

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVIII - JULIO - SEPTIEMBRE DE 1960 - N.º 113

DIRECTOR: MARIO CERDA M.

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION (CHILE)

LUIS HERRERA REYES

**Profesor de Derecho Romano de la
Escuela de Derecho de la Universidad
De Concepción**

**“SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION EN EL DERECHO
ROMANO” “LA LLAMADA PROPIEDAD BONITARIA” (*)**

He leído con detenimiento la crítica que hace a los textos de Gayo sobre la llamada propiedad in bonis don Humberto Alvarez G., en el Capítulo IX de su obra en preparación: “Teoría de la Posesión en el Derecho Romano”.

Es difícil compartir la conclusión general a que llega el señor Alvarez en el referido capítulo sin conocer el texto completo de su obra, pues para mí es algo evidente la existencia, en cierto período de la historia de Roma de una institución, equidistante de la possessio en sentido post clásico y de la propiedad quiritaria, que con caracteres propios otorgaba a sus titulares un poder jurídico sobre universalidades o cosas singulares, llamada bien o mal, por Teófilo y sus seguidores, propiedad bonitaria.

Indispensable sería precisar, además, si para llegar el autor a la conclusión fundamental de estimar la propiedad in bonis un

(*) (Observaciones en torno a la crítica que hace a los textos de Gayo sobre la llamada propiedad in bonis don Humberto Alvarez G., en el Capítulo IX de su obra en preparación “Teoría de la Posesión en el Derecho Romano”, y que el profesor Herrera tuvo la oportunidad de examinar a petición del señor Alvarez G.).

simple caso de posesión conforme al concepto que tenemos actualmente de ese instituto, afín en algunos aspectos —no en todos— a la justiniana, se consideró o no el desenvolvimiento más que milenario del derecho romano, desde los orígenes de la Civitas hasta la época de Justiniano.

Siempre he creído que la noción de la posesión, en el desarrollo de la historia del derecho romano, no es una misma e inmutable, es decir, idéntica en el precepto de los decenviros y en las constituciones de Justiniano.

Quando se piensa en la alteración de los conceptos fundamentales del derecho romano privado: familia, potestas, dos, dominium, servitus, obligatio, successio, aparece desde todo punto de vista natural que el concepto inicial de possessio no se conservara inmutado por tantos siglos. Necesariamente, tiene que haber sido diferente para los habitantes del pequeño pueblo agrícola del Lacio que para aquellas otras personas que vivieron en la Roma republicana e imperial o en el mundo llamado romano-helénico.

La civilización el pensamiento jurídico evolucionaron a medida que cambió la constitución política, el ambiente social y el orden económico. Aún cuando no contásemos con otras fuentes de investigación que las que pudiera proporcionarnos la lógica inductiva, tendríamos que reconocer que tal inmutabilidad era imposible de ser conservada. Es por esta razón que estimo, siguiendo en esto las inspiraciones de Alibrandi y Albertario, que las doctrinas de Savigny y de Ihering no pueden representar, en modo alguno, la noción de la posesión en todo momento de la historia del derecho romano.

Para recoger o reconstruir el concepto romano de posesión, hay que realizar la investigación distinguiendo tres grandes épocas: la época antigua y republicana que podría denominarse preclásica, la época clásica o imperial y la época romano-helénica y justiniana. El concepto de possessio esbozado por Savigny, refleja con exactitud el de la época clásica, pero no el de las dos épocas restantes.

Sólo así puede tenerse una noción completa de la posesión en cada época, evidenciar su evolución, las causas que la originaron, las necesidades que se pretendía satisfacer en cada etapa evolutiva y decir, finalmente, con fundamentos dogmático-históricos si Gayo

SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION

87

se expresó correctamente, al distinguir entre propiedad quiritaria e *in bonis*, diferenciando esta última de la posesión, conforme se entendía esta noción en la época en que escribió sus *Institutas*.

Para mí, el concepto de la posesión en la época que denomino preclásica, indica un poder de hecho sobre la persona o la cosa, poder de hecho que, en orígenes fue más de naturaleza política que de contenido económico, precisamente como el *dominium* es, en un principio, más soberanía política que derecho de propiedad. El *pater familia*, a quién se ha enagenado el fundo, *res mancipi*, sin la forma solemne necesaria, ejercita en el hecho aquel poder que el jefe de familia tiene de derecho sobre el territorio en que la familia reside: la soberanía. La posesión, en la acepción de hoy, sólo ha entrado en la esfera del patrimonio, cuando entró allí el dominio, *c sea*, por efecto de un claro proceso evolutivo.

