

PROLEGÓMENOS AL ESTUDIO
DE LA *QUASI POSSESSIO* Y LA *POSSESSIO IURIS*
EN EL DERECHO ROMANO

PATRICIO LAZO GONZÁLEZ*

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la posesión de los derechos o cuasiposesión suele ser un tema sobre el que frecuentemente vuelven los manuales de la civilística chilena. A pesar de tratarse de un tema que sigue sin tener una doctrina que pudiéramos llamar pacífica, pocas veces el hincapié que se hace en los precedentes romanos de tales nociones aclara suficientemente el contexto en que ellas vieron la luz. Pretendemos, por tanto, dar una rápida mirada a las fuentes romanas, con el fin de contribuir al esclarecimiento de las situaciones a partir de las cuales la terminología de la cuasiposesión (*quasi possessio*) y posesión de derechos (*possessio iuris*) encuentra sus primeras manifestaciones, a la vez que intentaremos dar alguna explicación a las contradicciones que el uso de tal terminología acarrea en el derecho romano, siempre con vistas a situar históricamente un problema que sigue aquejando a la civilística chilena.

Es sabido que para la jurisprudencia romana de la época clásica (desde mediados del s. II a.C. hasta mediados del s. II d.C.) ni el usufructuario ni el titular de una servidumbre eran considerados poseedores del fundo usufructuado, en el primer caso, o dominante, en

* Profesor de la Universidad de Antofagasta (Chile).

el segundo. El problema que nos interesa lo vemos surgir al constatar que tanto el usufructuario como el titular de una servidumbre estaban legitimados activamente al ejercicio de ciertos interdictos, los cuales son caracterizados en la compilación justiniana como posesorios. La pregunta que surge de inmediato es sencilla: dada la situación descrita ¿cuál es el fundamento del carácter posesorio de los interdictos destinados a proteger el objeto de su disfrute? Como se verá, el examen de esta cuestión nos llevará de inmediato a otro, que viene a estar en la base de la explicación que se quiera ofrecer: el tema de la *quasi possessio* y de la *possessio iuris*, conceptos estos que en época postclásica (desde mediados del s. II hasta la edición oficial del Digesto, en 533) sirvieron para explicar la situación del usufructuario y del titular de una servidumbre. De ahí que el problema que nos proponemos abordar consiste en saber en qué medida tales conceptos provienen del derecho clásico y si fueron precisamente los juristas de esta etapa quienes en primer lugar se sirvieron de tales ideas, con las consecuencias institucionales que ya conocemos. Un análisis por separado de la protección interdictal del usufructuario y de la del titular de una servidumbre permitirá aclarar algunos puntos.

II. LOS INTERDICTOS DEL USUFRUCTUARIO

El usufructuario disponía para la defensa de su derecho de una serie de recursos procesales; así, p. ej., de la *vindicatio ususfructus*, también conocida en el derecho postclásico como *actio confessoria*, la *actio ex stipulatu*, derivada a su turno de una *cautio damni infecti*, y de acciones de carácter penal, como la *actio legis Aquiliae*, la *actio furti* y la *actio servi corrupti*. Sin embargo, su situación era protegida, además, por medio de interdictos, los que podían servir además de trámite previo del ejercicio de alguna acción. Entre éstos, podemos mencionar el *quem usumfructum*, vinculado estrechamente a la indefensión del demandado en una *vindicatio ususfructus*, por el cual se perseguía la restitución del mueble o del inmueble, en su caso, al usufructuario para que éste pudiera gozar de su derecho. Aunque no cabe, de momento, hacer una análisis de los mismos, ha de mencionarse el interdicto *si uti frui prohibitus esse dicetur*, contra el que le impide su instalación en el fundo (si bien, su calidad de usufructuario no se discute por quien realiza la acción impeditiva); el interdicto *de itinere actuque privato*, que analizaremos en sede de servidumbres

prediales, previsto para casos en los que el usufructuario lo es de un fundo dominante de una servidumbre de senda o de paso de ganado; el interdicto *quod vi aut clam*, cuando peligraba la cosa sobre la cual ostenta la calidad de usufructuario; el interdicto *de arboribus caedendis*, para que no se le impida cortar o podar el árbol inclinado sobre el fundo objeto del usufructo; y, finalmente, el interdicto *de glande legenda*, para que no se le impida la recolección de los frutos del árbol vecino que caen en su predio.

Sin embargo, los interdictos que han llamado nuestra atención, de cara al tema de su fundamento son otros: concretamente, el usufructuario tiene a su favor el interdicto *uti possidetis utile* y casi con toda seguridad, el interdicto *unde vi*. Examinaremos a cada uno de ellos, veremos sus particularidades y ofreceremos nuestra opinión.

1. EL INTERDICTO UTI POSSIDETIS UTILE

a) *Fuentes*. Si bien la historia del interdicto *uti possidetis* aún presenta ciertas lagunas¹ que llevan a elaborar conjeturas sobre su primitivo carácter, podemos saber algo de su primitiva fórmula a partir de diversas fuentes. Si bien una primera noticia de ella nos la entrega Festo², la fórmula que recoge el Digesto es ligeramente distinta:

Ulp. 69 *ad ed.* D.43,17,1pr.: *Ait praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto rell.* («Dice el pretor: "Prohíbo que se impida por la violencia que sigáis poseyendo la casa de que se trata tal como la poseéis sin violencia ni clandestinidad, ni en precario el uno del otro rell"».)³

¹ CAPOGROSSI-COLOGNESI, s.v. *Interdetti*, en *Enciclopedia del Diritto* 21 (1971), 918 ss.

