) y con ella se comprendía a sus esclavos (D. 43.16.1.16) y a quienes se tenía en lugar de esclavos (D. 43.16.1.18).
- c) Pero también se consideró que expulsaba aquel que había mandado u ordenado que alguien fuera expulsado, porque poco importaba que alguien expulsara por su propia mano o por medio de otro (D. 43.16.1.12), pero en este supuesto debía distinguirse, según la opinión de Sabino: i) si quien había expulsado era el verdadero procurador, en cuyo caso el interdicto se podía ejercitar en contra del procurador o de su 'procurado', y el uno se eximía por el otro, pero sólo después de haber pagado la estimación de la causa y; ii) si quien había expulsado era un 'falso procurador', naturalmente el interdicto sólo procedía contra éste y no contra el principal (D. 43.16.1.13), a menos que este último hubiera ratificado el hecho de haber expulsado, pues se estimaba que tal ratificación se comparaba con el mandato (D. 43.16.1.14).

El *Código Civil* recibe esta regla en el inciso 2 de su artículo 712.

v) La fórmula de este interdicto contenía la "cláusula de posesión viciosa", por lo tanto para prevalecer en él, quien lo entablaba no debía ser poseedor violento, clandestino o precarista respecto de la otra parte.

Así, si alguien poseía con violencia respecto de otro podía recurrir al interdicto si era expulsado por un tercero (D. 43.16.1.30).

vi) La orden interdictal era: "restituirás allí y las cosas que tuvo allí entonces", de tal manera, el poseedor expulsado debía recuperar la posesión perdida del inmueble y cualquier daño que

hubiera experimentado por el hecho de haber sido expulsado (D. 43.16.1.31), comprendiéndose en la restitución los frutos (D. 43.16.1.40) y los demás provechos o utilidades (D. 43.1.16.41).

- a) La expresión “y las cosas que tuvo” se entendía que comprendía todas las cosas y no sólo las que eran propias del expulsado, y así también comprendía las que detentaba como poseedor natural, por ejemplo las cosas depositadas, o entregadas en como dato o en prenda, o en arrendamiento (D. 43.16.1.33).
- b) La palabra “entonces” precisaba que se traba de las cosas que allí había “entonces”, es decir, en el momento de la expulsión, por lo tanto también comprendía a las que hubieran dejado de estar después de la expulsión, como por ejemplo si hubieran muerto los esclavos o el ganado que allí estuvo (D. 43.16.1.34).
- c) La palabra “allí” impedía que alguno quisiera comprender bajo el interdicto aquellas cosas que no tuvo “allí” (D. 43.16.1.37), entendiéndose que ella significaba no el rincón concreto en el cual se encontraba, sino a toda la posesión de la que había sido expulsado (D. 43.1.16.38).
- d) En cuanto a los frutos, quedaban comprendidos en el interdicto todos los que se hubieren generado desde el día de la expulsión, tanto los producidos por el inmueble como por las cosas muebles que había en él (D. 43.16.1.40).

vii) Una vez transcurrido el año de la *deiectio* el poseedor afectado por ella sólo podían contar con acciones *in factum* que se daban solamente por el enriquecimiento, y que también podían dirigirse contra los herederos de quien había expulsado (D. 43.16.1.48).

d) Interdicto *De vi armata*: la fórmula de este interdicto era la siguiente:

“En el lugar de donde tú, con violencia de una banda de hombres armados, expulsaste o tus esclavos o tu procurador expulsaron a aquel y en toda las cosas que ahí tenía, lo restituirás”.

Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua aut procurator tuo diecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Las características de este interdicto de acuerdo a la fórmula transcrita eran los siguientes:

- i) Amparaba al poseedor de bienes inmuebles.
- ii) Era un remedio posesorio destinado a recuperar la posesión y era restitutorio de carácter simple.
- iii) Se podía recurrir a él en aquellos casos en los cuales el poseedor de un inmueble había sido expulsado con violencia de hombres armados.

La expresión expulsado por la fuerza de las armas se entendía en relación con la palabra “armas”, que eran todas las cosas arrojadas, esto es, también los palos y las piedras, y no sólo las espadas, lanzas y frámeas (D. 43.16.2.2), bastando con que fueren armados, pues también se entendía expulsado por la fuerza de las armas el poseedor que huía atemorizado frente a aquellos que iban armados en su contra, “porque basta el terror de las armas para que se considere que expulsaron por la fuerza de las armas” (D. 43.16.2.5), entendiéndose también que expulsaban por la fuerza de las armas aquellos que originariamente habían llegado

sin armas, pero durante la lucha por desposeer tomaron palos o piedras (D. 43.16.2.4); y lo mismo se entendía cuando aquellos que sin armas habían invadido la posesión impedían armados que el poseedor ingresara a su fundo (D. 43.16.2.8).

iv) Carecía de la “cláusula de posesión viciosa”, por lo tanto incluso podía recurrir a él el precarista que hubiera sufrido una expulsión con violencia armada.

Así si alguien había sido expulsado con la fuerza de las armas, en virtud de este interdicto recuperaba el fundo y las cosas muebles que en él había, aunque lo poseyera con fuerza o clandestinamente o en precario (D. 43.16.14).

v) En este interdicto no se incluía la restricción de la anualidad.

e) Interdicto *Quod precario*: su fórmula era la siguiente:

“Lo que de aquel tienes en precario, o que con dolo malo dejaste de tener, acerca de lo que aquí se trata, a aquel se lo restituirás”.

Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere,
qua de re agitur, id illi restituas.

Escribía Ulpiano que era precario lo que al que lo pide con ruegos (*quod precibus petenti*) se le concede para que lo use en tanto que lo consiente el que se lo concedió (D. 43.26.1.pr), pues quien concedía en precario entregaba como si hubiera de recobrar tan pronto como le pluguere extinguir el precario (D. 43.26.1.2), y de esta manera se consideraba que tenía en precario aquel que había alcanzado la posesión de una cosa corporal o de un derecho, por la sola causa de haber dirigido súplicas y haber impetrado que le fuera permitido poseer o usar (D. 43.26.2.3).

Las características de este interdicto eran las siguientes:

i) Era un remedio posesorio destinado a recuperar la posesión de bienes muebles e inmuebles (D. 43.26.4.pr).

ii) Era de carácter simple y restitutorio (D. 43.26.2.1).

iii) Este interdicto se concedía al dueño que había entregado una cosa en precario (*precario dans*) contra quien la tenía (*habens*) para que ella le fuera restituida, porque le competía al que quería revocar el precario, ya que era equitativo por naturaleza que uno usara de la liberalidad de otro sólo en tanto éste quisiera, y que pudiera revocarla cuando cambiaba de voluntad (D. 43.26.2.2).

iv) No se incluía en su fórmula la “cláusula de posesión viciosa”, precisamente porque se suponía que el precarista contra quien se dirigía era un *possessor iniustum*.

v) Contení una cláusula especial que hacía referencia al hecho eventual de haber el precarista dejado de poseer dolosamente la cosa, para que en este caso el precarista recuperara la cosa y la restituyera o para que si no tenía como recuperarla pagara el valor de la posesión.

¶ 2.2. DE LA POSESIÓN CIVIL DE LAS COSAS

§ 6. La posesión civil de una cosa era la tenencia como dueño, con independencia de que el poseedor fuera dueño o no. Básicamente pues, la posesión civil es la posesión del dueño o de quien se tiene por tal.

De este modo la *possessio civilis* venía a ser un complemento del dominio, en la medida en que el poseedor civil que no era dueño, pero que poseía como dueño, podía adquirir el dominio de la cosa poseída mediante la *usucapio*, y del mismo modo, el poseedor civil que había perdido su posesión podía recuperarla de manera independiente mediante la acción reivindicatoria si era dueño o mediante la acción publiciana si no era dueño.

La *possessio civilis* es, ante todo, la posesión del dueño, pero también podía ser la posesión de quien no era dueño pero que aparecía como tal, con independencia de que lo fuera o no. En este último caso la apariencia de dominio se presentaba porque quien tenía la cosa en su poder podía invocar un razón que justificaba su tenencia. Tales razones justificativas de su tenencia eran las mismas que justificaban la tenencia del dueño, aunque en este caso concreto no fuera dueño, y eran técnicamente llamadas causa de posesión (*causa possessionis*) y en la época postclásica título (*titulus*).

Esta terminología postclásica es la que ha conservado nuestro *Código Civil*, vide artículos 701 al 706, 2510.

De esta manera un concepto general de la *possessio civilis* era el de la tenencia de una cosa amparada en una causa de posesión, y que en el evento de su pérdida podía ser recuperada de manera autónoma mediante la *reivindicatio* (si el poseedor civil era el dueño) o mediante la *actio publiciana* (si no era dueño).

Así pues, la *possessio civilis* se oponía a la *possessio naturalis*, que era la de aquel que no podía invocar una *causa possessionis* y, en consecuencia, en caso alguno iba a adquirir el dominio fundado en el transcurso del tiempo mediante la *usucapio*, ni menos, salvo casos excepcionales, podía el poseedor natural recuperar autónomamente la tenencia material perdida.

§ 7. **CAUSAE POSSESSIONIS**: la calificación jurídica de una posesión como *possessio civilis* estaba determinada por la existencia de una causa de posesión.

La causa de posesión era un acto o hecho típico que objetiva y abstractamente estaba dirigido a fundar la adquisición del dominio de las cosas, con independencia de que la adquisición del dominio se hubiera producido o no, pues si se produjo el efecto dominical el poseedor civil será

además dueño de la cosa, y si no se produjo será simplemente poseedor civil con la posibilidad de llegar a ser dueño mediante la *usucapio*.

En el derecho romano de la época clásica las causas de posesión constituían una serie típica de los citados actos o hechos destinados a obtener el dominio de las cosas y, de este modo, para que una tenencia fuera calificada de *possessio civilis* debía, al menos, concurrir una *causa possessionis*, supuesto que se podía ser poseedor civil de una cosa por varias causas (*Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus*).

Escribía Paulo que había tantos géneros de posesión cuantas causas de adquirir aquello que no era nuestro, por ejemplo como comprador (*pro emptore*), como donado (*pro donato*), como legado (*pro legato*) como dote (*pro dote*), como heredero (*pro herede*) como dado en noxa (*pro noxae dedito*), o como suyo (*pro suo*), pero esto no significaba que hubiera múltiples géneros de poseer, sino uno solo y diversas especies (D. 41.2.3.21).

El mismo Paulo advertía que: “podemos poseer una misma cosa por muchas causas”, y así, por ejemplo, quien ha usucapido una cosa, que compró de un vendedor no dueño, la posee *pro emptore* y *pro suo*, es decir, era posible una acumulación de causas de poseer, y aquí una de las diferencias entre la posesión y el dominio, pues mientras este último “no se puede alcanzar sino por una sola causa, así podemos poseer no sólo en virtud de una sola causa” (D. 41.2.3.4), regla esta que se mantiene en nuestro *Código Civil*, cuyo artículo 701 señala que: “Se puede poseer una cosa por varios títulos”.

