

Artículos

La posesión en derecho romano clásico y en derecho civil mexicano

Possession in Classical Roman Law and in Mexican Civil Law

Jorge Adame Goddard

 <https://orcid.org/0000-0002-6515-0945>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: adame@unam.mx

Resumen: Como parte de un estudio comparativo entre el régimen de posesión en los códigos civiles mexicanos y el régimen en el derecho romano clásico, se presenta aquí una exposición sintética del régimen en el derecho romano clásico, que distingue dos tipos de posesión, la pretoria o interdictal, que es simplemente una posesión protegida contra perturbaciones externas, y la posesión civil, que se asimila a la propiedad y sirve para adquirir bienes civiles por usucapio. El estudio concluye haciendo algunas observaciones comparativas con el derecho civil mexicano sobre cuatro puntos importantes: la noción de posesión, las cosas que pueden ser objeto de posesión, los recursos para defender la posesión y la adquisición de propiedad por medio de la posesión continua.

Palabras clave: régimen de posesión, posesión interdictal, usucapio, posesión continua.

Abstract: As part of a comparative study between the regime of possession in Mexican civil codes and the regime in classical Roman law, a synthetic exposition of the regime in classical Roman law is presented here, which distinguishes two types of possession, the pretoria or interdictal, which is simply a possession protected against external disturbances, and the possession civilis (civil possession), which is assimilated to property and serves to acquire civil property by usucapio. The study concluded by making some comparative observations with Mexican civil law on four important points: the notion of possession, the things that can be the object of possession, the resources to defend possession and the acquisition of property through continuous possession.

Keywords: possession regime, interdiction possession, usucapio, continuous possession.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Dos nociones de posesión en el derecho romano clásico.* III. *La posesión pretoria.* IV *La posesión civil.* V. *La usucapión.*

VI. *La prescripción de largo tiempo (longi temporis praescriptio)*. VII. *La posesión en el derecho posclásico*. VIII. *La usucapión y la prescripción en el derecho posclásico*. IX. *Puntos para el análisis comparativo de la posesión en el derecho romano clásico con el derecho civil mexicano*. X. *Bibliografía*.

I. Introducción

Este trabajo es parte de un estudio comparativo que estoy haciendo del régimen de la posesión en los códigos civiles mexicanos y el régimen de la posesión en el derecho romano clásico. El estudio de la posesión en los códigos civiles mexicanos ya fue publicado en esta misma revista,¹ ahora presento aquí el resultado del estudio del régimen correspondiente en el derecho romano.

Debo advertir que este estudio no pretende ser una obra monográfica especializada, en la que se profundice algunos aspectos del complejo e interesante régimen posesorio. Es tan solo un estudio en el que procuro presentar de forma sintética una visión de las reglas clásicas que regían la posesión en el derecho clásico, con el objeto de precisar los puntos en que compararé, con más profundidad, el régimen civil con el régimen clásico. El objetivo de esta comparación no es únicamente señalar las semejanzas y diferencias entre uno y otro régimen, sino además proponer un régimen que pueda resultar más adecuado en las circunstancias actuales de México, y que pueda ser también propuesto como régimen común en la República mexicana.²

El estudio romanista lo he basado, principalmente, en tres grandes tratados de derecho romano clásico, el de Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, el de Álvaro d'Ors, *Derecho Privado Romano* y el de Alejandro Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, cuyas fichas bibliográficas aparecen en la bibliografía al final del trabajo, así como en las fuentes que ellos citan.

En el derecho romano se distinguen claramente dos nociones de posesión, tanto por su origen como por sus efectos jurídicos, que son:

¹ *Revista de Derecho Privado*, núm. 19, año IX.

² Con ese mismo objetivo he publicado: "El concepto jurídico de «bienes»", en *Revista General de Derecho Romano*, núm. 36, 2020, pp. 1-17; y "La clasificación de los bienes en los códigos civiles de la República mexicana", *Revista de Derecho Privado*, núm. 19, enero-junio de 2021, pp. 4-50.

la posesión civil y la posesión pretoria. Esta diversidad de nociones o conceptos me parece que debe ser tenida muy en cuenta, máxime que hoy la posesión se presenta como un concepto unitario.

II. Dos nociones de posesión en el derecho romano clásico

El concepto más antiguo de posesión es el poder que ejerce sobre una cosa en litigio, aquel que la tiene durante un proceso reivindicatorio.³ En el antiguo proceso vindicatorio por medio del *sacramentum in rem*, en que ambas partes juraban que la cosa era suya, el pretor atribuía interinamente la cosa en disputa a uno de los litigantes, el que diera la mejor garantía (*predes litis et vindiciarum*) de que la devolvería con sus frutos, al que resultara vencedor. El que tenía la cosa interinamente pretendía ser propietario, al igual que la otra parte; ambas tienen que probar las causas por las que afirman haber adquirido la propiedad sobre esa cosa. La relación con la cosa del que la tiene bajo su poder y pretende ser propietario, no se llamó en el derecho arcaico *possessio*, sino *usus*,⁴ ese es el punto de partida para la elaboración posterior del concepto de posesión civil, que es la que lleva a adquirir la propiedad por *usucapio*.⁵

Posteriormente, en tiempo de la república, apareció la palabra *possessio*⁶ para designar el control efectivo que ejercía un concesionario a largo plazo (diez o veinte años) sobre una porción de tierra pública, es decir, de tierra de la propiedad del pueblo romano, sobre la cual el concesionario estaba asentado, y que podía usar, cultivar y disponer de los frutos que produjera, sin pretensión de adquirir su propiedad.⁷ Para defender al poseedor de tierra pública de las perturbaciones que podía sufrir, el pretor lo protegió por medio del interdicto *uti possidetis*, es decir, por medio de un decreto que emitía, después de conocer brevemente el caso, por el que prohibía que se perturbara al poseedor. De esta situación protegida por el pretor deriva el otro

³ Puede ser el actor o el demandado, el que haya dado mejor garantía (*predes litis et vindiciarum*) de que devolverá la cosa y sus frutos al vencedor.

⁴ XII Tablas 6,3: *usus auctoritas fundi biennium*.

⁵ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, §94,II.

⁶ En la fórmula del interdicto *uti possidetis*.

⁷ D'ors, A. *Derecho Privado Romano*, § 143.

concepto de posesión, la posesión pretoria o interdictal. La palabra *possessio*, que se refería a esta relación de control sobre una cosa sobre la cual no se puede ni se pretende adquirir la propiedad, luego se extendió para designar al que tiene una cosa con la pretensión de ser propietario, con lo cual se propiciaba la confusión de ambas relaciones por tener un mismo nombre, aunque en el derecho clásico se mantuvo la diferencia por el uso de los calificativos civil (*possessio civilis*) o natural (*possessio naturalis*); la posesión civil es la que puede dar lugar a la usucapión, y la posesión natural es la que no puede dar lugar a la usucapión; en esta posesión natural se comprende a los poseedores defendidos por los interdictos o poseedores pretorios y a los que simplemente tienen la cosa, sin ninguna protección jurídica.

Aunque la más antigua es la posesión civil, expondré primero el régimen de la posesión pretoria, por ser más sencillo.

III. La posesión pretoria

A partir de la defensa del concesionario de tierras públicas,⁸ se fue ampliando la defensa de la posesión por medio de interdictos, que incluyó también la posesión de cosas muebles, y se dio en favor de otras personas, distintas de los concesionarios de tierras públicas, que tenían bajo su control una cosa con cierta independencia.