² Festo, *de verborum significatu* s.v. *possessio*, 233: *Uti nunc eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto*. Esta fórmula fue aceptada por RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt* (=EP [Lipsiae 1869; reimpr. Navarra 1997]) § 247 I *de fundo locove*. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'* (= EP³ [Leipzig 1927]) 470 n. 7, pensaba, en cambio, que esta fórmula había sido abandonada).

³ Para todos los pasajes del Digesto nos serviremos de la traducción de A. D'ORS *et al.*, 3 vols. (Pamplona 1968-1975).

Como se puede ver, Ulpiano se refiere a una edificación (*aedes*), en tanto Festo habla de un fundo (*fundum*), modificación ésta que lleva a pensar en el origen del interdicto en la protección de los terrenos del *ager publicus*, que eran entregados a ciertas personas, como se ha admitido por la romanística desde hace ya tiempo. La efectividad del recurso pretorio habría posibilitado su extensión a otros supuestos, como la edificación, el cual habría abarcado ya al fundo. Ello es una muestra no sólo de la eficacia del recurso, sino que es expresión de su adaptación a supuestos nuevos.

Como ya se dijo, siendo este interdicto *retinendae possessionis* su presupuesto básico y esencial es el de ser poseedor. Dentro del elenco de los poseedores legitimados activamente al interdicto básico *Uti possidetis* no se encuentra el usufructuario y la razón para ello radica en que su situación jurídica no es entendida como posesión, ni siquiera como posesión anómala. Sin embargo, sabemos por FV. 90⁴ que le fue extendida esta protección interdictal por medio del interdicto *uti possidetis utile*. Con todo, a la legitimación activa y pasiva del usufructuario a este interdicto, se refiere otro pasaje de Ulpiano, en el que da cuenta de esta posibilidad, aunque sin referir el carácter de útil del interdicto en cuestión:

Ulp. 70 *ad ed.* D.43,17,4: *In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit, perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.* («En fin, creo que debe decirse que también ha de darse este interdicto entre los usufructuarios, aunque uno de ellos reclame el usufructo y el otro la tenencia posesoria; y lo mismo debe aprobarse si uno reclama la posesión del uso, como escribe Pomponio en consecuencia si uno defiende el uso y el otro el usufructo, también debe dárseles este interdicto».)

⁴ FV.90 Ulp. lib I de interdict.> ... libro I de interdictis sub titulo 'in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum p<osses>sio data erit, possidebit'. Si usufructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur <et> unde vi, quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: 'quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris'.

Antes de examinar la probable *conceptio interdicti*, es necesario referirse, aunque sea brevemente, a la noción de *utile interdictum*. En este punto, encontramos un buen apoyo en la definición de los mismos que da García Garrido⁵ para quien los interdictos útiles «son aquellos que se conceden en razón a las personas o a las cosas, tomando analógicamente como modelo aquellos interdictos otorgados en supuestos análogos»⁶. Desde este punto de vista, entonces, un interdicto útil siempre supone uno anterior, situación que es clara en el caso del interdicto *uti possidetis utile*, donde entendemos que la mención a la posesión ha sido modificada y se ha puesto en su lugar la mención al usufructo.

b) *Fórmula del interdicto*. Si tomamos en cuenta el carácter *duplex* de nuestro interdicto, habremos de concluir que, de acuerdo con las noticias de Ulpiano, debieron ser dos las fórmulas: una que permitiera el enfrentamiento entre usufructuario y el poseedor del fundo, lo cual supone ya una diferenciación clara entre ambas calidades; y otra, que permitiera enfrentarse a dos cusufructuarios, y entonces, evidentemente, la fórmula habría seguido dando cuenta de la imposible asimilación entre usufructuario y poseedor⁷.

De este modo, la *conceptio interdicti* del *uti possidetis utile* habría sido redactada en alguno los siguientes términos:

⁵ Vid. GARCÍA GARRIDO, s.v. *Interdicta utilia*, en *Diccionario de jurisprudencia romana*³ (Madrid 1993).

⁶ Vid. RICCOBONO, s.v. *Interdicta*, en *Novissimo Digesto Italiano* 8 (1957) 794: «*Interdicta utilia... sono quelli che contengono un'estensione di un presupposto formulato nell'editto sia in riferimento alla persona, che viene in considerazione come convenuto, sia in riferimento all'oggetto, alla protezione del quale serve l'interdictum stesso, sia infine rispetto agli stessi presupposti reali sotto i quali l'interdictum di solito vien dato*». Una sistematización de los diversos criterios empleados por la romanística para identificar y definir los interdictos útiles puede verse en BETANCOURT, «Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles», en *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors* (Pamplona 1987) 249 ss.; vid. asimismo, HEUMANN-SECKEL, s.v. *Utilis*, en *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Jena 1907) que no ofrece un concepto, aunque sí una enumeración de pasajes relativos a la expresión *utile interdictum*. Vid. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung* (Leipzig 1853; reimpr. Leipzig 1970)

⁷ Vid. la reconstrucción de ambas fórmulas que ofrece BETANCOURT, *Derecho romano clásico* (Sevilla 1995) 384.