Las causas de posesión eran las siguientes: a) *pro suo*; b) *pro possessore*; c) *pro emptore*; d) *pro donato*; e) *pro herede*; f) *pro legato*; g) *pro derelicto*; h) *pro soluto*; i) *pro dote*; j) *pro creditore*; k) *pro noxae deditio*; l) en cierto caso la *adiudicatio* y; ll) la *transactio*.

Si bien era posible la “acumulación de causas” posesorias, era inadmisibles que un poseedor cambiara ‘subjektivamente’ la causa en virtud de la cual poseía, pues como escribía Paulo (D. 41.2.3.19) se hallaba establecido desde antiguo el principio conforme al cual nadie podía cambiarse a sí mismo la causa de su posesión (*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*), pero nada impedía que quien poseía fundado en una causa posesoria luego pasara a poseerla basado en una causa que derivaba de un acto distinto, y por ello escribía Marcelo que: “Lo que estaba escrito por los antiguos, en cuanto a que nadie puede cambiarse a sí mismo la causa de la posesión, es creíble que se pensó respecto de aquel que, estando en posesión con el cuerpo y con el ánimo, determinó solamente poseer la cosa por otra causa, y no si alguno, habiendo dimitido la antigua posesión, quisiera alcanzar de nuevo por otra causa la posesión de la misma cosa” (D. 41.2.19.1), y por ello, no había cambio de causa posesoria cuando aquel que poseía una cosa en depósito o en comodato, la recibía luego de su depositante o comodante porque éste se la vendía o donaba (D. 41.2.3.20).

a) **Pro suo**: era esta la causa más genérica de posesión porque se fundamentaba en el hecho de ser dueño, vale decir, el poseedor poseía una cosa como suya (*pro suo*) o como propia precisamente porque era dueño de ella.

Escribía Ulpiano que: “La posesión *pro suo* (‘como cosa propia’) es aquella en la que pensamos que se adquiere para nosotros el dominio, y poseemos por causa por la cual se adquiere para nosotros el dominio” (D. 41.10.1.pr.).

Así, pues, el dueño siempre poseía civilmente *pro suo*, y en igual situación se encontraba aquel que poseía cosas que carecían de dueño, y que por tal razón normalmente adquiriría, junto a la

posesión civil, el dominio mediante la *occupatio*, o alguna especie derivada de ella, y tal sucedía, por ejemplo, con aquellas cosas que se cogían del mar, en la tierra o en el aire (*res nullius*), el botín de los enemigos capturado por privados (*res hostiles*), lo acrecido a un predio por el aluvión de un río (*aluvio*), los frutos, o la nueva especie (*nova specie*), y en todos estos casos la única causa que justificaba la posesión civil era la *pro suo*.

Los ejemplos pueden verse en D. 41.2.3.21 y D. 41.10.2. En el derecho codificado esta causa desaparece y por ello los autores suelen señalar que la “ocupación” obra como “título” y “modo de adquirir” en relación con las cosas que carecen de dueño (art. 606)

Pero también era posible poseer *pro suo* cuando se tenía materialmente una cosa sin ser el verdadero dueño, es decir, si alguien tenía una cosa sin ser dueño, pero de hecho la tenía como suya también se decía que la poseía *pro suo*, pero en este caso para que pudiera presentarse la causa era indispensable que el poseedor creyera que la cosa era suya, que lo había sido, o que pudo haberlo sido, de tal manera que si se sabía que la cosa no podía pertenecerle no operaba la causa *pro suo*.

Así, por ejemplo, escribía Pomponio que: “Me entregaste un esclavo, que falsamente creías que me lo debías en virtud de una estipulación; si yo hubiese sabido que nada me debías, no lo usucapiré, porque si no lo sé es más verdadero que lo usucapiré; porque la misma entrega, hecha por causa que estimo que es verdadera, basta para hacer que yo posea como mía propia (*pro suo*) la cosa que se me entregó, y así lo escribió Neracio, y lo tengo por verdadero” (D. 41.10.3), precisamente porque, como queda dicho, se posee *pro suo* “cuando juzgamos que se adquirió para nosotros el dominio” (D. 41.10.1.pr.), de manera que si sabe que ha recibido la cosa de quien no es dueño (*a non domino*) no tiene lugar esta especie de posesión, y así quien compró una esclava, creyendo haberla adquirido de su dueño, no posee *pro suo* el parto de dicha esclava si antes del nacimiento supo que la esclava era ajena, pues en dicho caso poseería clandestinamente, y no puede poseerse a un mismo tiempo *pro suo* y con clandestinidad (D. 41.10.4.pr.).

Esta causa solía acumularse a alguna de las demás, pues ya queda dicho que *Ex plurimis causis possideri eandem rem possumus*.

El ya citado Ulpiano explicaba que se poseía “por la causa por la cual se adquiere, y además como cosa propia” (D. 41.10.1.pr.), por ejemplo, el comprador poseía por causa de la compra (*pro emptore*) y además como cosa propia (*pro suo*), y en el caso de las cosas donadas o legadas, se poseía *pro donato* o *pro legato* y además *pro suo*.

