

IDEAS GENERALES BÁSICAS DE LA RECEPCIÓN DEL TEMA DE LA POSESIÓN DESDE JUSTINIANO HASTA EL CÓDIGO CIVIL ACTUAL

GERARDO TURIEL DE CASTRO

El tema de la posesión en su traslación desde la codificación justiniana hasta el Código Civil español, es seguramente uno de los que presentan mayor heterogeneidad de influencias, y, en consecuencia, de fuentes, y que rompen con la línea teórica más o menos uniforme que presentan otras instituciones jurídicas que nuestro Código asume y recoge del Derecho Romano.

Ello se debe a muchas causas y circunstancias, algunas de las cuales están en la base misma del propio derecho de Roma, ya que como es bien sabido la misma idea de la *possessio* sufre profundas transformaciones a lo largo del desarrollo jurídico romano, y que se manifiestan fundamentalmente en las discrepancias o diferencias que pueden existir entre los textos del Derecho Clásico y del Derecho Justiniano, y de las que pueden ser ejemplos paradigmáticos la concepción de la posesión como un hecho o un derecho, o la naturaleza jurídica de los instrumentos procesales para su defensa.

Seguramente la primera nota o circunstancia que hay que tener en cuenta, al abordar el estudio del tema, es la derivada de la confusión que en el derecho vulgar y en el derecho común se va produciendo entre propiedad y posesión; confusión en cuya base está, por un lado, la falta de finura jurídica de la época, y, por otro lado, la cada vez más influyente apreciación de que al poseedor de la cosa se le presupone en principio como su propietario, lo que lleva con frecuencia, como ya han señalado los estudiosos de la época (CALASSO) y sobre lo que ha llamado especialmente la atención KASER, especialmente en torno a la confusión de los procesos; llegándose a que incluso terminológicamente la palabra *possessor* se emplee con referencia al *dominus*.

La influencia que a través de distintas fuentes medievales ejerció la institución germánica de la *Gewere*, y cuyo contenido lo constituye la relación del hombre con la cosa y que por vía del ordenamiento jurídico queda reconocida como «forma aparente de señorío jurídico», al decir de Jerónimo GONZÁLEZ, fue otro de los elementos claves y fun-

damentales para el desarrollo de la idea de la posesión en el mundo medieval, y que se movió en el mismo ámbito que referíamos en el párrafo anterior.

El desarrollo del Derecho Canónico, heredero directo del Derecho Romano y al tiempo subsidiario de las concepciones germánicas sobre la posesión, y que se plasmó en este orden en la *actio spolii*, que al decir de RUFFINI es el resultado de injertos romanos y germánicos hechos por la práctica medieval sobre un tronco eclesiástico, fue otro de los elementos importantes a considerar sobre el tema posesorio.

Y como quiera que en virtud de la naturaleza procesal de la cuestión (*actio spolii*), el tema se derivó fundamentalmente hacia la consideración de los aspectos litigiosos sobre la posesión, y, en consecuencia, se dictaron toda una serie de normas que afectaban tanto a la naturaleza y contenido de los litigios mismos, como a los instrumentos procesales ejercitados en ellos por las partes. Y en este orden, y al igual que ya señalábamos en los párrafos anteriores, se llegó prácticamente a confundir el proceso posesorio con el proceso sobre el dominio de la cosa.

Y así, partiendo de un presupuesto que estaba ya en la norma y en propia terminología justinianea, de equiparar interdicto y *actio*, se va a proceder a toda una revisión de la mecánica interdictal que conlleva fundamentalmente la extensión del concepto de *possessio* por cuanto que aplicado el instrumento procesal a la defensa del hecho de la detentación de la cosa se van a unificar prácticamente los criterios jurídicos de *possessor* y detentador.

A todo ello hay que sumar que en los fueros medievales el requisito *nec vi*, característico de la posesión clásica, va a tomar ahora un nuevo sentido hasta el punto de que se ha llegado a hablar de «criminalización de la violencia» frente a la posesión, y que conduce a la imposición de una sanción que, como quiera que se estaban confundiendo posesión y propiedad, llega incluso a que el violento pierda todo derecho sobre la cosa.

Sobre estos presupuestos generales vamos a indicar, aunque sólo sea someramente, dado la gran variedad y multiplicidad de fuentes existentes al respecto, algunos de los hitos claves en el proceso de la recepción posesoria.