*Uti eum fundum (locum, eas aedes) nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis utimini fruimini quominus ita possideatis utamini fruamini, vim fieri veto*⁸.

*Uti eo fundo (loco, aedibus) quo de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utamini fruamini, vim fieri veto*⁹.

Así, mientras la primera fórmula habría servido para que el usufructuario se enfrentara con el poseedor del fundo, la segunda habría permitido el enfrentamiento entre cusufructuarios.

Estas reconstrucciones nos parecen acertadas, aun cuando pudiera no existir unanimidad¹⁰. Si FV.90 nos informa sobre la concesión del interdicto en calidad de útil, Ulpiano es pródigo en informarnos acerca de las partes legitimadas activa y pasivamente en el interdicto. El problema, con todo, no radica aquí, sino, como hemos dicho, en que un interdicto característicamente posesorio sea utilizado por el usufructuario, si bien, con modificación de la fórmula básica. La romanística se encuentra hasta el día de hoy dividida en sus explicaciones sobre este punto.

c) *El discutido carácter posesorio*. Hemos adelantado que el tema del carácter posesorio o no de nuestro interdicto no es, hasta el momento, doctrina pacífica.

Podemos decir que el sector mayoritario de la romanística actual, coincide en estimar que la legitimación activa del usufructuario al interdicto *uti possidetis utile* no supuso una extensión de la protección posesoria, ni su fundamento ha de recabarse en sede de posesión. En esta posición estuvieron Albertario¹¹, Ricco-

⁸ RUDORFF, *EP* § 248

⁹ RUDORFF, *EP* § 248; LENEL, *EP*³ § 247.

¹⁰ *Vid.* GUZMÁN, *Derecho privado romano I* (=DPR. [Santiago de Chile 1996]) 613. Aunque no propone una reconstrucción de la fórmula del interdicto, considera que ésta habría mantenido la cláusula de posesión viciosa, lo cual implica una aceptar la primera de las construcciones propuestas, no así la segunda, toda vez que la referencia a la *possessio* habría hecho alusión a la *possessio naturalis*.

¹¹ ALBERTARIO, «Il possesso dell usufrutto, dell'uso, della habitatio», en *Studi di diritto romano II. Cose - Diritti reali - Possesso* (Milano 1941) 307 ss.

bono¹², Bonfante¹³, d'Ors¹⁴, Guzmán¹⁵ y García Garrido¹⁶. La idea que unifica el pensamiento de estos autores puede sintetizarse diciendo que al usufructuario nunca le fue reconocida en el derecho clásico la calidad de poseedor. Por el contrario, para los juristas clásicos habría sido muy clara su calidad de detentador del fondo sobre el cual tenía un usufructo. Esta situación de exclusión del usufructuario de la calidad de poseedor vendría expresada en numerosos pasajes, tanto de Gayo¹⁷, del Digesto¹⁸; así como de los mismos FV. 90, 91 y 93. De ahí que lo que testimonia el pasaje antes transcrito de FV.90 no sea otra cosa que la aceptación, de que, al

¹² RICCOBONO, *Interdicta* 792 ss.

¹³ BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (Torino 1972) 156.

¹⁴ D'ORS, *Derecho privado romano* (= DPR. [Pamplona 1989]) 260.

¹⁵ Cfr. GUZMÁN, DPR. I 614.

¹⁶ GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*⁸ (= DPR. [Madrid 1999]) § 142; *Id.*, *Diccionario*³, s.v. *Ususfructus*: «Aunque no se consideraba al usufructuario como poseedor, el pretor le concede los interdictos posesorios *uti possidetis* y *unde vi*, con el carácter de útiles».

¹⁷ Gai. 2,93: *Sed bonae fidei possessor cum ususcepit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi adquirere potest. usufructuarius vero usucapere non potest; primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi; deinde quia scit alienum servum esse.* (Pero cuando el poseedor de buena fe llega a usucapir el esclavo, como lo hace suyo, puede adquirir para sí, por mediación del esclavo, todo lo que éste adquiere por cualquier causa que sea. El usufructuario, en cambio, no puede usucapir; en primer lugar, porque no posee, sino que tiene solamente un derecho de usar y disfrutar; en segundo lugar, porque sabe que el esclavo no le pertenece).

¹⁸ Por ejemplo, Ulp. 24 ad ed.D.10,4,5,1.: *Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur* (Escribe Juliano que queda obligado por la acción exhibitoria quien se halla en posesión concedida con el fin de conservar determinadas cosas o legados, y quien también tenga la cosa en razón de usufructo, aunque tampoco sea realmente un poseedor. De ahí que Juliano se pregunte cómo deben éstos hacer la exhibición, y dice que el primero de modo que el demandante pueda tener la posesión y el demandado siga en posesión con el fin de conservar la cosa; el que tiene el usufructo, de modo que el demandante pueda poseer la cosa y el demandado siga usando y percibiendo los frutos de la misma).

aprovechar el usufructuario las facultades de *uti frui*, su situación en términos de apariencia la hace ver como similar, sólo en los hechos, a la del verdadero poseedor. Pero esto no significa confundir conceptos ni atribuirle una calidad que no puede tener.