Precisamente por la posibilidad de acumularse las causas de posesión, la causa *pro suo* adquiriría real utilidad cuando, por alguna razón, la otra causa que concurría junto a ella no producía el efecto normal de justificar la tenencia material de la cosa como una tenencia posesoria.

Un ejemplo de esta situación lo daba Pomponio cuando afirmaba que: “Lo que no haya sido legado, sino que haya sido entregado equivocadamente por el heredero, está determinado que sea usucapido por el legatario, porque lo posee *pro suo*” (D. 41.10.4.2).

En este caso, si bien existe una causa (*pro legato*) ella no puede operar para justificar la posesión civil, pues se refería a una cosa distinta de aquella que fue entregada por el heredero al legatario, de modo que aquí sí cobraba importancia la causa *pro suo* porque el legatario poseía ‘como suya’ la cosa que equivocadamente le fue entregada.

Distinto del anterior, era el caso de la llamada “causa putativa”, es decir, de aquella que el poseedor creía que existía, pero que realmente no era tal, por ejemplo, si alguien creía que tenía una cosa porque ella fue comprada por un esclavo suyo, cuando en realidad dicho esclavo nunca la había comprado (D. 41.10.5.1), es decir, aquí creía falsamente el poseedor que existía la causa *pro emptore*, pero objetivamente ella no existía, de tal manera que no era poseedor civil fundado en la causa *pro emptore*, pero debido a la posibilidad de la acumulación de causas, era poseedor civil *pro suo*, precisamente porque había tal posesión cuando se juzgaba que se había adquirido el dominio (D. 41.10.1.pr.).

Debe advertirse sí que en este caso, una cuestión era la posibilidad de poseer civilmente *pro suo* fundado en la existencia de una “causa putativa”, y otra, muy distinta, era la de si era posible adquirir por *usucapio* aquella cosa así poseída, pues se aplicaba el principio expresado por Paulo conforme al cual la causa de la posesión es distinta de la causa de la usucapición (D. 41.4.2.1: “Separata est causa possessionis et usucapionis...”).

Hubo, respecto de esta última cuestión opiniones distintas en la jurisprudencia romana. En efecto, Neracio afirmaba que aquello que alguien poseía estimando que era suyo, podía adquirirlo por *usucapio*, aunque hubiera sido falsa su creencia, si bien agregaba que ello debía entenderse “de modo, que el error probable no obste a la usucapición del que posee, como si yo poseyera una cosa porque estimara falsamente que la compró un esclavo mío, o de aquel en cuyo lugar sucedía por derecho de herencia, porque es tolerable el error en la ignorancia de un hecho ajeno” (D. 41.10.5.1); y frente a tal opinión (que no prevaleció), Celso, citado por Ulpiano, sostenía que: “yerran los que estimen que el que hubiera alcanzado de buena fe la posesión de una cosa puede usucapirla (*pro suo*); y que nada importa que la hubiera o no comprado, o que le hubiera sido o no donada, si estimare que la compró o le fue donada, porque la *usucapio* no vale ni poseyendo *pro legato*, ni *pro donato*, ni *pro dote*, si no hubiera ninguna donación, ninguna dote, ni ningún legado” (D. 41.3.27), de tal manera que la causa *pro suo* no podía justificar la *usucapio* en defecto de una “causa putativa”.

El *Código Civil*, expresamente señala en el número 4º de su artículo 704 que no es justo título: “El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.”.

b) ***Pro possessore***: esta causa se presentaba normalmente cuando no podía invocarse ninguna otra, y era aquella que se limitaba genéricamente a indicar que se detentaba materialmente la cosa “como poseedor” (*pro possessore*).

Así Ulpiano escribía que había tal posesión cuando: “el que es interrogado por qué posee, haya de responder porque poseo (*quia possideo*)” (D. 5.3.12), pudiendo omitir cualquier otra causa que justificare su posesión, e incluso cuando no podía alegar ninguna otra causa (D. 5.3.13).

Al igual que en el caso de la posesión *pro suo* esta causa podía acumularse a otras, y así Ulpiano afirmaba que a todas las causas (en verdad, dice *titulis*) adhiere y va como unido el de *pro possessore* (D. 5.3.13.1).

La causa *pro possessore* realmente adquiría importancia en dos situaciones, a saber, a) cuando el poseedor por algún defecto no era dueño y no podía invocar ninguna otra causa y, b) cuando las causas que se presentaban adolecían de vicios.

a) Por ejemplo, si alguien adquiría una cosa de alguien, a sabiendas de que no le pertenecía a quien del que adquiría (*a non domino*), no podía fundar su posesión en la causa *pro suo*, porque esta no procedía

cuando se sabía que la cosa era ajena, pero sí podía justificar su posesión en la causa *pro possessore*, pues como afirmaba Ulpiano: “Pero posee *pro possessore* el poseedor de mala fe” (D. 5.3.11.1).

b) Si alguien, a sabiendas, compraba algo a un furioso, no podía invocar la causa *pro emptore*, pues no había compra (*nulla*), ni la *pro suo*, pero sí poseía *pro possessore*. Este y otros ejemplos en D. 5.3.13.1; 41.2.16.

c) ***Pro emptore***: esta causa era la que justificaba la posesión de quien había comprado la cosa, vale decir, la causa consistía en un acto previo destinado a fundar el modo de adquirir el dominio llamado *traditio*, con independencia de si se hubiera producido el efecto adquisitivo o no, pues aquí el poseedor poseía “como comprador” (*pro emptore*).