Niebhur y Savigny vislumbraron en el antiguo precario una relación casi feudal de vasallaje en lo que se refiere al territorio de la gens. El precario *rogans* debe haber tenido en el hecho aquel poder soberano sobre parte del territorio que le era atribuida y que en el derecho tenía el *pater gentis* sobre todo el territorio. Algo análogo ocurría con el *ager* quitado al enemigo en las primeras conquistas de Roma, cuando se encontraba todavía unida a la *Civitas* la organización de las Gentes. Dicho *ager* caía bajo la soberanía de la *Civitas*; pero en el hecho era, por lo menos en una gran parte, dejado a la soberanía de los *paters*.

Este precario antiquísimo ni siquiera constituía una relación de derecho; era un simple estado de hecho que no requería, en los primeros siglos, de protección jurídica alguna y constituyó uno de los orígenes de la posesión. Necesariamente, el que tenía un bien *in bonis*, no estaba en esta situación, pues en su entrega había mediado la intención de los contratantes de transferir y adquirir, respectivamente el dominio, aun cuando el modo de adquisición no fuera idóneo.

Después, la gradual superación de los poderes de la *Civitas* y la consiguiente disgregación del vínculo gentilicio, con el atribuirse, debo agregar, el valor económico del derecho de la *Civitas* sobre aquel *ager*, el carácter de soberanía en la *possessio*, fue cada vez más debilitándose, hasta que el concepto de *possessio* se transformó en el de señorío, económicamente entendido, sobre la cosa.

Las primeras aplicaciones de la *possessio* en la vida de la *Civitas* antigua deben haber estado modeladas sobre la *possessio* del *ager publicus*, la que, a su vez, debe haber tenido como modelo el *ager gentilicium*, concedida al *precarium*.

Si bien se observa, la *possessio* del *ager publicus* tuvo su origen en una concesión de la *Civitas* que duraba, como indican las fuentes, *dum populus senatus que romanus vellet*, como la *possessio* del *precarium* del *ager gentilicium* duraba *tandiu, quandi is concessit patitur*, o sea, esta, para nosotros, original forma de posesión era algo así como lo que en terminología moderna denominamos una concesión administrativa, limitada en el tiempo, pero que puede extenderse durante largo tiempo.

La característica común de estas dos clases de posesiones es que ambas son esencialmente revocables. Otra característica de ellas, es que fueron estas dos formas de posesiones las que primeramente tuvieron protección interdictal.

Existían, además, otras formas de *possessio* que no eran revocables, entre ellas la del pater de familia a quién se había enagenado el *fundo mancipi* sin la forma solemne necesaria. Esta forma de posesión careció durante largos años de protección interdictal. Parece ser que la razón de este desamparo residía en que esta posesión, irrevocable por esencia, por lo menos en cuanto a las cosas *mancipi* se refiere, se convertía al poco tiempo —un año para las cosas muebles y dos para las inmuebles— en propiedad *quiritaria* mediante la *usucapio*, por lo que no habría sido necesario otro amparo jurídico.

La terminología de las fuentes en esta época es rica en sugerencias: *usus fructus possessio*; *habere possidere uti frui*, etc. El término *usus* es el que debe haber aparecido primero, o sea, es el más antiguo; el término *possessio* que en el porvenir designara sólo eso— la posesión— es más reciente. De *usus* se habla en el tipo más antiguo de posesión, quiero decir, en el *precarium*, cuando *utendum concedere* no era otorgar un derecho, sino conceder una cosa.

En esas expresiones fundamento el concepto que antecede, en orden a que en esa remota época nace la idea de la posesión, confusamente expresada, pero en cierta forma acorde a las necesidades económicas de un pueblo compuesto por romanos y clientes.

SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION

89

Todavía en algunas leyes de la época republicana —hasta cierto tiempo— el poseer se indica como *uti y*, también, como *frui habere possidere*, empléanse los cuatro términos conjuntamente, y aún sobrevive en Gayo esta idea cuando afirma: los Particulares tienen sobre el suelo provincial *possessionem vel usum fructum*.