Para otro sector de la romanística, en cambio, la concesión de nuestro interdicto como útil al usufructuario, tuvo un trasfondo posesorio. En esta posición podemos encontrar a Sohm¹⁹, Monier²⁰, Arias Ramos²¹, Burdese²², Albanese²³ y Marrone²⁴. La doctrina de estos autores puede sintetizarse como sigue: la extensión por vía útil del interdicto *uti possidetis* al usufructuario, o bien, al que de hecho ejercitara las facultades propias del usufructo²⁵ tenía como fundamento ver en el usufructuario a un poseedor, o más bien, un *quasi possessor*; la *quasi possessio* de que puede ser objeto el usufructo es distinta de la idea de la posesión natural (*possessio naturalis*), que sería una expresión justiniana; los juristas clásicos habrían hablado sólo de *quasi possessio*, expresión ésta que, con todo, sólo tendría un desarrollo dogmático durante la época postclásica.

2. EL INTERDICTO UNDE VI

a) *Fuentes*. La concesión de este interdicto plantea menos problemas que el anterior, a pesar de que, como ocurre con el *utile uti possidetis*, su fuente de conocimiento es nuevamente FV.90, en el texto que hemos examinado con anterioridad y también en FV.91²⁶.

¹⁹ SOHM, *Instituciones de derecho romano. Historia y Sistema* (trad. Madrid 1936), 305.

²⁰ MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* (París 1947), 444.

²¹ ARIAS RAMOS, *Derecho romano I. Parte general* (Madrid 1966), 38.

²² BURDESE, s.v. *Possesso*, en *Enciclopedia del Diritto* 34 (1985), 465.

²³ ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo 1985)149 ss. *passim*.

²⁴ MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 1996) 413.

²⁵ Posición que mantienen MARRONE, *Istituzioni...*, y ALBANESE, *Situazione possessorie...*

²⁶ *Post pauca sub titulo supra scripto. Restitutus ex hoc interdicto ususfructus intellegitur, cum petitor in fundum admisus, sine periculo interdicti unde vi ad eum rem propositi, depelli non potest.*

b) *Fórmula del interdicto*. El problema que anteriormente se nos había presentado vuelve a aparecer, esto es, el de la reconstrucción de la fórmula. La *conceptio interdicti* del *unde vi (non armata)* básico o edictal se nos conserva en Ulp. 69 *ad ed.*D.43,16,1pr.:

*Praetor ait: «Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium»*²⁷ («Dice el pretor: “Restituirás al demandante en el fundo de donde lo has expulsado, tú o tu servidumbre, y en todo lo que en ese momento el tenía allí”».)

En esta reconstrucción de la fórmula se puede apreciar cómo se reproduce la cláusula de posesión viciosa con el efecto relativo (*alter ab altero*) y no en relación con terceros. Sin embargo, una opinión distinta ha venido postulando A. d'Ors²⁸, para quien la fórmula básica de este interdicto no hacía mención a la *possessio*. Si nos atenemos a esta última posición, resulta entonces que el interdicto en cuestión no habría sido dado como útil, como pudiera pensarse, sino de manera directa, esto es, no siendo necesario un cambio en su fórmula; su extensión al usufructuario habría resultado una consecuencia directa de haber sido éste legitimado al interdicto *uti possidetis*.

c) *Carácter posesorio*. Pensamos que la noticia que nos refiere el compilador de los FV. 90-93, acerca de la concesión del interdicto *unde vi (non armata)* resulta menos agobiante en cuanto a su fundamentación. En efecto, si nos atenemos a la posición de d'Ors antes señalada, en cuanto a la inexistencia de la mención de la *possessio* en su fórmula, habremos de remitirnos primero a las razones que motivaron su concesión a los poseedores:

Ulp. 69 *ad ed* D.43,16,1,3: *Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur*. («Este interdicto no se refiere a todo tipo de violencia, sino a los que son expulsados de la posesión».)

²⁷ Según X. D'ORS, *El interdicto fraudulentario* (Roma/Madrid 1974), 77 n. 10, en este texto se aprecia, cómo existe una confusión de la cláusula edictal con la fórmula interdictal. *Vid.* RUDORFF, *EP* § 241; LENEL, *EP* § 245.

²⁸ *Cfr.* A. D'ORS, *DPR* § 201.

La fórmula, aunque carece de referencia a la *possessio* es interpretada por Ulpiano, en el sentido de que compete el interdicto a los poseedores. Otra manera de decirlo es la siguiente: el poseedor, podía utilizar tanto el interdicto *unde vi*, como el *uti possidetis*, dependiendo de la forma que hubiese adoptado su desposesión. Si se interpreta analógicamente, si quien estaba legitimado al *uti possidetis* básico, lo estaba igualmente, *de iure*, para el *unde vi*, no había razón para negar la concesión de éste interdicto al usufructuario, desde el momento en que éste ya lo estaba para el *utile uti possidetis*. Cabe, eso sí, preguntarse si se opera sobre la base de la pura equiparación, es decir, si acaso no hay algo más. Y a nuestro juicio sí lo hay: el compilador además entiende que el usufructuario es poseedor, por eso no se requiere de cambio alguno en la fórmula. De ahí que este interdicto pueda servir de indicio del carácter posesorio que se habría atribuido al *uti possidetis utile*.