1. La defensa interdictal

El interdicto más antiguo, el llamado *uti possidetis*,⁹ era un interdicto prohibitorio que contenía una orden del pretor por la cual prohibía que

⁸ Podría ser que el concesionario no tuviera que pagar por tener la tierra (*ager occupatorius*), o que pagara una renta anual (*ager vectigalis*), o que pagara una cantidad inicial, como si lo comprara, pero seguía siendo tierra pública, por la cual el concesionario tenía que pagar algunas cantidades mientras la poseía (*ager quaestorius*), y había otras modalidades. En todos estos casos, las tierras eran públicas; las leyes agrarias de fines de la República establecieron que muchas de estas tierras pasaran a propiedad privada, por lo que, durante el Principado, las tierras públicas sólo se concesionaban mediante el pago de una renta anual o *vectigal*. Véase Kaser, *RPR* I, §94, III, 2, b.

⁹ Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 247, según la reconstrucción de Lenel, *EP* § 247.

se perturbara al poseedor de un inmueble en el ejercicio de su posesión. En este interdicto prevalecía el poseedor actual del fundo, siempre y cuando (cláusula de posesión viciosa) no derivara su posesión por violencia, clandestinidad o precario respecto de la otra parte. Como en la controversia acerca de la perturbación posesoria, las dos partes podían alegar que una poseía y que la otra la perturbaba en la posesión, ambas eran a la vez actores y demandados, por lo que se decía que este era un interdicto “doble”. Aunque el interdicto servía para prohibir la perturbación posesoria del poseedor actual, y por eso era considerado un interdicto prohibitorio, podía servir para recuperar la posesión perdida, porque, en virtud de la cláusula de posesión viciosa, el que tuviera la posesión actual del fundo por haberla tomado clandestina, violentamente o a ruegos, perdía en el interdicto respecto del que fue despojado así de ella, y, por lo tanto, para cumplir la orden que le prohibía perturbar la posesión tenía que restituir el fundo al despojado.

Para facilitar la restitución al poseedor injustamente despojado, el pretor fue dando otros interdictos simples de carácter restitutorio. Al despojado por violencia de un fundo, le dio el interdicto *unde vi*,¹⁰ que puede ejercer en el plazo de un año contado a partir de que se ejerció la violencia, por el que se ordena al que hubiera hecho violencia para hacerse de la posesión del fundo que lo restituya al que previamente lo poseía; este interdicto tenía cláusula de posesión viciosa, por lo que si uno despojaba violentamente de un fundo a otro, y éste a su vez usaba la violencia para recuperar el fundo, el últimamente despojado no podía prevalecer con el interdicto porque él había obtenido su posesión violentamente; esto hacía que se favoreciera el recurso a la violencia en contra de aquel que se hizo de la posesión con violencia. Para evitar ese efecto, el pretor dio otro interdicto, sin cláusula de posesión viciosa, el llamado *unde vi armata*,¹¹ en el que prevalecía siempre el último despojado por medio de violencia con armas.

¹⁰ Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 245, según la reconstrucción de Lenel. *EP* § 245. Es posible que existiera un interdicto restitutorio contra quien se hacía de la posesión clandestinamente (*int. De clandestina possessione*), pero que se dejó de usar porque la jurisprudencia interpretó que, si el poseedor original se enteraba de la toma clandestina y se oponía, el que retenía el fundo obraba violentamente y procedía contra él el interdicto *unde vi*. Ver D'ors, A. *Derecho Privado Romano* § 145.

¹¹ Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 245.2, según la reconstrucción de Lenel (*Lenel, EP* § 245).

En el caso de que alguien hubiera dado gratuitamente la posesión de un fundo (*precario dans*) y el que lo recibió (*precarista*) no lo devolviera, el primero puede ejercer el interdicto *de precario*, por el que se ordena al *precarista* que lo restituya.

Desde el siglo III a. C. hubo otro interdicto para defensa de la posesión de bienes muebles, el interdicto *utrubi*,¹² en el que prevalecía quien hubiera tenido la cosa mueble más tiempo en los últimos doce meses, si no derivaba su posesión respecto del otro por violencia, clandestinidad o *precario*. Era también un interdicto doble en el que ambas partes fungían a la vez como actores y como demandados. La fórmula de este interdicto no se refiere a la posesión, sino al hecho de haber tenido la cosa durante más tiempo.

Por lo general, los interdictos dados por el pretor eran un decreto que contenía una orden de no impedir el libre ejercicio de la posesión sobre una cosa (interdicto prohibitorio) o de restituirla (interdicto restitutorio). Si aquel a quien se dirigía la orden no la obedecía,¹³ la otra parte podía iniciar una acción ordinaria, llamada *actio ex interdicto*, para exigir el pago de una cantidad de dinero equivalente al interés que tenía el actor en que se hubiera cumplido la orden dada por el pretor.

La protección interdictal tenía dos momentos. El primero es el procedimiento breve ante el pretor que concluye con la emisión o negación del interdicto. El segundo, es el juicio que se sigue cuando la orden interdictal no se cumple y que concluye con una sentencia que condena o absuelve.

Pero la protección interdictal es siempre provisional, porque no resuelve si el poseedor tiene derecho a poseer la cosa, sino que simplemente decide que puede seguir con el control físico de la cosa, por lo que el propietario siempre tiene la posibilidad de demandarlo con la acción reivindicatoria.

¹² Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 264, según la reconstrucción de Lenel (Lenel, *EP* § 264).

¹³ La orden interdictal no se dirigía a una persona por su nombre, sino que se refería a ella por el pronombre personal tú (para el demandado) o él (para el actor), por ejemplo, “de donde le expulsaste te ordeno que lo restituyas”. Esto hacía que la parte que debía cumplir pudiera juzgar que la orden no le atañía a ella, porque, siguiendo el ejemplo, ella no había expulsado del fundo al actor; por eso se dice que la orden interdictal es una orden “hipotética”.

2. Personas legitimadas para solicitar los interdictos

La protección interdictal, originariamente concedida a los poseedores de tierras públicas, se extendió a otras personas que tenían una posesión con cierta independencia.

En primer lugar, se extendió a favor de los propietarios civiles, a quienes se reconoció que eran poseedores,¹⁴ por lo que podían ejercer los interdictos para defender o recuperar la cosa que hubieren dejado de tener, lo cual resultaba más sencillo que ejercer la acción reivindicatoria, porque en los interdictos no tenían que probar la propiedad civil. Como en el interdicto *uti possidetis* se discernía quién era el poseedor actual, y la acción reivindicatoria se ejercía en contra del poseedor, el trámite del interdicto posesorio llegó a ser un trámite preliminar para definir quién podrá ser el actor en la acción reivindicatoria (el que perdió en el interdicto) y quién el demandado (el que ganó en el interdicto).

La protección posesoria también se extendió a otras personas que, aunque reciben la posesión del propietario, la detentan con cierta independencia, como las siguientes:

Los poseedores civiles, esto es, las personas que tienen la posesión como consecuencia de un acto o justa causa para adquirir la propiedad, pero no la han adquirido por algún defecto formal, como el que compró un bien inmueble sin hacer el acto formal de adquisición, o el que recibió una cosa de la herencia, que piensa que es suya, pero no era de la propiedad del causante de la herencia, y otros casos en que se tiene justa causa para adquirir la propiedad. Así mismo, se reconoció que aquellos que tienen la posesión civil, es decir, que poseen como propietarios por creer tener una justa causa para adquirir la propiedad, también pueden servirse de los interdictos, aunque luego se demuestre que no son propietarios.¹⁵

¹⁴ Como lo expresa claramente la descripción del contenido de la propiedad: *uti, frui, habere* (es decir, tener como propietario) y *possidere*.

¹⁵ Eso indica que por medio de los interdictos se protege al propietario aparente, que puede ser alguien quien tiene la cosa, aun sin justa causa y de mala fe, es decir, sabiendo que lesiona el derecho de un propietario, como el ladrón. Véase Kaser, *DRP* I, § 94, III, 2. Esto es cierto, pero debe tenerse en cuenta que en los interdictos con cláusula de posesión viciosa (*uti possidetis, unde vi*) el que tiene la posesión actual del inmueble no prevalece respecto de aquel del cual derivó la posesión con vicio; por ejemplo, el que despojó violentamente no prevalece respecto del que fue despojado.