Conviene anotar, en primer lugar, que el *animus*, elemento central posesorio justinianeo, constituye también el elemento básico de glosadores y comentaristas que llegan a designar como *civilis* la *possessio animo* y *naturalis* la *possessio corpore*; distinción que constituye la base del derecho común donde la *possessio animo* subsiste con la sola intención, y es la posesión civil por excelencia, mientras que la falta de *corpore* es suplida por el reconocimiento jurídico. El tema está perfectamente delimitado en BALDO: «nihil enim aliud esse videtur civilis possessio, nisi imaginaria, sive interpretativa naturalis, quia animus repraesentat corpus». Hasta tal punto que el despojado de la posesión de un inmueble sigue teóricamente poseyendo y puede utilizar el interdicto *uti possidetis* con función recuperatoria. Y de la misma manera el heredero adquiere por ministerio de la ley sin aprehensión material (posesión civilísima).

Partiendo de aquel presupuesto ya anotado, Placentino califica como posesión civil la basada en una relación jurídica (*animo*) y como posesión natural el simple hecho de la detentación, al tiempo que señala que el que posee por otro no es verdadero poseedor, poniendo los ejemplos del enfiteuta, el colono o el usufructuario.

Es en AZÓN donde se llega a una unidad conceptual de la *possessio* señalando, con base en la distinción romana del *ius civile/ius honorarium*, que la posesión civil es la misma posesión natural «reforzada» por el reconocimiento jurídico. Ello lleva a hablar de una «propiedad útil» que coincide con la posesión natural (colono, vasallo, etc.) que dispondría de acciones útiles; y de una «propiedad señorial» que correspondería a la posesión civil.

BARTOLO, que sigue fundamentalmente a AZÓN, y con base en D.41.1.1.pr. señala en la posesión dos elementos: el material y el jurídico, indicando que es este último el que distingue la posesión de la simple detentación. Nótese que este va a ser uno de los elementos que sirvieron de base a la discusión de los pandectistas. Llega así a una compleja clasificación de P. civil (*legítima, iusta ac non vitiosa*, que puede producir, vía usucapión, efectos civiles respecto al verdadero dueño), P. natural (con efectos civiles respecto *alicius iuris a domino separati*; usufructuario, feudatario), *quassi possessio* (que también puede ser natural y civil) y, finalmente, *detentatio*, que constituye un hecho carente de todo matiz jurídico (D. 50.17.32).

Por la influencia que tuvo, como ya dijimos en las fuentes medievales y su posterior traslado a los derechos modernos, señalaremos ahora algunos aspectos importantes de la institución germánica de la *Gewere*. Terminológicamente vendría a equivaler a «vestidura» o «investidura» según GIERKE significa originariamente un acto exterior y sensible por el que se transmite el poder sobre la cosa, y posteriormente extendió su significación al mismo PODER DE HECHO sobre la cosa. Es en este orden en el que tiene una similar significación a la *saisine* francesa o la *seisin* inglesa.

La *Gewere*, pues, constituye un poder de hecho sobre una cosa y que se nos aparece como la exteriorización de un derecho sobre la misma. De esta manera pueden existir distintos grados de *Gewere* sobre una misma cosa, por ejemplo los que tienen el arrendador y el arrendatario. Y surge así la *GEWERE IDEAL* constituida por un poder sobre la cosa desligado del elemento corporal de la tenencia de ésta.

Muy interesante resulta la apreciación de PLANITZ, quien la considera la forma jurídica del derecho real, por cuanto tiene *Gewere* el que se presenta como realizador del derecho real mediante la «dominación efectiva» de la cosa; y al mismo tiempo la *Gewere* es ella por sí misma un derecho en cuanto el señorío efectivo sobre la cosa produce efectos jurídicos.

Consecuencia muy importante de la consideración germánica de la *Gewere* es el hecho de que el que se inmiscuye violentamente en una finca no alcanza a ser titular de *Gewere* alguna, mientras que el despojado pasa a ostentar jurídicamente la ya indicada *Gewere* ideal.

Así considerada, los tratadistas han señalado diversas conexiones históricas entre la *Gewere* y otras instituciones, tales como la «vestidura» longobarda, y de alguna manera con la *possessio solo animo* del Derecho Romano vulgar calificada como *vacua possessio*.

Es importante señalar que se gana *Gewere* corporal por la «apariencia» en el ejercicio de un derecho que, si no es impugnado en el plazo de un año y un día, resulta inatacable. Se habla así de la *RECHTE GEWERE*. Llamamos la atención sobre, por un lado, la similitud del plazo con el de la protección posesoria interdictal del Derecho Romano; y, por el otro lado, con el hecho de que aquella doctrina, prácticamente idéntica a la de la *saisine* francesa, es la que pasó al Derecho Canónico, de donde la tomaron los derechos modernos. De todas maneras anotemos ya que una acción propia al respecto sólo aparece en la Baja Edad Media (sin duda como dijimos por influjo del Derecho Canónico), y se habla entonces de *possessorium ordinarium* y de *possessorium summarissimum*, que implicaba ventilar previamente el proceso posesorio.