3. LA DOCTRINA DE LA QUASI POSSESSIO

Ya hemos visto, que la situación del usufructuario expresada en FV.90-93 y en cuanto legitimado al ejercicio del interdicto *uti possidetis utile*, dio lugar a un interesante debate doctrinal tendente a aclarar el carácter posesorio o no de su protección. El tema puede reconducirse a la doctrina de la *quasi possessio*, ampliamente admitida en el derecho justinianeo. Si bien el origen de esta doctrina recibe un fuerte impulso con la situación del usufructuario, tampoco puede decirse que haya sido suficiente para crear por sí sola una doctrina acerca de la *quasi possessio*; para ello debieron los compiladores servirse de no pocos pasajes del Digesto que se referían al poseedor del usufructo, o hablaban de una *quasi possessio*. Citaremos algunos de aquellos en que se habla de la posesión del usufructo:

Iul. 7 dig. D.7,6,3: *Qui usum fructum traditum sibi ex causa fidei commisi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint.* («El que dejó de usar un usufructo <simplemente> entregado a causa de un fideicomiso, y durante tanto tiempo que en caso de haberlo adquirido civilmente, lo habría perdido no debe tener acción para que se le restituja, pues es absurdo que tengan más derechos aquellos que solamente obtuvieron la posesión del usufructo, no el dominio».)

Ulp.17 *ad ed.* D.7,6,5pr.: *Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest eius suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de uso iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullus ius habeant.* («Sólo el que tiene el derecho de usar y percibir los frutos puede pretender que tiene el usufructo. Mas el dueño del fundo no puede pretenderlo, porque el que tiene la propiedad no tiene por separado el derecho de usar y percibir los frutos. Pues no puede tener una servidumbre sobre su propio fundo, y cada cual debe esgrimir su propio derecho, no el derecho ajeno. Pues aunque compete al propietario la acción negatoria, se considera que demanda más bien por el derecho propio que por el ajeno, cuando afirma que no tiene el usufructuario derecho de usar contra su voluntad o que él tiene derecho a prohibirlo. Pero si el que demanda no es el titular de la propiedad, el usufructuario, aunque no tenga derecho de usar, prevalecerá por el principio de que los poseedores son preferidos aunque no tengan ningún derecho».)

Los dos pasajes transcritos son expresivos de una cierta tendencia de la jurisprudencia clásica a ver en la figura del usufructuario a un poseedor. No debe perderse de vista, en todo caso, la fuerte crítica a que la redacción de ambos pasajes fue dirigida por la románica hipercrítica²⁹.

Existen además, pasajes en los cuales se habla de una *quasi possessio* del usufructo:

Ulp.12 *ad ed.* D.4,6,23,2 *Item ei qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio e usu fructu perceptos debere captivo restitui aequum putat.* («Dice Papiniano que se ha de auxiliar también al que, por estar cautivo, perdió la posesión de un fundo o la cuasi posesión de un usufructo, y considera justo que también deban devolverse al cautivo los frutos del fundo en usufructo percibidos por otro durante el tiempo intermedio».)

²⁹ *Vid. Index Interpolationum, ad leg.*

Gai. 4,139. *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae utem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.* («En determinados casos el pretor o el próconsul imponen su autoridad para poner fin a la controversia, principalmente, cuando la controversia es sobre la posesión o la cuasiposesión; se concreta en mandar o prohibir que se haga algo. Las fórmulas y redacciones que emplean para ello se llaman interdictos o decretos».)

Finalmente, existen otros varios pasajes en los cuales se distingue perfectamente entre el poseedor y el titular de un usufructo, de los que hemos hablado más arriba.

Todo lo anterior nos plantea el problema de los orígenes, de la doctrina de la *quasi possessio*, es decir, si acaso ella fue un producto de elaboración doctrinal postclásica, o bien, puede ya encontrarse en los juristas clásicos una cierta forma de expresarse respecto de la situación del usufructuario en términos de considerarlo *quasi possessor*.

Puede decirse que el origen de esta situación bien puede remontarse al período arcaico. Tanto el usufructo, como las servidumbres tuvieron un carácter material, asociado fuertemente a los objetos sobre los cuales ellos recaían. No fue sino hasta la *lex Scribonia* (c. 50 a.C.) en que comenzaron a perder tal carácter al prohibirse su *usucapio*. Esto debió suponer un cambio no menor dentro de los conceptos con que se manejaba la jurisprudencia; si ya no eran usucapibles, entonces su asimilación a las cosas corporales debió aparecerseles como equívoca, lo que los habría movido a separar y distinguir la calidad de usufructuario de la de poseedor. Pero estando aún muy presente esa imagen en la mente de los juristas, no pudieron menos que recurrir a una noción atécnica, proveniente de las ideas sobre la posesión. Es así como puede ser explicado el uso de la expresión *quasi possessio*, al interior de la jurisprudencia republicana, esto es, sin pretensiones de extraer consecuencias dogmáticas, sino más bien de mantener, sobre todo en los *responsa* que daban a quienes se los solicitase, una imagen que hasta hace poco tiempo mantenían de los derechos reales sobre cosa ajena, pero que después de la *lex Scribonia* ya se veían obligados a cambiar. La expresión *quasi possessio* carecía de otras consecuencias que la de ser una alusión

expresiva a la situación de quien aprovechaba los frutos y usaba del inmueble ajeno, pero que se encontraba lejos de pretender esbozar la idea de la posesión de derechos.

III. LA PROTECCIÓN INTERDICTAL DE LAS SERVIDUMBRES

a) *De itinere actuque privato* (D.43,19). El título interdictal de que tratamos conserva dos interdictos, cuyas fórmulas han sido extraídas del libro 70 de comentarios de Ulpiano al edicto pretorio. Para los efectos de este estudio, interesa sólo el primero de ellos.