Quien recibía un fundo en precario, aunque debía devolverlo en cuanto se lo pidiera el dueño, de hecho, continuaba teniendo el fundo por mucho tiempo, por lo que se consideró que tenía una posesión sobre el fundo y la consiguiente defensa interdictal, si bien no podía prevalecer contra el dueño.

El acreedor pignoraticio, que recibe la cosa del propietario pignorante, también se consideró poseedor pretorio respecto de la cosa pignorada, cuya posesión podía defender o recuperar por medio de los interdictos, aunque sigue obligado a devolverla al pignorante en cuanto se pague la deuda.

Finalmente, los secuestrarios, es decir, aquellos que recibieran una cosa para entregarla a quien resulte determinado por un evento posterior, como el resultado de una competencia o de un juicio, mientras tienen la cosa, se consideran poseedores protegidos por los interdictos.

Las personas que tienen una cosa por haberla recibido del propietario, del cual dependen, como el arrendatario, el comodatario, el depositario y aun el usufructuario, no se consideraron como poseedores pretorios, sino como detentadores o poseedores naturales que, en principio, no disponen de la protección interdictal.

Los límites de la protección posesoria mediante interdictos no son muy precisos, porque sólo el interdicto *uti possidetis* hace referencia a la posesión como fundamento de la protección posesoria. Los demás interdictos no se referían a la posesión. Los tres interdictos recuperatorios se fundan en un hecho, sea el que alguien despoja con violencia simple o armada, sea el hecho de la negativa del precarista a devolver; el interdicto *utrubi* se refiere al hecho de haber tenido la cosa por más tiempo. Esto hizo que la protección interdictal se extendiera a otras personas que no eran consideradas poseedores, como los usufructuarios, que podían ejercer todos los interdictos, salvo el *uti possidetis*, y aun este mismo se les concedió como interdicto «útil» con la ficción de que el usufructuario posee la cosa usufrutuada.¹⁶

3. Visión general de la posesión pretoria

Como hipótesis general puede proponerse que la posesión pretoria es la tenencia o control física de una cosa que está protegida por los

¹⁶ Véase D'Ors, A. *Derecho Privado Romano* § 143 n. 9.

interdictos del pretor. Se distingue de la tenencia no protegida por los interdictos, a la que los juristas romanos denominaron posesión natural (*naturalis possessio*¹⁷) y en el derecho común medieval se conoció como detentación (*detentatio*).

La palabra *possessio*, si bien hace referencia al hecho de que alguien tiene el control físico de una cosa, como el concesionario asentado en una tierra pública, también tenía originalmente una connotación jurídica, pues no era el solo asentamiento en una tierra pública, sino un asentamiento concesionado por algún magistrado, de modo que indicaba un poder físico sobre una cosa jurídicamente reconocido. Cuando se extiende la palabra *possessio* para referirse al poder que ejercen los propietarios, los precaristas, los acreedores pignoratícios o los secuestrarios, sigue indicando un poder físico jurídicamente reconocido. En principio, la posesión pretoria presuponía una causa jurídica previa. Sin embargo, como los interdictos, salvo el *uti possidetis*, no hacían referencia a la posesión, podían ser utilizados por cualquier persona que tuviera una cosa, como ocurría claramente en el interdicto *utrubi*, en el que prevalecía la persona que hubiera tenido la cosa más tiempo en los últimos doce meses, aunque hubiera sido un ladrón.¹⁸ En ese caso, el poder de hecho que ejerce el ladrón sobre la cosa, o el que ejerce quien invadió violentamente un inmueble (de acuerdo con la fórmula del interdicto *unde vi armata*) está jurídicamente reconocido y protegido por el interdicto para evitar los actos violentos.

La posesión pretoria no precisa provenir de un acto jurídico previo, es simplemente el control físico protegido por los interdictos posesorios, con el fin de preservar la paz pública y evitar la violencia por propia mano.

¹⁷ También se dice *naturalis possessio*, aquella que se opone a la posesión apta para usucapir, es decir, la *civilis possessio*.

¹⁸ El interdicto *utrubi* no tenía cláusula de posesión viciosa, porque ni siquiera se refería a la posesión, sino al hecho de tener una cosa la mayor parte del año. Las fuentes (Gai 4,150 y PS 5,6,1) que hablan de una cláusula de posesión viciosa de este interdicto no parecen reflejar su régimen clásico. Véase D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 143 n. 3.

IV. La posesión civil

Originalmente, se llamó *usus* al poder que ejercía una persona sobre una cosa respecto de la cual afirmaba ser propietario, por ejemplo, el poder que ejercía temporalmente sobre una cosa en litigio, aquel a quien el magistrado, en el antiguo proceso reivindicatorio, le otorgaba la posesión interina, mientras se resolvía quién era el verdadero propietario. Por otra parte, cuando se reconoció que quien tiene una cosa como propietario está protegido por los interdictos posesorios, se amplió el significado original de la palabra *possessio*, que inicialmente designaba el poder del concesionario de tierra pública que no pretendía ser propietario, para comprender también el poder que ejerce el propietario.¹⁹ Gracias a eso llegó a distinguirse el *usus* de la *possessio*,²⁰ y reconecerse que puede haber *possessio* sin *usus*, como es la posesión que tiene el acreedor pignoraticio o el secuestrario.

1. *Justa causa*

La posesión civil es la de quien tiene la cosa, considerando que la cosa es suya porque tiene una justa causa (o causa suficiente) para ser propietario. En la mayor parte de los casos, si existe una justa causa, el poseedor civil es realmente el propietario. Puede ser que el poseedor tenga una justa causa para adquirir, pero no ser propietario porque falta un acto formal de adquisición, por ejemplo, el comprador de un fundo que lo recibe por simple entrega sin hacerse el acto formal (*mancipatio* o *in iure cessio*) para adquirir la propiedad; o quien recibe la posesión de alguien que no es el propietario civil, como el heredero que recibe en la herencia una cosa que no era del causante. Para estos casos y otros semejantes se configuró la posibilidad de que el poseedor civil adquiriera la propiedad mediante la posesión civil continuada (*usucapio*) por un año, si la cosa era mueble, o por dos, si era inmueble. Los juristas desarrollaron la doctrina de la posesión civil para determinar cuál era la posesión apta para adquirir la propiedad mediante la usucapión.

¹⁹ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 117, IV.

²⁰ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 142 n. 3.

2. Elementos de la posesión civil: *corpus* y *animus*

Dado que la posesión civil puede llevar a la adquisición de la propiedad por la posesión continuada (usucapión), los juristas clásicos, por medio de análisis casuístico, precisaron cómo se adquiere y se pierde. Concluyeron que la posesión civil se adquiere al poseer una cosa corporalmente, es decir, al tener el control físico (*corpore*) sobre ella,²¹ y tener también la voluntad de comportarse como propietario (*animus*). El ánimo o voluntad de ser propietario no es la intención de llegar a serlo, sino el juicio u opinión del poseedor de ser propietario porque tiene una justa causa para adquirir la propiedad de la cosa que posee; la justa causa es un acto que permite la adquisición de la propiedad, como la compra, la donación, el legado y otros más, que se examinarán en el análisis de la usucapión. La posesión civil, desde sus orígenes, ha sido posesión con justa causa.²²

El ánimo de quien posee con justa causa puede ser de buena o de mala fe. Es de buena fe cuando el poseedor ignora que lesiona los derechos de un propietario civil, y de mala fe, cuando sabe que lesiona los derechos del propietario civil. Por ejemplo, quien compra algo de quien no es su propietario, sin saber que el vendedor no es propietario, posee con justo título y con buena fe; pero quien compra sabiendo que el vendedor no es propietario, posee con justo título, pero de mala fe. Por lo general, se presume que quien posee con justa causa es poseedor de buena fe, por lo que, si alguien quiere negar la buena fe, debe probar que el poseedor conocía el vicio o defecto de la causa por la cual poseía. En el ejemplo mencionado sería probar que el poseedor sabía que el vendedor no era el propietario.