En el curso de la edad republicana maduran acontecimientos que tienen una grave importancia en la historia de la posesión romana. El primero es la degeneración de la *possessio* del *ager publicus* o, mejor dicho, la consolidación y la transformación de esta posesión en dominio. Hasta antes de esta consolidación del *ager publicus* —que era revocable— tenía al lado de la otra irrevocable, el primer lugar. Decir posesión del *ager publicus* era expresar la idea de posesión revocable, aún cuando también eran de este mismo tipo las posesiones del precario, del acreedor prendario y del secuestro. Desaparecida la posesión del *ager publicus* el puesto ocupado por la posesión revocable se reduce en importancia, tanto porque ya son raras las concesiones de *precarium*, cuanto porque ya se había difundido la figura del *pignus obligatum*.

La figura que ahora emerge y domina es la posesión sin límites de tiempo, o sea, aquella que conduce a la *usucapio* y que, más tarde, fue también defendida por los interdictos. Incluyo en esta idea aun la posesión del fondo provincial, que si no conducía a la *usucapio*, prácticamente llevaba al mismo resultado mediante la *praescriptio longi temporis*. Aparece, pues, un nuevo concepto de *possessio* que traduzco como una manifestación de señorío de hecho, sin límites de tiempo, que se va afirmando en las postrimerías de la República en forma más evidente y notoria, frente al nacimiento de relaciones nuevas —el usufructo y el uso— que ahora importan un goce temporal de la cosa.

Veamos rápidamente la época clásica. Mientras en la edad precedente *possessio fructum usus* era el término representativo de la posesión limitada o ilimitada en el tiempo, ahora los términos se separan para indicar conceptos diversos: el término *possessio* es el único que sobrevive para indicar la posesión (separada de la propiedad unida); los otros dos términos están llamados a indicar, ellos solos, el goce temporal de la cosa, goce que puede ser atribuido al derecho.

En esta época, la *possessio*, es verdaderamente aquel concepto y aquella relación de hecho que se nos presenta en la doctrina de Savigny y que Bonfante reforzó: relación de dominio de hecho en la que se tiene la cosa con la intención de poseerla (*animus possidendi*) para sí y de disponer, sin límite alguno, ni siquiera de tiempo, así como lo haría el *dominus*: relación de hecho defendida por los interdictos; apta para transformarse, cuando tenga determinados requisitos, en relación de señorío jurídico, mediante la *usucapio*.

Ahora, el concepto de *possessio* es expresado por un término que es único, riguroso, preciso, insustituible: *possessio-possidere*. La detentación, en cambio, está expresada por una terminología copiosa que indica en cada caso la materialidad de la relación con la cosa, sin que exista voluntad de señorío: *tenerse*, *detinere*, *morari in fundo*, *possidere corpore*, *possessio naturalis*.

La relación de hecho en que ahora consiste la posesión resplandece: el *ius postliminium*, que resguardaba los derechos, no resguarda la posesión; el *pupilo*, que no puede realizar negocios jurídicos sin la *auctoritas tutoris* puede, sin esta *auctoritas*, adquirir la posesión; y el *dominus*, que no puede adquirir derechos mediante el *procurator*, porque la representación no es conocida, puede mediante la intervención de éste adquirir la posesión que no es un derecho.

La evolución de la sociedad romana, el mejoramiento y el refinamiento de su civilización jurídica reducen y atenúan la materialidad de la relación con la cosa, pero no la suprime jamás.

Hay un proceso evolutivo en esta época que podría calificarse de vertiginoso. Del primer *circumambulare omnes gleba* para adquirir la posesión, se avanza hasta conformarse con que el poseedor entre *in quamlibet partem* de ella; se avanza más, hasta conformarse con que la cosa no sea materialmente aprehendida, basta que sea *in praesentia*, *in conspectu*, de manera de poder ser, cuando quiera que sea, aprehendida y de poderse, también así, considerar en plena disponibilidad física del sujeto.

También en este período se ve surgir en torno a la posesión algunas normas en que el elemento espiritual parece desvanecerse, fenómeno que no puede ser sorprendente en una institución de tan vastas y ricas aplicaciones.

SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION

91

La época clásica, se pone, se cierra. Ha desaparecido toda distinción entre fundo itálico y fundo provincial y la posesión de los fundos tributarii o stipendiarii de las provincias se transforma también en propiedad; el viejo concepto del dominium ex jure quiritium ha caído para siempre y al nuevo concepto económico social de proprietas se ha colocado en su lugar.

Como consecuencia, el territorio de la possessio separada de la propiedad y a la propiedad contrapuesta se reduce inmensamente; y, fatalmente, aquella possessio acompañada a la propiedad, que fue reconocida y protegida más tarde, alcanza en este momento histórico su mayor expansión.

Sus consecuencias sobre la possessio se traducen así: la verdadera posesión es ahora la de aquel que es el dominus o que de buena fe cree serlo; la possessio que no tiene un justo título y que es de mala fe, es ligada a la detentación. La verdadera posesión es aquella que está acompañada del señorío jurídico o que es apta para llegar a ese señorío mediante la usucapio. Se advierte una antitesis entre possessio corpore y possessio iure; pero, sin embargo se mezclan juntas en la possessio corpore la detentación y la posesión, concepto este que aparece durante Constantino, pero que se encuentra repetidamente después en diversas fuentes provenientes de las dos partes del Imperio.

En las Pandectas, la distinción dominante es entre posesión de buena fe y posesión de mala fe, representando dos gradaciones de posesión: una, la verdadera, que si no es señorío jurídico es apta para obtenerlo; y la otra, ligada con la detentación, porque el poseedor sabe que lesiona la propiedad ajena.

Pablo distingue tantas clases de posesiones cuantas eran las causas de adquisición, concluyendo en esta afirmación: "la posesión es un género que contiene infinitas especies", colocadas, agregaría yo, en esa época, todas en un mismo plano.

Los compiladores, en cambio, aunque sobreviven en el texto de las Pandectas en el ángulo de la clasificación colocan las dos especies sobre planos bien diversos: la posesión de buena fe es la verdadera posesión, aquella del que tiene derecho a poseer, sin preocuparse de si la relación de hecho con la cosa existe; mientras que por otro se desciende hasta el nivel de la detentación, sin preocuparse, tampoco, que esta posesión tiene también la defensa

interdictal. La terminología de la época es así: *possessio naturalis*, *possessio corporalis*, *possessio corpore*, etc.

Esto significó construir el concepto de posesión jurídica y significó, también, sacudir la base de relación de hecho que era propia de la posesión romana. De los elementos constitutivos de la posesión se exalta el *animus*, entendido ahora con *animus domini*, y se debilita —hasta hacerlo desaparecer— el elemento material de la disponibilidad de la cosa.

Ahora, la posesión se adquiere también sin entrega material de la cosa y aún sin su presencia material. Buen ejemplo de esta afirmación nos presenta Arangio Ruiz al comentar la constitución de Teodosio Arcadio y Onorio en C. 4, 3, 1, 2,: "Quod si praedia rustica vel urbana placidum continebit, scriptura, sequatur traditio corporalis et rem fuisse completa gesta testentur". Según esto lo que transfiere los fundos es la escritura. He aquí en esta época un predominio de ideas completamente extrañas al pensamiento jurídico romano.

Como ahora poner la cosa a disposición material ya no es necesario, o al menos, no es siempre necesario, la no disponibilidad de la cosa no revela la pérdida de la posesión.

¿Qué sucede si el poseedor está ausente? Los bizantinos dicen: la posesión del fundo abandonado del ausente no se pierde, pues se considera conservada *animus*.

¿El esclavo se fuga? *Animo quidem possidetur*; de él siempre *possessio animo retinetur*, afirman avanzados reelaboradores de los textos romanos de la época de Justiniano (D. 41, 2, 13 pr.).

También cuando alguien se despoja voluntariamente de la posesión, el que la adquiere no puede tener el *animus domini*, porque su posesión no tiene justa causa o porque sabe que en un determinado momento está destinada a terminar. Los seguidores de Justiniano dicen y los bizantinos repiten: ese alguien continúa poseyendo *iure*, poseyendo *animus*; y el otro, el que adquiere la posesión, es poseedor natural o corporal.