Ulp. 70 *ad ed.* D.43,19,1pr.: *Praetor ait: Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto*³⁰. («Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que puedas usar la senda o paso de ganado de que se trata, o del camino, que has usado en este último año sin violencia o clandestinidad o en precario, respecto a la otra parte”».)

Como se aprecia, la primera fórmula (y la única a que por el momento nos referiremos) contiene el interdicto en su aspecto sustantivo, esto es, en defensa de una servidumbre de paso de ganado. Para la legitimación activa al interdicto, la fórmula es lacónica, en cuanto es suficiente haber usado durante el último año el paso de ganado de que se trata sin violencia, clandestinidad ni precario respecto de la otra parte.

La servidumbre rústica de senda o paso de ganado privados es aquella sobre la cual recae la protección concedida por estos interdictos.

b) *De aqua cottidiana et aestiva* (D.43,20). Contiene este título interdictal tres interdictos, de los cuales dos son relevantes para el examen que acometemos. Todos los interdictos de este título son prohibitorios y básicos (o directos). Examinaremos por ahora sólo las fórmulas de aquellos interdictos que afectan a nuestro estudio:

³⁰ *Vid.* RICCOBONO, *Interdicta*, 796.

Ulp. 70 *ad ed.* D. 43,20,1pr.: *Ait praetor: «Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto».* («Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que puedas traer el agua de que se trata como lo has hecho en este último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto de la otra parte”».)

Ulp. 70 *ad ed.* D. 43,20,1,29: *Deinde ait praetore: «Uti priore aestate aquam qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto. rell.»* («Dice luego el pretor: «Prohíbo que se impida por la violencia que traigas el agua tal como la has traído en el estío pasado sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto de la otra parte». *rell.*.)

Los supuestos de ambos interdictos difieren en muy poco, concretamente, en el tipo de agua. Mientras en primero el agua es cotidiana, en el segundo es estival. La diferencia entre ambos tipos de agua radica en que el agua cotidiana es aquella que se suele traer constantemente, aunque no tenga ello lugar todos los días³¹ y que se trae tanto en invierno como en verano, aunque pueda dejar de traerse³². A su turno, el agua estival es la que sólo interesa traer en verano, según la servidumbre³³. Lo común a ambos interdictos es que el legitimado activamente a ellos es quien ha «traído» el agua, en ejercicio de una servidumbre predial rústica de acueducto; incluso, se extiende la legitimación activa al que ha llevado el agua hasta su fundo por error³⁴.

c) *De rivis* (D.43,21). Este título conserva sólo un interdicto³⁵, cuya *conceptio interdicti* se halla redactada en los siguientes términos:

Ulp. 70 *ad ed.* 43,21,1pr.: *Praetor ait: «Rivos specum septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate vel hoc anno non vi non*

³¹ Ulp. 70 *ad ed.* D.43,20,1,2 ...*qua quis cottidie possit uti, si vellet...*

³² Ulp. 70 *ad ed.* D.43,20,1,3 ...*quae duci adsidue solet vel aestivo tempore vel hiberno, etiamsi aliquando ducta non est...*

³³ Ulp. 70 *ad ed.* D.43,20,1,3: *aestiva autem ea est, qua aestate sola uti expedit...quibus interdum etiam hieme, plerumque autem aestate sola uti expedit...*

³⁴ Ulp. 70 *ad ed.* D.43,20,1,10: ...*sed in facto erravit...ut interdicto uti possit...*

³⁵ BISCARDI, *Interdicto de rivis*, en *Novissimo Digesto Italiano* 8 (1957), 803 ss.; Cic. *pro Caec.* 13,36.

clam non precario a te duxit, vim fieri veto». («Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia, al que trae el agua sin violencia o clandestinidad, ni en precario, como la trafa el verano anterior, el reparar o limpiar las acequias, canales cubiertos y presas a causa de una servidumbre de acueducto”».)

Este interdicto de reparación de acequias permite la protección de la servidumbre de acueducto. En cuanto a su función, puede equipararse este interdicto al de *itinere actuque reficiendo*. En efecto, el interdicto *de rivis*, que ahora nos ocupa, tiene una función complementaria respecto de quien ejerce la servidumbre de acueducto y que necesita purgar y reparar las acequias de la fuente de la cual extrae las aguas³⁶.

En lo que se refiere a la legitimación activa al interdicto, ella corresponde no sólo al titular del predio dominante, sino también a quien haya usado del agua de que se trata. Es decir, para reclamar de la conducta impeditiva que a través del interdicto se trata de prohibir, habrá que probar haber hecho uso del agua, en los términos de una servidumbre de acueducto para, sin más, obtener la legitimación al interdicto³⁷.

d) *De fonte* (D.43,20). En este título interdictal se contienen dos interdictos, ambos prohibitorios, que tutelan la servidumbre de *aquae haustus*. Nuevamente, Ulpiano es la fuente de la cual los compiladores justinianos extraen las fórmulas interdictales. Son las siguientes:

Ulp. 70 *ad ed.* D.43,22,1pr.: *Praetor ait: «Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aquam nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri vetus*». («Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que sigas usando el agua de la fuente de que se trata, tal como en el último año has venido usando de ella sin violencia o clandestinidad ni en precario, respecto a tu adversario”».)