Poseía como comprador quien verdaderamente había comprado, aunque no bastaba que él estuviera en la creencia de haberlo hecho, sino también se requería que subsistiera la causa de la compra (D. 41.4.2.pr), porque si alguien poseía una cosa, creyendo haberla comprado y sin que hubiera existido dicha compra, no poseía *pro emptore* (D. 41.8.3), aunque sí poseía *pro suo*, pero tal posesión no le permitía *usucapri*, pues se estaba frente a una “causa putativa” (D. 41.3.27).

d) ***Pro donato***: en este caso la causa que justificaba la posesión también era un acto previo que consistía en una liberalidad (*donatio*), y fundado en él se poseía como donatario (*pro donato*), y al igual que en el caso anterior no bastaba que se creyera que hubo donación, sino que realmente la hubiera habido (D. 41.6.1.pr.).

Así, por ejemplo, si un padre donaba algo a un hijo suyo a quien tenía bajo su potestad, una vez muerto el padre, el hijo no poseía dicho bien *pro donato*, supuesto que realmente no había donación (*nulla donatio fuit*) por haberlo impedido la condición de *alieni iuris* del hijo y las relaciones de familia (D. 41.6.1.1), y lo mismo ocurría en las donaciones que el marido realizaba en favor de su mujer (D. 41.6.1.2).

e) ***Pro herede***: en este caso se poseía “como heredero” (*pro herede*), y se presentaba esta causa normalmente respecto de aquellas cosas halladas dentro de los bienes del causante y que el heredero comenzaba a detentar fundado en la creencia de ser heredero y con independencia de si habían pertenecido o no al causante.

Naturalmente para que alguien poseyera algún bien *pro herede* era imprescindible la muerte del causante, aunque el poseedor estimara que la cosa pertenecía a alguien que creía muerto (D. 41.5.1).

f) ***Pro legato***: aquí la causa que justificaba la posesión era la existencia de un legado previo, pues quien poseía la cosa lo hacía “como legatario” (*pro legato*).

Escribía Ulpiano que: “Se considera que posee en calidad de legado aquel a quien se legó, pues la posesión y la *usucapio pro legato* no le compete a nadie más que aquel a quien se legó” (D. 41.8.1).

Debía tratarse de un legado *per vindicationem*, es decir, de aquel que producía un efecto adquisitivo dominical transmitiendo la cosa en dominio directamente desde el difunto al legatario, pues si se trataba de un legado *damnatorio*, esto es, del que gravaba al heredero con el cumplimiento de una obligación, el legatario que recibía lo legado poseía *pro soluto* y no *pro legato*.

Al igual que en los casos anteriores era imprescindible para que se proseyera *pro legato*, que efectivamente hubiera existido legado, de modo que si alguien poseía una cosa que creía le había sido legada, y ello no era así, no la poseía *pro legato*, y aunque en virtud de la posibilidad de la acumulación de causas pudiera poseerla *pro suo*, no podía usucapirla (D. 41.8.2), pues aquí se habría estado en presencia de una “causa putativa” (*pro legato*).

A diferencia de la posesión *pro herede* no era necesario que el testador, que había instituido el legado, hubiera muerto para que se poseyera *pro legato*, pues bastaba que el legatario la hubiera recibido y que creyera muerto al testador.

Javoleno escribía que la cosa que fue entregada en concepto de legado, aunque viviera su dueño, podía ser usucapida *pro legato* (D. 41.8.5), pero, agregaba Pomponio, que aquel a quien le había sido entregada debía estimar que la cosa era de una persona fallecida (D. 41.8.6).

g) ***Pro derelicto***: en este caso se poseía fundado en que la cosa había sido abandonada por su dueño, porque la *derelictio* consistía en la dejación definitiva de la tenencia de una cosa por parte de su poseedor, de manera unilateral y no en favor de una persona determinada.

El acto de abandono, es un acto de disposición del dueño, no en relación con persona determinada, y de este modo lo que alguien tenía como abandonado (*pro derelicto*), como si tiraba monedas o dejaba sueltas sus aves, se hacía inmediatamente de quien lo ocupaba, porque aunque hubiera querido que aquellas fueren de persona incierta, se hacían de aquella a quien la casualidad las llevara, entendiéndose que quien las tenía como abandonadas quería, al mismo tiempo, que tales cosas se hicieran de otro (D. 41.7.5.1).

Si una cosa fuera tenida como abandonada (*pro derelicto*), escribía Ulpiano, al instante deja de ser nuestra, e inmediatamente se hace de quien la ocupa (D. 41.7.1), de tal manera si se sabía que una cosa era considerada por su dueño como abandonada, era posible su adquisición (D. 41.7.2.pr), y no era necesario saber quién la había abandonado, sino solamente estimar que se la tuvo o que se la tenía por abandonada (D. 41.7.4).

Así, pues, si el abandono lo realizaba el dueño la cosa pasaba a la condición de *res nullius* y podía ser adquirida en dominio mediante la *occupatio*, y quien la ocupaba materialmente se convertía en su poseedor *pro derelicto*, fundado en dicho abandono y no en el acto mismo de la *occupatio*, a diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho civil, en el cual la *occupatio* es también ‘causa’ de la adquisición (Vd. art. 624 *Código Civil*).