De lo dicho surge la figura verdadera de la posesión romano-justiniana, que es la posesión *iure*, la *possessio animo*, sobre este *animus domini*, en lugar del *animus possidendi*, se centra ahora la noción de la posesión. Ese *animus domini* es suficiente para conservar la posesión del esclavo, aunque se haya fugado; para que

SOBRE LA TEORÍA DE LA POSESIÓN

93

la conserve también el prisionero de guerra, mientras está en cautividad. El que capture el esclavo o se introduzca en el fundo del ausente, está defendido por los interdictos; pero cuando el litigio se plantee entre los dos, entre el que tiene la posesión natural o corporal en el sentido justiniano y quien tiene la *possessio iure o animo*, es este último el que obtendrá el predominio.

No extraña la afirmación que antecede en cuanto a que en el derecho justiniano la base de la verdadera posesión está en el *animus domini*. Este ánimo se investiga en los litigios a la manera bizantina, independientemente de todo comportamiento exterior, mirando aquello que es íntimo, fenómeno no aislado, no esporádico, sino espíritu vivo y profundo de toda la legislación justiniana que hace prevalecer la voluntad efectiva sobre su manifestación exterior.

¿A qué ha quedado reducido el señorío de hecho sobre la cosa expresada por la *possessio romana*, a esta altura de la historia de la institución? A una sobra, o siendo más preciso, está caído en la nada.

En esta época se extiende también el concepto de *possessio* para indicar el ejercicio de hecho de cualquier derecho real que derive del derecho de propiedad y para indicar el estado de hecho de un determinado status: de libertad, de esclavitud, de ciudadanía. Así el principio romano según el cual "*possideri possunt quae sunt corporalia, non intelligitur possideri ius incorporale*" es radicalmente destruido, especialmente como consecuencia del ordenamiento procesal clásico. El ejercicio del derecho de usufructo y de uso fueron protegidos en el período clásico en forma análoga a la posesión, con la extensión de los interdictos posesorios en vías útiles; pero ahora, en esta época post-clásica, toda distinción entre *interdictum* e *interdicto utile* desaparece. Si el uso y el usufructo son entonces cuasi posesiones, surgiendo así esta institución que más tarde será dejada de lado, dando lugar al menos cohibido término de *possessio*, que en las fuentes justinianas se aplica tanto a las cosas como a los derechos, ampliado más tarde donde existan otros *iura in re aliena*.

Así en el derecho justiniano, sólo como eco lejano de un mundo sepultado, resuenan todavía las palabras precavidas de los jurico-cultos clásicos: "*possidere possunt quae sunt corporalia: nec*

possideri intellegitur ius corporale"; palabras que son uno de los muchos elementos muertos, uno de los muchos principios que tienen un valor puramente histórico en la gran compilación. Existe la *possessio rei* y a su lado existe la *possessio iure* y, también existe la *possessio status*, como quiera que quién tenga solamente la posesión de estado de libertad o la del de ciudadanía puede, por *usucapio*, convertirlo en derecho.

En resumen: si el derecho justiniano conoce la *possessio* del *usu fructus* y del *usus*, en la edad clásica *usu fructum* y *usus* se contraponían a *possessio*; en la edad más antigua *usu fructum* y *usus* eran sinónimos de *possessio*; y si en el derecho de Justiniano, con un trastorno del significado antiguo, *precario possidere* significa no poseer, el *precarium* fue el territorio de la más antigua aplicación de la *possessio* romana.

Ahora bien, cuando el autor del capítulo en estudio nos afirma, en su parte final, que la llamada propiedad bonitaria es lisa y llanamente posesión, careciendo aquella de existencia jurídica, surge la primera interrogante: ¿a qué época puede haberse referido? La pregunta queda sin contestación por desconocerse si el autor interpreta bien la evolución de la *possessio*, con los sucesivos cambios que ella experimentó.

Evidentemente, el *in bonis* fue expresado en el derecho de la época preclásica como una especie de las posesiones irrevocables; pero también las revocables, que conforme a la terminología de otras épocas y a la actual son simples detenciones, fueron denominadas posesiones. Luego, esta simple circunstancia de denominación, no es bastante para dar al *in bonis* calificación de simple posesión en la pura acepción del concepto.