Ulp. 70 *ad ed.* D.43,22,1,6: *Deinde ait praetor: «Quo minus fontem, quo de agitur, urges reficias, ut aquam coercere utique ea pos-*

³⁶ BISCARDI, *Interdicto de rivis*, 803; en el mismo sentido, LENEL, *EP*³ § 251.

³⁷ Como se verá más adelante, se trata de una diferencia no menor con el interdicto *de itinere actuque reficiendo*.

sis, dum ne aliter utaris, atque uti ho anno vi non clam non precario, ab illo usus es, vim fieri veto». («Dice además el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que sigas limpiando la fuente y haciendo las reparaciones necesarias para poder contener el agua siempre que lo hagas como lo has venido haciendo en el último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto a tu adversario”»).

De nuevo, la protección concedida por estos interdictos lo es a un uso de la servidumbre de una cierta manera. En el primero, la acción prohibida consiste en impedir que quien ha usado del agua de la fuente de que se trata lo siga haciendo; en tanto que en el segundo, y en una función claramente complementaria o accesorio, la acción prohibida es aquella que impide limpiar y reparar la fuente para contener el agua. El segundo es, por tanto, un interdicto de reparación de la fuente de la que se ha usado durante el tiempo especificado.

Es necesario poner en relación este título con el anterior, dado que se trata de servidumbres distintas, aunque ellas tienen como objeto la utilización del agua. Mientras en el título anterior el agua puede ser conducida, en este caso, sólo puede ser extraída. Es decir, la servidumbre se constituirá sobre lagos, piscinas y pozos³⁸, aunque su fuente debe ser perenne, lo que excluye el agua de cisternas³⁹.

e) *El problema posesorio de los interdictos*. Como hemos podido observar, en todos estos casos no se ha planteado el problema de tratarse de interdictos útiles. Aquí, todos los interdictos son directos o básicos, es decir, se encuentran previstos, lo mismo que su fórmula en el edicto pretorio. La cuestión acerca del carácter posesorio de estos interdictos deriva de otra situación; se trata, en efecto, de la amplitud de los términos que se refieren a la legitimación activa a los interdictos. Así, hemos podido ver cómo en los interdictos *de itinere actuque privato* y en el interdicto *de fonte* se utiliza la expresión *ab illo usus es*⁴⁰ a su turno, en los interdictos *de aqua cottidiana et aestiva*, bajo la expresión *ab illo duxisti* no parece expresarse más exigencia que haber conducido el agua, se tuviese o no derecho para

³⁸ Ulp. 70 ad ed.D.43,22,1pr.(i.f.): *de lacu puteo piscina item interdicam*.

³⁹ Ulp. 70 ad ed. D.43,22,1,4: *Hoc interdicto de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam*.

⁴⁰ En el *liber Florentinus* aparece la expresión *est*. MOMMSEN, *ad leg.*, consideró más correcta la expresión *es*, colocándola en su lugar.

hacerlo; finalmente el interdicto de reparación de la fuente se redacta de tal modo que es inequívoco concluir que sólo es necesario haber usado de la fuente que ahora, con reparaciones se quiere contener.

Todas estas redacciones han sugerido una protección de carácter posesorio. Así lo han visto Sohm⁴¹, Arias Ramos⁴²), Canatta⁴³, Burdese⁴⁴ y Corbino⁴⁵, quienes han fortalecido la hipótesis de que si quienes ejercitaban estos interdictos no necesariamente eran titulares de servidumbres, entonces necesariamente tenían que ser poseedores de tal derecho, de donde recababan en definitiva su legitimación activa.

En abono de esta hipótesis puede agregarse que en algunos interdictos la calidad de titular de la servidumbre es condición básica para la legitimación activa a tales interdictos. Así, dentro del mismo título interdictal *De itinere actusque privato* hay un segundo interdicto, cuya fórmula está redactada en los siguientes términos:

Ulp. 70 *ad ed.* D.43,19,3,11: *Ait praetor: «Quo itinere actusque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actusque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto».* *rell.* («Dice el pretor: "Prohíbo que se te impida por la violencia que puedas hacer reparaciones como tengas derecho a hacerlas, en la senda o paso de ganado que has usado en este último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto a la otra parte"». *rell.*)

La diferencia con el que estudiamos a propósito de este mismo título salta a la vista. En efecto, en este caso, se utiliza la expresión *ut tibi ius esset*, con lo cual se deja claro que la legitimación activa a este interdicto exige tener derecho a realizar las reparaciones en el paso del ganado.

Otro ejemplo se puede apreciar en el título interdictal *De aqua cotidiana et aestiva*, en el cual se encuentra un tercer interdicto, el de *aqua ex castello*, formulado en los siguientes términos:

⁴¹ SOHM, *Instituciones...*, 305.

⁴² ARIAS RAMOS, *Derecho romano* pág. 38.

⁴³ CANNATA, s.v. *Possesso*, en *Novissimo Digesto Italiano* 13 (1968), 329.

⁴⁴ BURDESE, s.v. «*Servitù prediali (Diritto romano)*», en *Novissimo Digesto Italiano* 17 (1970), 124

⁴⁵ CORBINO, s.v. «*Servitù prediali (Diritto romano)*», en *Enciclopedia del Diritto* 42 (1990), 260.