Anotemos, por último, que una buena parte de la doctrina de la *Gewere* ideal sirve de base y se confunde con la llamada posesión civilísima, recogida en el art. 440 CC. Señalemos al respecto que nuestra jurisprudencia la define como posesión que opera *ope legis* sin necesidad de aprehensión material y que en sentencias como la de 3-6-1997 o de 9-6-64 indica expresamente que se separa del Derecho Romano fundándose en la institución de la *saisine*, y que a través del derecho común se introduce en el fuero de Toro (Ley XIV). Especialmente hace referencia a cuestiones de mayorazgos (a los que se refería el derecho común) y títulos nobiliarios.

La ampliación fundamental de la tutela posesoria a los detentadores se llevó a cabo por la introducción en el derecho común de la *actio spoli* canónica, que nace con evidentes influencias germánicas y que se aplica en principio a detentadores de oficios, dignidades, diezmos de carácter eclesiástico y susceptibles de un ejercicio duradero.

En principio se trata de un instrumento procesal que se aplica como excepción prejudicial y que transformada en *actio* se introduce en el derecho común hasta configurarse como el instrumento posesorio típico de la Edad Media que llega a aplicarse a todo tipo de poseedores, tanto civiles como naturales, de buena o de mala fe, de cosas o de derechos, que hayan sido despojados de su posesión, y que deben de ser ante todo restituidos en ella. *Spoliatus ante omnia restituenda*.

Ya en el Epítome Aegidii (I.7) lex R. Wtrom) aparece una *restitutio in integrum* a favor de cualquiera que hubiera perdido su posesión *iniusta causa* (dolo, cautividad, fraude), y el texto es utilizado en el siglo IX en las falsas decretales a favor de los Obispos desposeídos de su sede y de sus bienes, cuestión que por razones del feudalismo y de las herejías era en cierta medida común a la época.

El hecho histórico se remonta posiblemente a la disputa mantenida en el llamado asunto Rothade, en que el obispo de Soissons fue depuesto por Hiemaro, Arzobispo de Reims, en razón de sus múltiples desobediencias. El obispo apeló al Papa Nicolás I ante

la curia romana invocando las falsas Decretales, hasta entonces desconocidas o ignoradas. Ante la curia no compareció la parte demandada, y aquella ordenó en la Navidad del año 864 reponer al obispo en su dignidad, y el 27 de enero del 865 restablecerlo en su sede. La carta del Papa Eusebio (comp. Carta II c. XII) da base al llamado canon redintegranda; y es el Concilio de Letrán (1059) el que precisa su aplicación genérica, salvando los casos de apostasía o en los que la destitución fuere «evidentemente» legal.

El principio y el instrumento procesal se consagra en el siglo XII en las Decretales de Graciano (Dets cans III q.1.c.3-4, ed.c.1-2) que prácticamente recoge y reproduce el canon redintegranda.

En la glosa se nos presenta en general como un incidente previo, de proceso criminal, de los Obispos, y se generaliza a los clérigos, a los laicos víctimas del despojo de algún «beneficio», y se extiende al despojo de fincas indicando que puede invocarse en los juicios civiles. En la Decretal *Frequens* (Inocencio IV, 1245) el instrumento se configura como una *exceptio* aplicable frente a todos en los juicios criminales, y sólo frente al expoliante en los juicios civiles.

Son fundamentalmente los glosadores, los canonistas y los legistas los que entendiendo que la *exceptio spoli* no bastaba para proteger al *deiectus* la transforman en una *actio* que ya en el siglo XII constituye la manera natural del desposeído a los efectos de tomar la iniciativa para ser reintegrado en su posesión.

En la glosa al *can. quidam episcopus* se buscan analogías con el renacido interdicto *unde vi* del Derecho Romano aunque éste precisaba de la existencia de fuerza mientras que el redintegranda se aplicaba a toda *deiecta* injusta, e incluso se establecen ciertas analogías con las acciones de dolo y *quod metus causa*. Lo fundamental es que se amplían tanto el objeto como los sujetos de su aplicación, y así la glosa propone sobre el canon una *condictio ex canone* que no viene a ser otra que la *actio spoli*, y se acude además al recurso del *officium iudicis* ampliando el arbitrio judicial. Esta propuesta se consagra en la segunda mitad del siglo XIII en la que el *Speculum Iuris* acepta la *condictio ex canone*.