3. Adquisición de la posesión civil

El poseedor puede adquirir corporalmente la cosa por sí mismo o por medio de otra persona, por ejemplo, por medio de un hijo o esclavo sometido a su potestad, y en algunos casos se admitió en época clásica alta, que podía adquirirla por medio de un representante (*procu-*

²¹ En derecho posclásico se confunde el requisito de poseer con el cuerpo, es decir, el tener físicamente la cosa, con la cosa misma, a la que se llama *corpus*, véase Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 1.15, I.

²² Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, § 94, II, 1.

rator) o de un tutor.²³ Puede retener la posesión teniendo él mismo la cosa o habiéndola dejado a otra persona que tiene la obligación de devolvérsela, como a un arrendatario o un comodatario.

El *animus* requiere la voluntad del que adquiere, por eso no puede adquirir la posesión civil por falta de *animus* una persona dormida, ni una que ignora que existe una cosa, como el poseedor de un campo que no posee el tesoro que él ignora que está enterrado ahí, ni tampoco un loco. Pero, como la adquisición de la posesión es un acto material y no un acto jurídico, para adquirir la posesión civil no se requiere capacidad jurídica, y por eso, un menor puede adquirirla sin necesidad del consentimiento del tutor, incluso un menor de siete años cuando alguien le regala alguna cosa.²⁴

4. Retención de la posesión civil

Ordinariamente, el poseedor civil retiene la posesión mientras siga teniendo el control físico (*corpore*) de la cosa poseída y la convicción fundada de ser propietario (*animo*). Puede suceder que el control físico de la cosa lo retenga por medio de otra persona que tiene la cosa, pero está obligada a devolverla al poseedor en cierto momento, por ejemplo, un comodatario, un arrendatario o un depositario; en este caso el poseedor civil retiene la posesión porque sigue teniendo el *animus*, pero el *corpus* lo retiene por medio de un tercero.

Hay casos en que se interpretó que el poseedor civil retiene su posesión por el solo animo (*retinere animo tantum*); como quien ha extraviado una cosa que intenta recuperar, se dice que sigue siendo poseedor civil por el solo ánimo, mientras no deje de buscar la cosa, o quien posee un inmueble que únicamente usa en el invierno, se entiende que, aunque no esté en el inmueble en las otras estaciones, retiene la posesión por el solo ánimo.

5. Pérdida de la posesión civil

La posesión civil se pierde cuando el poseedor deja de tener alguno de esos dos elementos, esto es, cuando pierde el control físico de la

²³ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, § 95, II, 4.

²⁴ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 147.

cosa, como cuando se la roban, o cuando pierde la causa para adquirir la propiedad, por ejemplo, cuando dona una cosa que posee, aunque no la entregue todavía, ya no es poseedor porque no tiene el ánimo de comportarse como propietario. Por supuesto, también la pierde cuando, por un solo acto, deja de tener esos dos elementos, por ejemplo, cuando entrega la cosa a un comprador.

6. Defensa de la posesión civil

El poseedor civil, por lo general, juzga que es propietario, aunque de hecho no lo sea, porque tiene alguna causa suficiente para adquirir la propiedad. Como poseedor civil tiene a su disposición los interdictos posesorios para evitar las perturbaciones o recuperar el control sobre la cosa si lo hubiera perdido. Y si no pudiera prevalecer con el interdicto, por ejemplo, por haber perdido el control físico de la cosa por más de un año, tiene entonces la acción Publiciana,²⁵ semejante a la acción reivindicatoria del propietario, con la cual podía recuperar la cosa de cualquier poseedor. Tal acción se dio a favor del poseedor civil a quien se le entregó una cosa por alguna justa causa, pero no adquirió la propiedad porque faltó un acto formal de adquisición, por ejemplo, el que compró un inmueble que se le entregó sin hacerse el acto formal de adquisición, o porque quien le entregó no era propietario civil. Con esta acción, el poseedor civil, que no ha adquirido la propiedad por usucapión, prevalecía contra cualquiera que tuviera el control físico de la cosa, salvo que fuera el propietario civil.

Cuando fue el propietario civil quien entregó la cosa al poseedor sin que se hiciera el acto necesario para que adquiriera la propiedad, el poseedor civil sabe que, de momento, no es propietario, pero que llegará a serlo, y cuenta con recursos para defenderse del propietario civil; si éste le exigiera la restitución de la cosa, el poseedor tiene la excepción de haberle sido entregada por el mismo propietario, y si la cosa hubiera vuelto al control físico del propietario, el poseedor civil podría recuperarla con la acción Publiciana, pues si el propietario opusiera la excepción de que él es el propietario de la cosa, el poseedor prevalece oponiendo la réplica de que la cosa le fue entregada por él.

²⁵ Prevista en el Edicto del Pretor en su cláusula 60, según la reconstrucción de Lenel (Lenel, *EP* § 60); era una acción «útil», porque en su fórmula se fingía que el actor había poseído el tiempo suficiente para adquirir la propiedad por usucapión.

Dada esa protección amplia que da la acción Publiciana al poseedor civil, incluso contra el propietario en ciertos casos, se afirmó que el poseedor civil era un propietario por derecho pretorio.

7. Posesión de buena o de mala fe

Por razón del ánimo, el poseedor puede ser calificado como de buena o de mala fe. Es poseedor de buena fe aquel que ignora que con su posesión civil lesiona los derechos del propietario legítimo; se presume que el poseedor civil, por poseer con justa causa, es poseedor de buena fe. Es poseedor de mala fe el que sabe que lesiona los derechos del propietario, aunque pueda alegar una justa causa para poseer, por ejemplo, el que compra una cosa que sabe que fue robada, posee con justa causa, pero de mala fe. El poseedor civil es siempre poseedor de buena fe, y únicamente él puede adquirir la propiedad por usucapión.

La buena o mala fe del poseedor es algo que puede determinar únicamente el juez²⁶ que conoce una acción reivindicatoria intentada por el legítimo propietario o una acción publiciana intentada por el poseedor civil contra otro poseedor. En el juicio, el juez tendrá en cuenta la buena o mala fe del poseedor demandado para determinar el grado de responsabilidad que tenga respecto de los frutos que haya producido la cosa, los daños que haya sufrido, así como para determinar la posibilidad de exigir el reembolso de los gastos y de las mejoras que el poseedor hubiera hecho.²⁷

El poseedor demandado podría ser un poseedor civil que recibió la posesión de alguien que no era propietario, sin que el poseedor supiera que quien le entregó no era propietario. En este caso, el poseedor civil, con justa causa y buena fe, tendrá que restituir la cosa al propietario, de acuerdo con lo que se exige a un poseedor de buena fe. Si el poseedor sabía que quien le entregó no era propietario, tendrá que restituir de acuerdo con las reglas que rigen la responsabilidad del poseedor de mala fe.²⁸

²⁶ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 147.

²⁷ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 151.

²⁸ La calificación de ser poseedor de buena o de mala fe también se puede hacer respecto del poseedor pretorio, defendido por los interdictos, cuando el propietario le reclama con la acción reivindicatoria; si el poseedor pretorio sabía que con su pose-

La mala fe del poseedor también podría tenerla en cuenta el juez, si tuviera que juzgar si un poseedor adquirió, por usucapión, la propiedad de la cosa que reclama el propietario civil. Si el poseedor poseía con justa causa y buena fe, era realmente poseedor civil y pudo adquirir la propiedad por usucapión; si poseía con justa causa, pero sin buena fe, no podría adquirir por usucapión.