La compra de cosas *mancipi*, sin los modos solemnes de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*, adquiridas por *traditio*, fue objeto de protecciones tan singulares que, si se juzga por sus efectos no es posible aceptar que por tal modo de adquirir se originaba solamente una posesión. Además, la institución del *in bonis* no queda reducida a sólo este aspecto de transferencia de cosas *mancipi* por la *traditio*, se amplió a numerosas y diversas situaciones, siguiendo el principio romano de analogía y de contigencia de situaciones. Desde luego, no cabe duda que las cosas *manipi* adquiridas por

SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION

95

mera traditio eran susceptibles de transmisión y de transferencia como cualquier otro derecho, lo que no puede afirmarse categóricamente sucediera con las cosas que estuvieran en simple posesión, en cuanto a los efectos de tales ventas.

La posesión, desde el punto de vista de su protección, estaba amparada solamente por los interdictos, que no eran acciones, sino prohibiciones (interdecere); la propiedad de las cosas Mancipi, adquirida por simple traditio, no estuvo al comienzo bajo el amparo de los interdictos, pues como queda dicho esa protección sólo comprendía los casos de posesiones revocables. Posteriormente, también quedó bajo este amparo; pero más tarde, esa adquisición fue objeto de otras protecciones extraordinarias que, justamente, vinieron a imprimir carácter de dominio a esa clase de adquisiciones y que, en mi entender, no se extendieron, por lo menos al comienzo, a las posesiones de buena fe, como fueron las excepciones de dolo, las de rei donata et tradita y de rei vendita et tradita y, finalmente, la acción Publiciana.

Se presume que el pretor Publio creó la fórmula de la acción Publiciana, ignorándose el año, pero seguramente con posterioridad a la creación de la fórmula petitoria, que es su base. Esta acción contenía una sola fórmula para el propietario bonitario y aunque algunos sostienen que tenía dos: una para el propietario bonitario y otra para el poseedor que ha recibido tradición de una cosa Mancipi o nec Mancipi, en virtud de un justo título y de buena fe, de una persona que no era propietaria, lo comprobado hasta ahora es que Publio se ocupó solamente de la situación de los adquirentes de cosas Mancipi por mera tradición hecha por legítimo propietario. Es efectivo que esta acción se dio posteriormente, por extensión, al poseedor y a los adquirentes de buena fe, a non domino, de un agri vectigalibus o de un derecho de superficie; al poseedor de buena fe de un fundo provincial, adquirido a non domino, si perdía la posesión antes de la expiración del plazo por la longi temporis praescriptio; al adquirente, jure praetorio, de un usufructo por cuasi traditi y de una servidumbre predial por cuasi traditio o por largo uso; a quien de buena fe ha adquirido una servidumbre, a non domino; y, finalmente, al propietario ex jure quiritium que era desposeído.

Esta evolución de la acción Publician aparece haber terminado en el siglo primero de nuestra Era o, por lo menos, había alcanzado a estos límites en dicha época.

Lo anterior permite extraer una conclusión importante: si la acción Publiciana en su origen, tuvo por objeto proteger a los adquirentes de cosas mancipi por simple traditio, es que en esa época se hacía ya una diferencia entre posesión e in bonis. Permite también afirmar que todos, o por lo menos la mayoría de los casos apuntados, se refieren a situaciones en que las cosas sobre que versa la adquisición están en situación similar a la de la cosa mancipi adquirida por mera traditio, es decir, que se encuentran in bonis en manos de sus titulares.

Si se admite lo anterior, hay necesariamente que reconocer que era distinto el régimen protectoral de la posesión iure que aquel creado para lo que se denomina propiedad bonitaria y que, en consecuencia, después de la creación de la acción Publiciana, no puede decirse con justeza que propiedad bonitaria y posesión son lisa y llanamente lo mismo.