Los glosadores del Derecho Romano ignoran prácticamente la cuestión, mientras que los comentaristas/legistas discrepan sobre su aplicación (así, Pontano admite la legitimación activa de cualquier detentador respecto a la *actio spoli*, mientras Menocchio la niega) el plazo para el ejercicio de la *actio ex canone redintegranda* es perpetuo, según el Hostiense que anota, además, que prueba remota de la tenencia.

De hecho subsiste la *exceptio* aplicable en todos los procesos ordinarios tanto civiles como penales, y la *actio* ejercitable en un proceso especial tanto canónico como civil. Esta dualidad *actio/exceptio* se mantiene en el Código de Derecho Canónico can. 1698.

En cierta medida la *actio spoli* se desarrolla con ciertos ingredientes venidos del Derecho Romano, fundamentalmente en aplicación del interdicto *unde vi*. Las Decretales de Gregorio IX permiten su ejercicio CONTRA TODA violencia; y el Hostiense indica que no puede el despojante invocar el dominio (*agenti de spoliatione non potes quaestio do-*

minii referri). Conviene advertir que las Decretales establecen un complejo cuadro de excepciones de naturaleza canónica (causas matrimoniales, *periculum animae*, etc.).

Paulatinamente va dándose entrada a la *exceptio dominii*, fundada en la glosa *absolutam* al Edicto Carbonario (D.37.10.3.4 de posesión de herencia al impuber): *Dolo facit qui petit quod rediturus est*. Aunque Acursio era contrario a la aplicación de esta doctrina a los procedimientos sumarios, y el derecho común estimaba que el *remedium doli* no era aplicable en materia interdictal.

La aplicación de la regla «dolo facit qui petit quod restituere oportet e undem» recogida en el L.V *liber sextus decretalium* regla 59 condujo a que se fueran confundiendo los juicios posesorios y los declarativos de propiedad y se acabara discutiendo no sobre el hecho de la posesión, sino sobre la cuestión planteada en torno a la propiedad.

La Decretal Olim causa incluye una nueva *exceptio* «ingressus possessionem ignorante domino» que no viene a ser, como ha puesto de relieve MIRALLES Y MARTÍ más que la aplicación a la redintegranda de la *exceptio vitii* del Derecho Romano.

Al decir de BRUNS, la redintegranda termina secularizándose y ampliando la protección posesoria a todas las situaciones y necesidades que surgen de las nuevas relaciones jurídicas.

La característica más propia al respecto en el Derecho Romano Bárbaro es el de la toma de medidas contra la violencia. Ya en el Código de Eurico tit. LV.8.1. se pena la *invasio/pervasio* sancionando al invasor, si resulta ser dueño, con la pérdida de su derecho, y si no lo es con la restitución y la entrega *aliud tantum*.

Este planteamiento penalizador se encuentra también en la lex. Baiavoriorum tit. II de *violentia* (supuesto de *invasio* de un inmueble, según DOR's) en la lex Romana Wisigotorum IV.20; en la lex Romana Burgundiorum 8.1 y 2, en el Edicto de Atalarico, etc.

Como ya hemos indicado más arriba esta actitud sancionadora de criminalización de la violencia es la que caracteriza nuestra legislación en el Derecho Histórico Medieval, que significa en cierta medida una continuidad del Derecho Romano postclásico a través del Código de Eurico y la lex. Romana Wisigotorum.

Así, el Fuero Juzgo L.2 T.I lib. VIII indica que «quien echa a otro por la fuerza [...] pierde toda razón»; y en la L.5 T. VII lib. V, en la que se parte de un concepto de posesión similar al del Derecho Romano vulgar se establece como remedio jurídico general, el de la *momentaria possessio*, de análogo fundamento y mecánica al de la *exceptio spoli*.

Igual sentido criminalizador se halla en el Fuero real (L.4 T.IV lib. IV) y en las Partidas (P. VII L.10 tit. X) donde se sanciona con la pérdida del derecho [...] u otro tanto. Es de notar que estas normas se hallan en sede del Derecho Penal. Este criterio sancionador se recoge igualmente en la Novísima recopilación tit. de los juicios de despojo y de su restitución L.1 tit. 34 lib.XI.