V. La usucapión

Se origina en el antiguo derecho reconocido en la Ley de las XII Tablas, en la cual se afirmaba que, quien enajenaba una cosa mediante *mancipatio*, estaba obligado a ayudar al adquirente a defenderse en el juicio vindicatorio en el que un tercero reclamara ser propietario de esa cosa, y si el adquirente perdía el juicio, el enajenante debía pagarle una indemnización equivalente al doble del valor que había recibido por enajenar la cosa. Esta responsabilidad del enajenante duraba solo dos años, si se trataba de cosa inmueble, y uno si era mueble.²⁹ Pasado el plazo establecido, el adquirente podía vencer en un juicio reivindicatorio, sea como demandado, sea como demandante, con la sola prueba de que había poseído la cosa el plazo establecido, gracias a lo cual había adquirido el derecho de propiedad sobre ella. La usucapión fue originalmente un medio para consolidar una adquisición defectuosa, porque el enajenante no era propietario o porque hubo algún defecto en la forma de la *mancipatio*.

La regla de la Ley de las XII Tablas tenía algunas excepciones: no se aplicaba respecto de cosas que pertenecían a extranjeros, ni los

sión lesionaba los derechos del propietario, por ejemplo, el precarista que no ha entregado voluntariamente el inmueble a su propietario es poseedor de mala fe, lo mismo que el acreedor pignoraticio que, una vez pagado su crédito, no devuelve la cosa; en cambio, si el verdadero propietario reclama a un precarista que recibió la posesión del otro, ignorando que no era el propietario, es poseedor de buena fe, lo mismo que el acreedor pignoraticio que tiene una prenda que, sin saberlo, le fue entregada por alguien que no era el propietario.

²⁹ La ley de las XII Tablas (6,3) decía: *usus auctoritas fundi bienio, ceterarum rerum annus esto*. La palabra *usus* denotaba el control físico sobre la cosa, que después se denominó *possessio*; de *usus* derivó la palabra *usucapio* o adquisición por medio del uso. La palabra *auctoritas* se refiere a la garantía dada por el enajenante

extranjeros podían adquirir las de ciudadanos romanos,³⁰ ni se podían usucapir las cosas robadas,³¹ ni las enajenadas por una mujer sin la autorización de su tutor;³² tampoco la franja fronteriza entre dos fundos (*limes, confinium*),³³ ni el lugar de incineración de un cadáver (*bustum*), ni el vestíbulo de acceso al sepulcro (*forum*).³⁴

A partir de esas reglas, por las que se aceptaba que en el juicio vindicatorio prevalecía el adquirente que demostraba haber tenido la cosa en el plazo establecido, la jurisprudencia construyó la usucapión como un medio de adquirir la propiedad civil³⁵ de cosas muebles o inmuebles, por virtud de la posesión civil continuada, durante uno o dos años. Para que se diera el efecto adquisitivo de propiedad civil se requería, además del plazo, que la cosa pudiera ser usucapida, que se tuviera sobre ella la posesión civil, con justa causa y con buena fe. Se resumieron en cinco los requisitos para adquirir por usucapión: cosa apta para ser usucapida (*res habilis*), posesión civil (*possessio*) título o causa (*titulus*), buena fe (*fides*) y tiempo (*tempus*).

1. Cosas que pueden ser usucapidas

Podían ser cosas muebles o inmuebles, pero se excluían algunas. En principio, se respetaron las excepciones contenidas en la Ley de las XII Tablas, pero se fueron haciendo algunas modificaciones. Las cosas de extranjeros no podían ser objeto de usucapión, pero fue posible que pudieran ser adquiridas, ya en época clásica, por medio de figuras semejantes a la usucapión.³⁶

Se mantuvo la prohibición de usucapir cosas robadas, pero se aclaró, por la ley *Atinia*,³⁷ que la prohibición continuaba mientras la cosa no revertiera a la propiedad de su dueño. Parece ser que la pro-

³⁰ XII, T. 6,3 b. La regla dice que no se pueden adquirir las cosas que son de extranjeros, pero, como la usucapión llegó a ser un medio de adquisición de la propiedad civil, se entendió que los extranjeros no pueden adquirir por usucapión.

³¹ XII T. 8,17

³² XII T. 5,2

³³ XII T. 7,4

³⁴ XII T. 10,10.

³⁵ Y por ser propiedad civil no era accesible a los extranjeros.

³⁶ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,II,6.

³⁷ Por la *Lex Atinia* (posiblemente del año 197 a.C.).

hibición de la ley de las XII Tablas era de carácter subjetivo, de modo que el ladrón no podía usucapir lo robado, mientras que la prohibición de la ley Atinia era de carácter objetivo, por lo que la cosa no podía ser usucapida ni siquiera por un adquirente de buena fe, a menos que la cosa robada hubiera vuelto a manos de su dueño original.³⁸

La prohibición de usucapir las cosas enajenadas por una mujer sin la autorización de su tutor fue cayendo en desuso, a medida que se debilitaba y desaparecía la tutela perpetua de las mujeres.

Se mantuvieron las prohibiciones de usucapir el lugar de incineración de un cadáver (*bustum*), el lugar para acceder al sepulcro (*forum*), y la franja divisoria de cinco pies entre dos fundos (*limes* o *confinium*), pero se hizo una prohibición más amplia respecto de todas las cosas consideradas fuera del comercio (*res extra commercium*)³⁹ que comprenden las de derecho divino (*res divini iuris*) como los sepulcros, los templos, las ofrendas, y las cosas del pueblo romano (*res publicae*), como los caminos, las plazas o las murallas; parece ser que en época clásica se llega a excluir de la usucapión las cosas del fisco imperial.⁴⁰

Quizá, a ejemplo de la prohibición de usucapir cosas robadas, se prohibió, por las leyes *Plautia de vi* y *Julia de vi*, ambas del siglo 1 a. C.,⁴¹ la usucapión de cosas muebles o inmuebles adquiridas violentamente (*res vi possessas*), mientras no retornasen a manos de su dueño.

Y también se prohibió la usucapión de las cosas donadas a los magistrados, en contra de la ley *Julia repetundarum*, que castigaba el delito de concusión (exacciones ilícitas).

2. Posesión apta para usucapir

Es únicamente la posesión civil, es decir, la que se tiene como propietario, porque se ha adquirido por medio de un acto previo suficiente para adquirir la propiedad, es decir, por medio de una justa causa y

³⁸ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,II,3. Pomponio (D 41,3,24,1) dice que una cosa hurtada, si se purga el vicio, deja de ser considerada cosa hurtada y puede ser usucapida.

³⁹ Gai. 2,48; D. 41,3,9; Inst. 2,6,1.

⁴⁰ D 41,3,18; 41,3,24,12 y CJ 7,302; aunque se duda si esta exclusión se dio en época clásica o fue posterior.

⁴¹ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,II,4.

con buena fe. La posesión debe ser continua, no interrumpida, durante todo el plazo requerido para usucapir.

3. *Justa causa*

Son justas causas (o títulos) para usucapir, las mismas que lo son para adquirir la propiedad mediante la simple entrega (*traditio*) de una cosa, es decir: la compra, la donación, el pago, la dote y el préstamo (*creditum*).⁴² Además, hay otras causas para usucapir: el abandono efectivo de una cosa (*derelictio*), el legado de efecto real (*legatum per vindicationem*) y la herencia.

Los juristas llegaron a admitir una causa o título general denominada *pro suo*, en el que incluyeron casos en los que alguien podía tener una cosa como si fuera propia aunque no la hubiera adquirido por alguna de las causas anteriormente mencionadas, por ejemplo, quien recibió unas cosas en dote antes del matrimonio, si éste no se verifica y sigue poseyendo las cosas, no las posee *pro dote* (pues no hubo matrimonio) pero sí las posee como propias (*pro suo*) y puede usucapirlas; o el esclavo manumitido, a quien no se le retiró el peculio que administraba, siendo ya libre lo posee como cosa propia (*pro suo*), y lo mismo ocurre con el hijo manumitido y su peculio, que lo posee como cosa propia cuando es ya *sui iuris*; otro caso es el de quien reclama una cosa como propia y el adversario, sin litigar, se la regresa, o bien, si el adversario se la regresa (por efecto de la cláusula arbitraria) para impedir que el juez lo condene; en estos dos casos el que reclamaba la cosa, la posee ahora como propia y puede usucapir.