El dueño de una cosa (indivisible) no podía hacer abandono de una parte de ella solamente, de modo que estimara retener una parte de ella y tener como abandonada la otra parte, pero si una misma cosa era común, uno de los condueños podía tener como abandonada su parte (D. 41.7.3).

h) ***Pro soluto***: en esta caso se poseía porque se había recibido la cosa como pago, pues esta causa consistía en una convención destinada a dar el dominio de una cosa debida, al cual debía seguir la entrega efectiva, por lo cual quien la recibía poseía *pro soluto*.

Escribía Hermogeniano que adquiría mediante *usucapio*, fundado en la posesión *pro soluto*, quien recibía una cosa por causa de lo debido (D. 41.3.46), siendo imprescindible que quien recibía estimara que le era debida (D. 41.3.48).

i) **Pro dote**: se poseía por causa de dote, es decir, el marido poseía fundado en esta causa las cosas recibidas como dote, pero para la eficacia de esta causa se requería que el matrimonio se realizara, pues antes del matrimonio, y aunque se hubiera entregado la dote, sólo se poseía *pro soluto*.

j) **Pro creditore**: esta causa de posesión era aquella que se presentaba respecto de las cosas que se habían poseído en dominio para que luego fueran devueltas, cuyo caso más típico se daba en el mutuo y en las daciones *ob rem*.

§ 8. **ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN**: los juristas romanos de la época clásica analizaban caso a caso la adquisición de la posesión, sin perjuicio de lo cual, precisamente porque la posesión civil consistía en la efectiva disposición material de una cosa fundada en una causa de posesión, era imprescindible para su adquisición que concurrieran la tenencia material y una causa.

Pero no se trataba de una simple concurrencia de tenencia material más una causa de posesión para que se adquiriera la posesión civil, pues era necesario que existiera una vinculación entre dicha tenencia material y la causa, lo que no es más que decir, que la citada tenencia material se fundara directamente en la causa de posesión.

La exigencia de esta necesaria vinculación entre la tenencia material y la causa de ella quedaba en claro con dos ejemplos que ofrecía Paulo (D. 41.2.5): a) Si, habiéndose estipulado dar el esclavo Stico y antes de haber sido entregado por el deudor, el acreedor alcanzaba su posesión no por la entrega del deudor, se estimaba que había usurpado; b) lo mismo ocurría si habiéndose vendido una cosa, antes de ser entregada por el vendedor, el comprador alcanzaba su posesión sin la voluntad del vendedor, en cuyo caso no podía estimarse que poseyera *pro emptore*, pues no existía la vinculación entre su tenencia material y la causa de compra (D. 41.2.5). Distinto a los casos anteriores era el del legatario de una cosa legada *per vindicationem* y cuya posesión la alcanzara (*nec vi, nec clam, nec precario*) por cualquier medio, pues en este caso poseía *pro legato*, supuesto que no era necesaria la voluntad del instituyente del legado para que ella fuera recibida en posesión, supuesto que ya era muerto (D. 41.8.8), no así en los dos casos anteriores en los cuales la posesión se debía alcanzar con la *traditio*, que exigía el traspaso desde el tradente.

Como la posesión civil presuponía la existencia de una *causa possessionis* interesaba realmente a los juristas determinar de qué manera se adquiría el otro elemento de ella, es decir, la tenencia material de la cosa, y respecto de ella, desde finales de la época clásica la jurisprudencia admitía como principio general que en el hecho de la posesión, esto es, en la adquisición de la detentación de la cosa, debían concurrir dos elementos: el *corpus* y el *animus*, de allí que se señalara que la posesión se adquiría *corpore et animo*.

El *corpus* correspondía al elemento físico o material de la posesión, pues era la tenencia efectiva de la cosa, es decir, que la cosa entrara bajo el control material del poseedor, de tal manera que se exigía un acto real de contacto material o físico con la cosa.

El *Animus*, en cuanto elemento del hecho de la posesión, consistía en el entendimiento de poseer la cosa bajo la disponibilidad física, es decir, la conciencia de estar adquiréndola, de tal manera

que el *animus* no se identificaba con la voluntad o intención de adquirir la posesión, sino con un acto de entendimiento.

i) Naturalmente la posesión debía referirse a una cosa cierta, porque, como escribía Paulo: “Nadie puede poseer parte incierta de una cosa, como si tuvieras la intención de querer tú también poseer todo lo que posee Ticio” (D. 41.2.3.2).

ii) Igualmente era imposible que dos personas poseyeran una misma cosa solidariamente, porque era contra la naturaleza que cuando alguien tuviera alguna cosa también se considerara que la tenía otra persona a la vez, ya que, explicaba Paulo, la misma posesión no podían tenerla dos, no de otra suerte que se considerase que uno estaba en el mismo lugar en que estaba el otro, o que se estimase que uno estaba sentado en el mismo lugar en el que estaba otro (D. 41.2.3.5), aunque este principio tenía una especial aplicación en el caso de la comunidad, respecto de la cual era posible sostener que los distintos comuneros poseían una parte cierta como indivisa (D. 41.2.26).

iii) Para adquirir la posesión *corpore et animo* tampoco era necesario que el adquirente que, por ejemplo, quería poseer un fundo hubiera de andar por toda su extensión, sino que bastaba con que entrara a cualquier parte de él con el entendimiento y el designio de querer poseer todo el fundo hasta su término (D. 41.2.3.1).

La necesaria adquisición de la tenencia *corpore et animo* determinaba las condiciones o exigencias que ella debía cumplir para que efectivamente se produjera.