Por su parte, la antigua posesión germánica de un año y un día tiene su acogida en los Fueros (Santa María de Alquezar 1075, Miranda de Ebro 1091, Logroño 1095) en donde se establece que quien posea quieta y pacíficamente (en faz y paz) durante un año y un día puede no contestar a quien le demande sobre esos bienes. La regla se generaliza en el Fuero de Usagre; y a partir de ahí los Fueros establecen algunos criterios y requisitos devenidos de aquella confusión entre posesión y propiedad ya señalada. Así, en el Fuero viejo de Castilla, en el Fuero Real y en Fuero del Estilo, se requiere un título adquisitivo hábil para la propiedad, y se restringe la aplicación de la regla sólo a los poseedores en nombre propio, en tanto que «no se acomoda» a los que llevan la cosa a medias, arrendada, empeñada o prestada, con lo que parece volver a destacarse la distinción romana entre poseedores y detentadores. El Fuero Real trata de aclarar y concretar la situación hablando de los que «[...] no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien tienen [...]».

En la legislación posterior la posesión de un año y un día fue perdiendo su función legitimadora *ad procesum*, semejante a *Rechte Gewere*, y la confusión entre cuestiones y procesos de posesión y propiedad se hace cada vez más evidente. Así, en el ordenamiento de Alcalá L.1 tit. IX, se habla de la necesidad del título y la buena fe sin que se aprecie claramente si son requisitos que afectan a la posesión o a la propiedad. En la Ley 65 de Toro se mezclan prescripción de posesión y prescripción de propiedad, y en la L. 3 tit. VIII lib. XI de la Novísima recopilación se habla del título y la buena fe posesoria.

Como ya es sabido, las Partidas retoman en buena medida los conceptos y categorías del Derecho Romano. De esta suerte P. 3 L. 1 tit. XXX define la posesión como tenencia derecha que *ome* ha de las cosas corporales con ayuda del cuerpo y del entendimiento, indicando que la *quassi possessio* es como manera de posesión. En P. 7 L. 2 tit. X se distingue entre poseedores y detentadores señalando que el arrendatario no ha verdadera posesión. Y en P.3 L.2 tit. XXX se distingue entre posesión natural y posesión civil (sólo animo), y siguiendo a AZÓN se señala que no son dos especies sino dos formas de posesión. Ello no obsta para que en P.3 L.6 tit. XXX se indique que para ganar la posesión hace falta *corpus* y *animus*.

La Partida 3 L. 5 tit. X recoge la *exceptio spoli*, y admite la *actio* cuando haya mediado violencia. La glosa de Gregorio LÓPEZ, que sigue en general la doctrina del derecho común, cita el Canon Redintegranda, y las Decretales *quum dilectus*, y *frequens*, llamando la atención que no haga referencia a la *Decretal Saepe contingit* en donde aparece expresamente la *actio*.

La doctrina sobre las excepciones *remedium spoli* aparece recogida en P.3 L.27 tit. II y P. 7 L. 18 tit. X con ocasión de establecer el orden de proceder en demandas sobre propiedad y posesión, señalando como regla general que será preferente la demanda de «tenencia» sobre la entablada de «señorío».

La mayoría de las normas recogidas en las leyes medievales pasan a las leyes posteriores, y las medidas de protección contra la violencia se encuentran en los ordenamien-

tos reales, y a través del ordenamiento de Montalvo se insertan en la Novísima recopilación.

La ya denunciada confusión propiedad/posesión, especialmente en materia procesal, se toma de las Partidas y del Speculum en el Ordenamiento Real de Alcalá de Henares 1503, tratando conjuntamente «si el actor pide propiedad o posesión o todo junto, si acción penal o civil, o si pidiese restitución de posesión el mes y año en que fue despojado».

Para completar este esquema de antecedentes de fuentes y doctrina hasta llegar a nuestro Código Civil, y herederos como somos del Code Napoleónico, anotemos que el Canon Redintegranda penetra en Francia a través de las Coutumes, y así en Coutumes Clermont aparece una querrela de *nouvelle de saisine* a ejercitar antes de que hubiera pasado un año y un día. La posterior evolución en el país galo se recoge en la fusión que realizan CUIACIO y DONELLO, y en la posterior síntesis de DOMAT y POTHIER que inspira directamente el Código Napoleónico. Según ella, posesión es tener una cosa por nosotros o por otro en nuestro nombre, y se es poseedor sólo a título de dueño, ostentando la condición de poseedor derivado el secuestratario y el acreedor pignoraticio. Siendo posesión civil sólo la fundada en causa justa.

La heterogeneidad de fuentes y criterios que caracteriza el desarrollo histórico de la legislación y doctrina de la posesión sólo podía desembocar en la compleja y a veces contradictoria normativa que se recoge en nuestro Código Civil, remitiéndome al respecto a la última parte de la Ponencia General presentada por el Dr. TORRENT.