En ese título *pro suo* también se admitieron los casos en que alguien poseía una cosa como propia porque confiaba, por error, en una causa defectuosa o inexistente; por ejemplo, el que recibió una cosa donada de quien no era su propietario; o el legatario que recibió una cosa por legado, sin saber, ni él ni el heredero que se la entregó, que el legado había sido revocado. El título inválido o inexistente en el cual alguien, por error, confía, fue posteriormente llamado “título putati-

⁴² No el préstamo de uso o comodato, sino el préstamo en el que, quien lo recibe, se hace propietario de la cosa prestada, que posteriormente debe devolver; la usucapición por causa de préstamo sería en los casos en que quien recibió, por algún defecto, no adquirió la propiedad, pero podrá adquirirla por usucapición y, por razón del préstamo, estar obligado a devolverla.

vo”. Algunos juristas aceptaban la validez de ese título para usucapir, pero la mayoría lo rechazaba.⁴³ La posibilidad de adquirir la propiedad por usucapición mediante el título putativo no es, como dice Kaser, porque los juristas renunciaron al requisito de probar una causa para usucapir, sino que se contentaron en ciertos casos con una causa defectuosa.⁴⁴

Hay una causa más que hace la posesión apta para usucapir, que es el decreto del pretor, por el que otorga la posesión de determinados bienes a una persona, por ejemplo, cuando otorga la posesión de bienes hereditarios al heredero (*bonorum possessio*), o cuando otorga la posesión, en segundo decreto, de una finca donde se realiza una obra a favor del propietario vecino al que puede perjudicar la obra (*missio in possessionem*).⁴⁵

Como es necesario tener una causa justa para poseer civilmente y poder usucapir, se formuló la regla de que nadie puede ser poseedor civil por su propia voluntad, esto es, que nadie puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión (*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*),⁴⁶ de modo que, si alguien recibió una cosa como depositario, no puede afirmar que la posee como propia.

4. Buena fe

Este requisito parece haber sido un desarrollo de la antigua prohibición de usucapir cosas hurtadas o adquiridas por violencia, logrado por la jurisprudencia, que exige que el usucapiente tenga una recta conciencia respecto de su posesión, es decir, que confíe en que su adquisición proviene de una justa causa, y que, en consecuencia, ignora que con su posesión lesiona los derechos de un legítimo propietario.

La buena fe no implica necesariamente que el poseedor se crea propietario, puesto que puede saber que no lo es, porque adquirió una cosa *mancipi*, sin haberse realizado el acto formal (*mancipatio* o *in iure cesio*), por lo que sabe que no es propietario formal, y sabe también que su enajenante sigue siendo propietario civil, sin embargo, es

⁴³ Véase Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,IV,3.

⁴⁴ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, §101,I,3

⁴⁵ Véase D’Ors, A., *Derecho Privado Romano* §174, iv.

⁴⁶ D 41,2,3,19.

poseedor de buena fe, porque tiene justa causa para adquirir y sabe que no lesiona los derechos del propietario.

La buena fe es un estado subjetivo, mientras que la justa causa es un acto objetivo, por lo que si alguien prueba una justa causa para adquirir se presume su buena fe. Quien quiera discutir la buena fe del poseedor, debe demostrar su mala fe, es decir, que sabía que el título era defectuoso o que lesionaba los derechos de un legítimo propietario.

Para usucapir, se requiere la buena fe en el momento en que se toma posesión de la cosa, por lo que si el poseedor posteriormente conoce que su causa de adquisición es defectuosa o que existe un legítimo propietario, puede, no obstante, adquirir por usucapión conforme al título *pro suo*, según la opinión de algunos juristas, por tratarse de un caso de título putativo.

Quien conoce que su título para poseer en concepto de propietario es defectuoso, por ejemplo, porque compró a quien sabía que no era propietario ni tenía mandato para vender, o porque obtuvo por coacción la donación de una cosa, es poseedor de mala fe, y aunque puede demostrar un título aparentemente suficiente para adquirir, no puede usucapir.

5. Tiempo

Se conservaron los plazos fijados en la Ley de las XII Tablas, de un año para adquirir la propiedad de cosas muebles y de dos años para inmuebles. La jurisprudencia entendió que el plazo debía ser completo, contado de día a día, a partir del momento en que se adquirió la posesión, y que debía ser continuo, es decir, sin interrupción.

La posesión se interrumpe cuando el poseedor pierde el control físico de la cosa, puede ser por alguna causa natural, como la inundación permanente de un fundo, o porque otro la toma (*usurpatio*: arrebatar el *usus*). Si la posesión se interrumpe, el antiguo poseedor ya no puede usucapir, y, si posteriormente recuperara la posesión, se inicia un nuevo plazo para usucapir y no le aprovecha el tiempo en que poseyó anteriormente.

El ejercicio de la acción reivindicatoria en contra del poseedor no interrumpe su posesión y éste puede usucapir después de la *litis contestatio* si cumple el plazo antes o después de la sentencia. Si resulta

el poseedor vencido y usucapió antes de la sentencia, tendrá que restituir la cosa, entregándola con la formalidad con que debe hacerlo un propietario, y si no llegó a usucapir, tendrá simplemente que entregar la cosa que podrá usucapir el vencedor, con el título *pro suo*.

En cambio, el heredero del poseedor sí puede sumar el tiempo en que poseyó su causante (*successio in possessionem*) para completar el plazo para usucapir.⁴⁷

El derecho clásico no reconoció la posibilidad de que el poseedor, que había adquirido la posesión por un acto de enajenación, sumara el tiempo de posesión de su causante al tiempo que él tenía poseyendo para completar así el plazo para adquirir. La brevedad de los plazos no lo hacía necesario.

VI. La prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*)

La usucapión era un modo de adquirir la propiedad de derecho civil, es decir, un modo sólo accesible a los ciudadanos romanos y respecto de inmuebles ubicados en la Península Itálica. En las provincias del imperio se llegó a proteger al poseedor de un fundo por largo tiempo para defenderlo de la reclamación del que pretendía ser su propietario reconocido. La defensa, que tuvo su origen posiblemente en el derecho griego,⁴⁸ consistía en una especie de excepción que podía alegar el demandado, si había poseído el inmueble durante diez años, cuando el reclamante vivía en la misma ciudad donde estaba el fundo (*inter presentes*), o si lo había poseído durante veinte años cuando el reclamante vivía en ciudad distinta (*inter absentes*). El efecto de la prescripción era meramente defensivo, el poseedor podía seguir poseyendo.

Esta práctica provincial fue asimilada por los juristas romanos del siglo tercero, quienes procuraron entenderla desde la perspectiva

⁴⁷ El heredero también sucede al causante en cuanto que puede alegar la misma causa de posesión que éste tenía, así como su buena fe; por la misma razón, la mala fe del causante impide que el heredero adquiera por usucapión, aunque él tuviera buena fe. Véase Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130, VI, 3.

⁴⁸ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, §101, II.

de la usucapión, y fue reconocida y sancionada mediante rescriptos imperiales.

Para poder oponer la prescripción, el poseedor debe demostrar un justo inicio de su posesión (*iustum initium possessionis*), lo cual posiblemente expresaba la necesidad de una justa causa y buena fe. Aunque originalmente servía para defender la posesión inmobiliaria, por un rescripto del emperador Caracalla se extendió a la posesión de cosas muebles.