Así Paulo escribía que: “Alcanzamos la posesión *corpore et animo*, y no solamente *animo* o *corpore*” (D. 41.2.3.1), y en el mismo sentido apuntaba que: “No se puede adquirir ninguna posesión, sino con el concurso del ánimo y del cuerpo” (D. 41.2.8), y por ello el mismo jurista advertía que si bien era posible retener la posesión con el sólo ánimo, no era posible alcanzarla sólo ánimo (D. 41.2.30.5).

Por lo anterior no adquiría la posesión aquel a quien estando dormido se le dejaba una cosa en sus manos, porque aunque evidentemente tocaba la cosa con su cuerpo, carecía del *animus*, es decir, de la conciencia y entendimiento de adquirirla (D. 41.2.1.3).

a) En cuanto a quién podía adquirir la posesión, Paulo sentaba el principio general conforme al cual se adquiría la posesión personalmente, es decir, por nosotros mismos (D. 41.2.1.2), siempre y cuando dicha persona fuera capaz de adquirir *corpore et animo*, de manera tal que todas aquellas personas que no eran capaces de tener conciencia y entendimiento (*animus*) de lo que hacían no podían adquirir la posesión, aun cuando tuvieran *corpore* la cosa.

Dentro de quienes carecían de la posibilidad de adquirir por faltarles el entendimiento y conciencia de lo que hacían (*animus*) se hallaban: a) el *furiosus* (D. 41.2.1.3); b) el impúber menor de siete años (D. 41.2.1.3) y; c) para ciertos juristas el impúber *infans maior*, es decir, el menor de 14 ó 12 años y mayor de 7, pues para Ofilio y Nerva hijo, el pupilo podía comenzar a poseer sin la *auctoritas tutoris*, ya que la posesión era una *res facti* y no de derecho, opinión que admitía Paulo siempre que el pupilo fuera de tal edad que tuviera entendimiento (D. 41.2.1.3 y D. 41.2.32.2).

b) La posesión también podía adquirirse a través de las personas que estaban sujetas a potestad, tales como los hijos de familia, la mujer casada *cum manu*, y los esclavos, pues todos estos no adquirirían para sí, sino para su *pater* o amo, pero naturalmente en todos estos casos era necesario que ellos tuvieran entendimiento de poseer (D. 41.2.1.9), y por tal razón los juristas decían que en estos casos se adquiría *animo nostro*, pero *corpore alieno* (D. 41.1.10.2).

i) Escribía Paulo que también se adquiría la posesión por medio del hijo que estaba bajo potestad (D. 41.2.1.5).

ii) El mismo Paulo señalaba también que se adquiría la posesión por medio de un esclavo (D. 41.2.1.5), a menos que el esclavo estuviera loco, pues en tal caso no se adquiría la posesión, no porque fuera esclavo, sino porque era imposible que tuviera entendimiento (*animus*) de adquirir la posesión (D. 41.2.1.10), discutiéndose entre los juristas si era posible adquirir mediante un esclavo fugitivo (D. 41.2.1.14).

iii) Igualmente era posible adquirir la posesión por medio de aquel a quien se poseía de buena fe, incluso si era esclavo ajeno u hombre libre (D. 41.2.1.6).

iv) Si un esclavo o un hijo detentaban un *peculium* se estableció que adquirirían la posesión para el peculio, incluso sin el conocimiento del amo o del padre que había constituido dicho peculio (D. 41.2.1.5).

c) Como principio general en época clásica se sostenía que no podía adquirirse la posesión por medio de personas libres (*per extraneam personam nobis adquiri non potest*), pero, al parecer desde el siglo II d.C., algunos juristas comenzaron a admitir la posibilidad de adquirir por medio de un *procurator*, pero tal procurador debía ser general, es decir, aquel que gestionaba todos los negocios de una persona.

El *animus* del poseedor civil podía ser calificado de “buena fe” o de “mala fe”. El poseedor civil era considerado de buena fe cuando no conocía que lesionaba el derecho de otro al mantener la posesión de la cosa como dueño, y el poseedor era tenido como de mala fe cuando sabía que la cosa que poseía como dueño pertenecía a otro, aunque pudiera invocar una justificación para su posesión.

§ 9. **MANTENIMIENTO DE LA POSESIÓN CIVIL:** en principio la posesión civil se mantenía o retenía por la concurrencia de los dos elementos que la configuraban, es decir, por el mantenimiento de la tenencia material de la cosa y de la *causa possessionis*.

Si la causa de la posesión se mantenía la cuestión de la conservación de la posesión civil se traducía en determinar cómo se retenía la tenencia material de la cosa, y respecto de ella se admitía el principio general conforme al cual la posesión civil se conservaba *corpore et animo*.

El *corpus*, esto es, el control efectivo sobre la cosa no significaba necesariamente que ella se mantuviera materialmente en manos del poseedor, pues bastaba una efectiva situación de control, de tal manera que era posible retener el *corpus* por mediación de un tercero (*detentor*), pues se admitía en esta materia el principio: *Retinere possessionem possumus per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione* (IG. 4.153).

Así, por ejemplo, el poseedor civil continuaba en calidad de tal aunque la cosa no se encontrara físicamente con él, como podía ocurrir cuando el dueño había entregado la cosa a un arrendatario, usufructuario, depositario o comodatario, supuesto que ellos debían restituírsela y se hallaban en la simple condición de poseedores naturales (D. 41.2.3.12), y aún en el evento de que decidieran no restituirla, jamás podían llegar a ser tenidos por poseedores civiles, pues se aplicaba el principio conforme al cual nadie podía cambiar en favor de sí mismo su causa de posesión (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*) (D. 41.2.3.19).