Gayo nació bajo el Imperio de Adriano, escribió sus Institutas bajo Antonino el Piadoso y Marco Aurelio, y murió antes del fin del reinado de este Emperador, es decir, vivió en las postrimerías del siglo segundo de nuestra Era o en los comienzos del tercero. Los casos de in bonis que se reconocían en esa época eran múltiples. Citaré por vía de ejemplo sólo algunos: a) el bonorum possessor, designado por el pretor para recoger una herencia, la tiene in bonis, mientras que el heredero civil tiene el dominio quiritario; b) el insólvente, cuyo patrimonio fue vendido en masa, queda propietario quiritario; el emptor bonorum que adquiere este patrimonio lo tiene in bonis; c) en el caso de adjudicación, la propiedad sólo se transfería quiritariamente si la instancia era un iudicium legitimum, es decir, si había tenido lugar en Roma o en un radio de una milla alrededor de Roma, entre ciudadanos y delante de un solo juez. Si el iudicium era imperio contineres, esto es, si carecía de una de las condiciones precedentes, el adjudicatario sólo había la cosa in bonis; d) en el caso de la noxa, si el amo del esclavo que habían originado el daño no se presenta al juicio, el demandante puede llevarse el esclavo, autorizado por el pretor, teniéndolo entonces in bonis y podía, como en los demás casos cita-

SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION

97

dos, usucapirlo; e) el senado consulto Trebeliano decide que el fideicomisario queda asimilado al heredero. En el caso de restituciones, desde que el heredero ha manifestado oralmente o por carta su intención de restituir, el fideicomisario que acepta tiene las cosas de la sucesión *in bonis*, antes de haber tomado posesión; y f) en el caso de la *addictio bonorum libertatis causa*, aquel a quien son atribuidos los bienes de la sucesión, los tiene *in bonis* y puede usucapirlos.

Además, sin que signifique afirmar que es un caso más de propiedad bonitaria, puede ser asimilada a ella el derecho de los adquirentes de fundos provinciales, pues aún cuando estos adquirentes no pueden usucapir y no están protegidos por la acción *Publiciana*, disfrutaban, en cambio, de la *praescriptio longi temporis*, mencionada ya en los textos de la época de Caracalla. En sus relaciones recíprocas estos adquirentes tenían una especie de propiedad imperfecta como quiera que, a su muerte, el derecho pasaba a sus herederos, podían transferir *inter vivos* el fundo provincial por simple *traditio* y el adquirente desposeído, aunque carecía de la acción reivindicatoria, podía ejercer una acción *in rem* especial sobre la cual hay pocas noticias, pero cuya fórmula contenía la expresión: *habere possidere fruique*. Posteriormente, también estuvo a disposición de estos adquirentes la acción *Publiciana*. Luego quien adquiría un fundo provincial, sin ser propietario *quiritario*, quedaba en situación análoga a éste.

Tal era el panorama general existente en vida de Gayo cuando éste redactó sus *Institutas*. Objetivamente ¿qué analizó Gayo cuando redactó sus *Institutas*? nada más ni nada menos que lo siguiente: a) que los propietarios bonitarios hacían suyos en todo caso, los frutos de la cosa adquirida; b) que podían disponer arbitrariamente de la cosa; c) que tratándose de un esclavo, las adquisiciones que éste hiciera pertenecían al propietario bonitario y no al *quiritario*, a quien correspondía la potestas sobre él y, como consecuencia, la herencia, la tutela y la curatela si el esclavo fallecía sin herederos; y d) que esta propiedad estaba protegida en forma más vigorosa que la posesión y en forma análoga al dominio *quiritario*, aún cuando la acción protectora se denominase en la *in bonis Publiciana* y la *quiritaria* reivindicatoria. Reducido a una escala mínima puede este panorama explicarse así: existía un domi-

nio quiritarario, adquirible sólo por ciudadanos romanos, cumpliendo las solemnidades legales; habían cosas que se encontraban in bonis de estos mismos ciudadanos, protegidas por el derecho, pretoriano o no pretoriano (recuérdese el Senado Consulto Treheliano) con excepciones y acciones que aún cuando no configuraban el dominio quiritarario, representaban algo más que el simple hecho posesorio y que, por sus efectos, eran efectivamente una especie de propiedad o, por lo menos, como expresa Eugenio Petit, un desdoblamiento de la propiedad; existía, finalmente, la posesión, dentro del grado de evolución que he señalado para esta época, relación de hecho protegida por los interdictos y, excepcionalmente, por la acción Publiciana, cuando esta posesión había sido adquirida con justo título y buena fe, pero que, en su caso, cedía frente a la acción reivindicatoria, mientras que en el caso de venta de cosas Mancipi, sin el modo solemne, la Publiciana no cedía a la reivindicatoria.