Dada la duración de los plazos, diez veces mayores que los de la usucapión, se tuvo que reconocer la posibilidad de sumar los plazos de distintos poseedores. En la prescripción, el poseedor no solo puede sumar a su propio tiempo de posesión el tiempo que poseyó el causante de la herencia (*successio in possessionem*), sino también el tiempo que poseyó aquel de quien recibió la posesión por un acto particular de enajenación (*accessio possessionis*). Los plazos de la prescripción se interrumpen si se demanda al poseedor con un juicio reivindicatorio.

VII. La posesión en el derecho posclásico

Durante los siglos previos a la codificación justiniana (siglos IV y V), en los tiempos de la “vulgarización del derecho”, se pierde la distinción clara que había en el derecho clásico entre la propiedad, la posesión y los derechos reales sobre cosa ajena. La posesión es la noción predominante y para distinguir el mero poder de hecho sobre una cosa del derecho de propiedad, se dice que éste es una posesión definitiva o inexpugnable. De quien tiene un derecho de servidumbre se dice que posee parcialmente el fundo sirviente, y que el usufructo, así como otros derechos de uso y disfrute de una tierra a largo plazo, son una especie de propiedad limitada, por lo que puede ocurrir que sobre un mismo fundo exista dos o más “derechos de propiedad” distintos.⁴⁹

Justiniano intenta restablecer la distinción clásica, pero no lo logra del todo. Es cierto que recoge textos clásicos donde se reconoce la posesión como un poder de hecho sobre la cosa, a diferencia de la propiedad, que es el derecho a recuperar o reivindicar la cosa de cual-

⁴⁹ Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, § 238.

quier poseedor, pero sigue la doctrina de la escuela jurídica oriental que da gran importancia a la voluntad o *animus*, de modo que entiende que la posesión requiere el ánimo o voluntad de ser propietario, que puede tener un fundamento real, o al menos supuesto. Con esta doctrina se llega a reconocer que puede haber posesión, aunque no se tenga el control físico sobre la cosa, mientras se tenga el *animus*, y de aquí se pasa a considerar la posesión como un derecho, que puede estar desvinculado del control físico de la cosa.

La consideración de la posesión como derecho conduce a aceptar que los derechos, y no solo las cosas, pueden ser objeto de posesión. Se usa entonces la palabra *quasipossessio* para designar la titularidad de un derecho de servidumbre o un derecho de usufructo, y consecuentemente, se acepta que esos derechos, al igual que el de propiedad, se pueden adquirir por medio de la entrega (*traditio*) o de la usucapión.⁵⁰

VIII. La usucapión y la prescripción en derecho posclásico

La distinción entre usucapión (modo de adquirir la propiedad) y la prescripción (excepción que permite continuar poseyendo) dependía de la diferencia entre ciudadanos y peregrinos (no ciudadanos), pues únicamente los ciudadanos podían adquirir por usucapión, y los extranjeros podían defender su posesión con la prescripción, y dependía también de la diferencia entre los fundos itálicos (los de la península), que son los únicos que pueden adquirirse por usucapión, y los fundos provinciales (todos los demás), cuya posesión está defendida por la prescripción. El emperador Caracalla otorga la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, con lo que se borra esa diferencia entre ciudadanos y peregrinos, y posteriormente el emperador Diocleciano, al reorganizar el imperio, considera la península itálica como una provincia más, por lo que termina la diferencia entre fundos itálicos y provinciales. Al perderse esas diferencias básicas, la distinción entre usucapión y prescripción se hizo menos clara, y poco a poco la prescripción fue predominando.

⁵⁰ Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, §239.

Constantino⁵¹ estableció una prescripción de cuarenta años con la que protegía a cualquier poseedor, sin necesidad de que tuviera ni justo título ni buena fe. Posteriormente, el emperador Teodosio II⁵² reduce el plazo a 30 años, y afirma que pasado ese plazo caducan todas las acciones, con lo cual la prescripción sirve como defensa ante cualquier acción real, no solo la reivindicatoria del propietario, también contra cualquier acción personal, por lo que admite lo que posteriormente se llamará prescripción extintiva de obligaciones. La noción de la adquisición de la propiedad por medio de la posesión continuada o usucapión ha sido abandonada, lo cual concuerda con la prevalencia que adquirió la noción de posesión respecto de la de propiedad en los siglos IV y V.

Justiniano unifica el régimen de la usucapión y la prescripción, como modos de adquirir la propiedad, pero define la usucapión como medio para la adquisición de cosas muebles y la prescripción, para los inmuebles. Respecto de ambas se exigen los requisitos de justo título y buena fe. El plazo para adquirir por usucapión es de tres años para los muebles, y de diez para los inmuebles, si es entre personas presentes en la misma provincia (ya no en la misma ciudad, como exigía Teodosio) y de veinte años, si es entre ausentes. Sin embargo, mantiene una prescripción en la que no se exige justo título, pero sí buena fe, con un plazo de treinta o cuarenta años, a la que se llamó posteriormente prescripción de larguísimo tiempo (*longissimi temporis praescriptio*). Por otra parte, delimita los bienes que no pueden ser objeto de usucapión ni de prescripción, entre los cuales ahora incluye los bienes del Fisco y los bienes de la Iglesia y sus fundaciones, así como los bienes que adquiere el hijo que provienen de la madre o de parientes maternos (*bona materna*).⁵³

⁵¹ Ley de Constantino, años 326-333, citada en el Papiro Columbia inv. 181-182, reproducido en *Fontes Iuris Romani anteiustiniani* III, p. 318.

⁵² CT 4,14,1 pr.

⁵³ Sobre estas exclusiones y períodos especiales para ciertos bienes, véase Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, §243,III.

IX. Puntos para el análisis comparativo de la posesión en el derecho romano clásico con el derecho civil mexicano

Para evaluar el régimen civil de la posesión y proponer un régimen común a toda la República mexicana, que es el objetivo final de este estudio comparativo, conviene precisar los temas específicos sobre los cuales podrá hacerse la comparación y luego la propuesta de un régimen común. Propongo aquí los puntos que me parecen más importantes, aunque hay otros que también deberían ser objeto del análisis comparativo. Lo que ofrezco aquí es un esbozo de un análisis que deberá ser posteriormente desarrollado respecto de esos temas.

1. La noción o concepto de posesión

Los códigos civiles proponen un concepto único de posesión, que es el control físico que ejerce una persona sobre una cosa, si bien distinguen especies de posesión, como posesión derivada u originaria, que es una distinción que atiende al modo como se adquirió la posesión, si fue por entrega (posesión derivada) o por apoderamiento (posesión original); o hablan de una posesión a título de dueño (o posesión civil), o de posesión con buena o con mala fe; pero en principio tratan la posesión como una figura jurídica unitaria en un solo capítulo, en el que se dan reglas que, en principio, son aplicables a los diversos tipos de posesión, por ejemplo, se dice que el poseedor, es decir todo poseedor, tiene derecho a los interdictos.

Frente a eso, la experiencia romana, si bien reconoce que la posesión es la tenencia o control físico de la cosa, reconoce dos figuras jurídicas, con reglas propias cada una, la posesión pretoria, que es la protegida por los interdictos del pretor, y la posesión civil que es la que conduce a la adquisición de la propiedad y que está protegida por la acción publiciana.

Si bien, en ambos sistemas, se puede reconocer el hecho de la posesión como el poder que ejerce una persona sobre una cosa, la experiencia romana considera que la importancia de ese hecho depende su reconocimiento jurídico, que puede hacerse para que el poseedor pueda defenderse de las perturbaciones posesorias, mediante los interdictos, o para que el poseedor pueda adquirir la propiedad

por usucapión y sea defendido, mientras tanto, como si fuera un propietario por la acción publiciana. Por eso distingue dos instituciones jurídicas diferentes, la posesión pretoria y la posesión civil. Es algo semejante a lo que ocurre respecto del hecho del intercambio de una cosa por otra, que da lugar a dos instituciones jurídicas diferentes, la permuta, si se intercambia una cosa por otra, y la compraventa, si se intercambia una cosa por dinero. Por eso, parece más realista distinguir dos instituciones jurídicas en la posesión de cosas, y no una sola y, consecuentemente, dar reglas para cada una de ellas.