La posesión también podía conservarse mediante un esclavo (D. 41.2.3.12), en cuyo caso se mantenía *animo nostro et corpore alieno*.

Excepcionalmente se admitía que se pudiera conservar la posesión *animo tantum*, es decir, retener la posesión sólo animo.

- i) Uno de los casos en los que aparecía una especie de retención de la posesión *animo tantum* era el de aquellos predios que sólo podían ser utilizados en una estación del año (*saltus hibernus vel aestivus*), pues en aquellas temporadas en las cuales no podían ser utilizados, se decía que se poseían sólo animo (D. 41.2.3.11).
- ii) En igual situación se hallaba el esclavo fugitivo, del cual se decía que era poseído sólo ánimo mientras otro no lo poseyera (D. 41.2.1.14).

§ 10. **PÉRDIDA DE LA POSESIÓN CIVIL:** naturalmente la posesión civil se perdía por la falta de cualquiera de sus dos elementos, esto es, de la tenencia material de la cosa, o de la causa de la posesión.

La tenencia material de la cosa podía perderse bien *corpore et animo*, bien *aut corpore aut animo*, es decir, por la pérdida de cualquiera de los dos elementos del hecho de la posesión y, con mayor razón, por la pérdida de ambos a la vez.

- i) La posesión civil se perdía por el cese de la tenencia y control efectivo sobre la cosa y por el cese del entendimiento de poseer (D. 41.2.8 y D. 50.17.153), lo que podía ocurrir, por ejemplo, cuando el poseedor civil abandonaba la cosa (*derelictio*), pues se desprendía materialmente de ella y dejaba de tener *animus possidendi*.
- ii) Sólo *corpore* se perdía la posesión civil cuando cesaba la tenencia efectiva de la cosa, lo que ocurría, por ejemplo, cuando una cosa se extraviaba definitivamente (D. 41.2.3.13).
- iii) Finalmente se podía perder la posesión civil sólo animo, y así, por ejemplo, escribía Paulo que: “También para que se pierda la posesión se ha de atender al animo del que la posee. Y así, si estuvieras en un fundo y, sin embargo, no quisieras poseerlo, perderás inmediatamente la posesión. Luego se puede perder, aunque no se pueda adquirir, aun con sólo el ánimo” (D. 41.2.3.6).

La única excepción a este principio, eran los casos en los que se admitía la retención de la posesión *animo tantum*.

§ 11. **AMPARO DE LA POSESIÓN CIVIL:** el amparo de la posesión civil admitía dos grandes posibilidades dependiendo de si además se era dueño de la cosa.

- i) Si el poseedor civil era también dueño quirritario de la cosa, y perdía su posesión podía recuperarla mediante la *reivindicatio*.
- ii) Pero si el poseedor civil no era dueño quirritario de la cosa no podía recurrir a la *reivindicatio*, de modo que si perdía la posesión antes de haber adquirido el dominio de la cosa mediante la *usucapio* carecía de una acción para recuperar la posesión perdida, y para amparar a este poseedor civil, con independencia del dominio, el pretor Quinto Publicio introdujo en su Edicto, hacia el año 67 a. C., una fórmula especial, conocida bajo el nombre de *actio Publiciana*, cuya fórmula era la siguiente:

“Ticio sé juez. Si Aulo Agerio compró de buena fe el esclavo y le fue entregado, si lo hubiera poseído un año, y entonces el esclavo del cual se trata hubiera debido ser suyo en virtud del derecho de los quirites, si este esclavo no es restituido a Aulo Agerio, a tanto cuanto este asunto haya de valer, a tanto dinero condena juez a Numerio Negidio en favor de Aulo Agerio, si no resulta absolvere”.

Tius iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius bona fides emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret, si is homo Aulo Agerio non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium, Aulo Agerio condemnetur, si non paret absolvite.

iii) El poseedor civil podía, además, recurrir a los interdictos posesorios, y también podía ampararse en la *exceptio rei venditae et traditae* o en la *exceptio doli* si aquel de quien derivaba su posesión civil reivindicaba de él.

¶ 2.3. DE LA “POSESIÓN NATURAL” DE LAS COSAS

§ 12. La posesión natural, llamada en alguna ocasión *nuda possessio* era la situación de hecho de la tenencia de una cosa por parte de alguien que no pretendía poseer como dueño y, en tal sentido, la posesión natural se oponía a la *possessio civilis*.

El poseedor natural jamás podía llegar a adquirir el dominio de la cosa que detentaba por medio de la *usucapio*. Entre los poseedores naturales se hallaban el arrendatario, el depositario, el comodatario y el usufructuario.

El *Código Civil*, en su nomenclatura propia y simplificadora, opone siempre al término “posesión” el de “tenencia” (*Vide* Mensaje, párrafo XXIV: “Las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno”), y se ocupa de esta última en el artículo 714: “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les perteneces”, y se aclara en el inciso segundo de este mismo artículo que: “Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”.

Repárese, en todo caso, que en el sistema posesorio del *Código Civil* también es posible poseer las cosas incorporales de acuerdo con su artículo 715 y, por ende, ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, las dos posiciones en las que se encuentra el usufructuario, pues mientras es “mero tenedor” de la cosa usufructuada, es “poseedor” de su derecho de usufructo, pues este último es una cosa incorporal (art. 577 inc. 2), y por ello en el párrafo XXIV del Mensaje se señala que: “Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee solo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión”.