No hay antinomia en lo que Gayo expresa. Jurisconsulto objetivo por excelencia, no podía desentenderse de la realidad existente en su época en la que aparecía en evidencia, por sus efectos y por la protección de que era objeto, dos clases de propiedad y, en particular, la bonitaria, extraordinariamente generalizada.

Si el in bonis, como parece, tuvo su origen en la tradición de una cosa Mancipi, su particular evolución era inmensa en la época en que el jurisconsulto vivió. Ahora podían encontrarse in bonis de una persona las cosas singulares y también un patrimonio entero o una parte de él, como ocurría en la herencia, en virtud de la bonorum possessio. Entre lo poco que sabemos de la vida de este jurisconsulto clásico se destaca en los textos que pertenecía, por propia confesión, a la Escuela Sabiniana. Fue seguramente rebelde a las doctrinas filosóficas y partidario de la autoridad, como sus praeceptores; pero por encima de todo, objetivo, realista, práctico como lo fue Ulpiano. Las únicas diferencias que existían entre la propiedad quiritararia y la bonitaria eran de detalle, y no más que éstas: a) el propietario o in bonis no transfiere otra cosa que la propiedad pretoriana; no puede legar la cosa in bonis por vindicationem, pero sí por otras formas; y si manumite al esclavo adquirido por simple traditio, sólo hace de él un latino Juniano, más no un ciudadano romano.

SOBRE LA TEORIA DE LA POSESION

99

Gayo y Ulpiano deben haber presentido que la heterogeneidad de pueblos que componían el Imperio no permitiría la supervivencia de muchos de los rígidos conceptos del *ius quiritium*. Ya en su época habían hecho crisis antiguas instituciones romanas como las *gentes* y el parentesco de agnación. Frente al concepto de dominio se imponía con fuerza avasalladora el derecho natural que el cristianismo empezaba a avivar incesantemente. La buena fe y la protección de los intereses de la gran mayoría de los romanos exigía una propiedad más amplia, organizada sobre otras bases menos formalistas en sus modos de adquisición que los antiguos. Gayo y Ulpiano trabajaron en esta dirección: En el *Digesto* (D. V. 5) se atribuye a ambos dos leyes que forman este título y que constatan la existencia de la llamada *possessoria hereditatis petitio*, que es la acción de petición de herencia, extendida fuera del campo del derecho hereditario, otorgada al *bonorum possessor* para reclamar la herencia. Este hecho parece también bastante ilustrativo acerca del convencimiento de Gayo en cuanto a que en su época habían diversos tipos de propiedad.

Siempre he repetido en cátedra que para comprender las instituciones romanas, dogmáticas hasta el exceso en el período antiguo, y bastante relajadas después, es necesario dar al dogma la simple parte que puede corresponderle; más siempre el dogma debe estar iluminado por la historia. Ningún sistema de derecho puede ser estudiado en sí y por sí, separado de la realidad de la vida y del largo proceso que lo ha generado. Dogmáticamente puede decirse que propiedad bonitaria y *possessio* son una misma y única cosa; pero la investigación de ambos conceptos nos lleva a otra conclusión, porque en la investigación hay forzosamente que distinguir aquello que es rama seca de lo otro que es brote nuevo; aquello que va siendo voz muerta del pasado de lo otro que es orden legislativa del presente, aún cuando su creación, como es el caso, pertenezca a lo que llamados derecho honorario, que fue derecho, y sublime, por cierto; talvez el más sublime del romano privado.

En la época histórica en que vivieron Gayo y después Teófilo, la propiedad bonitaria era ya la expresión jurídica de un estado de cosas que no se avenía con el antiguo *ius quiritium*.

Quando desaparece la clasificación de las cosas en mancipi y nec mancipi y el modo de adquirir traditio se universaliza y ocupa definitivamente el lugar de la mancipio, el nudo ius quiritium debe haber representado apenas una voz sin concepto, inutilizada para cualquier construcción presente, como otras tantas abundantes y superabundantes en las Pandectas que sólo sirven para representar lo que fue el derecho romano privado. Más aún cuando sean hoy inutilizables, no quiero decir con ello que debemos ignorarlas. Por el contrario, es necesario conocerlas íntimamente, teniendo también presente que si las palabras permanecen indefinidamente en el tiempo, pueden cambiar con el tiempo los conceptos que estas palabras representan.