2. Objeto de la posesión

La posesión, en el derecho clásico es siempre de cosas corporales, como lo dice un conocido texto de Paulo⁵⁴ que afirma que se pueden poseer las cosas corporales, mientras que los códigos civiles admiten la posesión de derechos, lo cual ya se había afirmado en el derecho romano posclásico, pero contradice la noción misma de posesión como el control físico sobre una cosa.

Las cosas que pueden ser objeto de posesión, según los códigos civiles, son aquellas sobre las cuales se puede adquirir la propiedad, y algunos precisan que sea la propiedad privada. Esta visión parece sostenida por la idea de que el poseedor podrá convertirse en propietario, de modo que no puede poseer cosas que no puedan adquirirse. Esto contrasta con el derecho clásico, que admite la posesión pretoria, sobre cualquier cosa, incluso sobre bienes públicos, porque el poseedor no ha de adquirir la propiedad, por lo que puede tener la posesión de una zona en la playa, en una ribera, o en una vía pública, para hacer un uso exclusivo de ella, estar jurídicamente protegido por los interdictos, aunque nunca llegará a ser propietario.

Por eso, distinguiendo la posesión protegida por los interdictos, de la que pueda dar lugar a la adquisición de la propiedad, podrá afirmarse que son objeto de posesión interdictal las cosas corporales, sean de propiedad pública, sean de propiedad privada, mientras que solo pueden poseerse a título de propietario las cosas que pueden ser objeto de propiedad privada o público-privada, es decir, se excluyen las que sean de uso común.

⁵⁴ Paulo 54 *ad Edictum*, D 41,2,3 pr: Possidere autem possunt, quae sunt corporalia.

3. La protección posesoria

Todos los códigos civiles admiten la protección del poseedor por medio de interdictos de retener o recuperar la posesión, y algunos admiten la acción publiciana o plenaria de posesión. El derecho romano clásico contempla los interdictos posesorios, pero los ve como soluciones provisionales, por lo que no son emitidos como resultado de un juicio, sino de una decisión del pretor, después de una breve cognición del caso, y simplemente protegen las apariencias jurídicas, para preservar la paz pública, sin decidir el asunto de fondo, o sea el de quien tiene derecho sobre la cosa en cuestión; son semejantes a una medida precautoria, que puede ser superada como resultado de un juicio. En cambio, los interdictos posesorios se contemplan en los códigos de procedimientos civiles, y aun en el Código Nacional de Procedimientos Civiles (artículos 27, 1, 30) como “acciones reales” que se tramitan en juicios ordinarios, es decir, que otorgan decisiones definitivas. Vale la pena reflexionar si pudieran establecerse los interdictos como medidas cautelares para preservar la paz pública, que puedan ser expedidas rápidamente y antes de iniciar un juicio.

Respecto de la acción publiciana o plenaria de posesión, esta servía, en el derecho clásico, para proteger exclusivamente al poseedor civil como si fuera propietario civil, antes de que se cumpliera el tiempo necesario para usucapir, los poseedores pretorios no tenían esa acción. No parece conveniente que esta acción la tengan todos los poseedores, como parecen admitir algunos códigos civiles, en cambio, el *Código nacional de procedimientos civiles* (artículo 27) otorga esta acción únicamente al poseedor que ha adquirido con justo título y buena fe.

4. La adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada

Los códigos civiles admiten la adquisición de la propiedad, por parte del poseedor a título de dueño, o con justa causa, sea de buena o de mala fe. Algunos códigos tratan de este tema, en el mismo capítulo o título que tratan de la posesión, y lo llaman “usucapión”, otros (la mayoría), que sigue al código federal, la denominan “prescripción adquisitiva”, y la tratan en un capítulo aparte denominado “de la

prescripción”, en el que tratan conjuntamente de la “prescripción positiva”, por la que se adquiere la propiedad, y de la “prescripción negativa”, por la que se extinguen las obligaciones.

Una primera cuestión es dilucidar si es conveniente tratar la prescripción positiva, como si fuera una especie del género prescripción, que es la adquisición o pérdida de derechos por el transcurso del tiempo. El régimen actual de prescripción parece más ligado al derecho posclásico del siglo V, especialmente a la constitución de Teodosio II (arriba citada) que estableció plazos para la extinción de acciones reales y personales. En realidad, la adquisición de la propiedad no es un efecto que se obtiene por el paso del tiempo,⁵⁵ sino por la posesión civil continuada durante cierto tiempo, y es muy diferente el hecho de adquirir la propiedad de la extinción de las obligaciones, que se dan en circunstancias y con condiciones muy diversas, por eso, parece mejor relacionar la prescripción positiva o usucapión, con la posesión civil y no con una abstracta figura de la adquisición y pérdida de derechos por el solo transcurso del tiempo.

Otra cuestión importante es la exigencia de la buena fe para adquirir la propiedad por usucapión, como la exigía el derecho clásico. La adquisición de la propiedad sin buena fe, y aun sin justa causa, fue introducida en el derecho posclásico del siglo IV por Constantino, y continuada por Teodosio II, en tiempos de las mayores invasiones de los pueblos del Norte que se asentaban en territorio del imperio y había que reconocerles derechos sobre las tierras que ocupaban. Fue una manera de regularizar lo que ocurría fuera del ámbito jurídico y legal. La mayoría de los códigos civiles mexicanos exige la justa causa o justo título, y la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana requiere la existencia de una justa causa, pero no se pronunció respecto de la buena fe. Todos los códigos admiten la adquisición de la propiedad a favor del poseedor de mala fe, e incluso a favor del que se hizo de la posesión por medio de un delito, como robo o despojo de inmuebles, y aunque exigen mayor tiempo de posesión, finalmente admiten que el poseedor de mala fe, como el que compra una cosa que sabe que es robada o un inmueble que sabe fue adquirido violentamente, pueda adquirir la propiedad. Esto resulta contradictorio de la misma no-

⁵⁵ El artículo 1135 del *Código civil federal* dice que la prescripción “es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo”.

ción del derecho, pues implica admitir que el dolo está jurídicamente protegido.

He tratado brevemente algunos puntos que merecen compararse con más detenimiento y detalle. Hay otros que deben ser tratados, como la responsabilidad del poseedor por los frutos, daños que sufriera la cosa poseída cuando tiene que devolverla a su legítimo propietario, o las formas y requisitos para adquirir y conservar la posesión, los casos en que se interrumpe la posesión, y otros más. He querido mencionar esos cuatro que me parecen los más importantes simplemente para mostrar lo fructífera que es la comparación entre el derecho civil contemporáneo y el derecho romano clásico.

X. Bibliografía

- Albanesse, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel Diritto Privato Romano*, Palermo, Palumbo, 1985.
- CT: Codex Theodosianus, edd. Th. Mommsen-Paul M. Meyer, 3a. ed., Berlín, Weidman, 1962.
- D: Digesta (Corpus Iuris Civilis, vol. I, edd. Th. Mommsen-Paul Krüger, 16a. ed., Berlín, 1954). Versión Española de D'Ors, A., *El Digesto de Justiniano*, 3 vols., Pamplona, Aranzadi, 1968.
- D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 8a. ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, 2a. ed., 2 vols., Santiago de Chile, Thompson Reuters, 2013.
- Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, 2a. ed., 2 vols., München, C.H. Beck'sche, 1975.
- Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, 2a. ed., Aalen, Scientia Verlag, 1974.
- XII T: Ley de las Doce Tablas, edición bilingüe, en Domingo, Rafael, *Textos de Derecho Romano*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