Ulp. 70 *ad ed.* D.43,20,1,38: *Ait praetor: «Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim fieri veto».* *rell.* («Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que traiga el agua de tal depósito aquel a quien la persona competente le permitió hacerlo, y en la forma que se le permitió”». *rell.*)

En este caso, y a diferencia de los otros dos interdictos que se encuentran en el mismo título, de los cuales nos hemos ocupado ya, quien reclama porque se le impide llevar agua desde un depósito público, debe haber estado previamente autorizado a hacerlo (*permissum est*) por el poder competente para ello. Es decir, no bastará alegar que se viene haciendo uso de la servidumbre durante algún tiempo, aun sin los vicios característicos, sino que habrá de alegarse que se tiene la autorización para conducir el agua.

Todo ello no ha hecho sino poner de relieve el tema de la posesión de las servidumbres, es decir, el de la *possessio iuris*, en los términos de los compiladores justinianos.

f) *La doctrina de la quasi possessio y possessio iuris.* En los textos de los juristas clásicos, numerosos pasajes se refieren a la posesión de las servidumbres, en tanto otros parecen negarla. Un texto de Paulo que pareciera no dejar lugar a dudas:

Paul. 15 *ad Sab.* D.8,1,14pr.: *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo non usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* («Las servidumbres de los predios rústicos, aunque se incorporan a cosas materiales, son sin embargo incorporales, y por eso no pueden adquirirse por usucapión; tampoco, si se quiere, porque son de tal condición las servidumbres que no son susceptibles de una posesión cierta y continua, pues ninguno puede pasar de un modo tan continuo y seguido que parezca que en ningún momento se interrumpe la posesión de la servidumbre; y lo mismo se observa en las servidumbres de los predios urbanos».)

La doctrina aquí expuesta parece adaptarse a todos los cánones de la concepción clásica: i) las servidumbres son cosas incorporales; ii) no son por este motivo susceptibles de una posesión cierta y continuada y iii) no son, por tanto, usucapibles.

Sin embargo, otros sí han dado pie a la conjetura de haber existido entre los juristas clásicos una cierta aceptación de la noción de la posesión de las servidumbres.

Paul.5 *ad Sab.* D.8,2,20pr.: *Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immisum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. idem eveniet et si menianum in tuum inmissum habuero aut stillicidium in tuum proiecero, quia in tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo.* («Las servidumbres que se constituyen sobre las edificaciones se retienen por la posesión, porque si hubiese yo apoyado en tu casa una viga de la mía, al tenerla empotrada, en virtud de la misma viga sigo poseyendo la costumbre de tenerla. Lo mismo ocurrirá si yo tuviese un balcón que sobresale por encima de tu finca, o sobre ella vertiese las gotas de agua de mi tejado, porque uso de algo en lo tuyo y poseo como si fuera por mi propia actuación».)

Si en el texto anterior, Paulo nos hablaba de la imposibilidad de poseer las servidumbres y, por tanto, de usucapirlas, en este pasaje el mismo Paulo utiliza una expresión contradictoria con aquella postura. En efecto, al decirnos que las servidumbres que sobre edificaciones se retienen por la posesión, parece entrar en contradicción consigo mismo. Hay además una mención a la «posesión de la costumbre de tenerla» (se entiende: la viga empotrada). Podemos analizar mejor esta situación si comparamos esta regla con la que fundamenta la solución de D.8,2,27, a través de la comparación de casos⁴⁶. Designaremos A al caso planteado en D.8,2,20 y B, al de D.8,2,27.

Pomp. 33 *ad Sab.* D.8,2,27pr. *Sed si inter te et me communes sunt Titianae aedes et ex his liquid non iure in alias aedes meas proprias immisum sit, nempe tecum mihi agere licet aut rem perdere. idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum.* («Pero si la casa Ticiania es tuya y mía en común, y sin existir servidumbre se hubiese apoyado alguna viga de ésta en una casa de mi propiedad, puedo reclamar “por ello” contra ti, o “dividir” la cosa. Lo mismo sucederá si de tu propia casa se hubiese avanzado algo sobre la casa que nos es común a ti y a mí, porque sólo yo tengo acción contra ti».)

⁴⁶ Paul. 5 epit.D.8,2,33; *vid.* GARCIA GARRIDO, *Responsa. Casos prácticos de derecho romano planteados y resueltos* (Madrid 1999), 187 ss.

Partamos por señalar una coincidencia entre ambos casos. En uno y en otro, una de las partes ha colocado su viga en la edificación que corresponde al otro. Es esto lo que permite la comparación. Sin embargo, hay diferencias. Siendo el caso de A un *responsum*, habremos de entender que su supuesto de hecho es la consulta acerca de si las servidumbres son susceptibles de posesión. La cuestión del caso B es acerca de cuál es la acción apropiada para remediar lo hecho. Es decir, a nuestro juicio no resulta descaminado pensar que el cuadro es el mismo, pero visto uno (el A) desde la óptica de quien se quiere beneficiar con una servidumbre, y el otro (B), desde el punto de vista de quien padece la intromisión. En ambos casos se ha planteado la misma cuestión: una persona decide constituir una servidumbre a su favor sin convenirla con el dueño de la edificación sirviente. La respuesta que da Paulo en el caso A es de suyo elocuente: en tanto se siga manteniendo la servidumbre, unilateralmente constituida, nada podrá impedirle su uso. En cambio, la solución aportada por Pomponio mira a la manera de ponerle fin al estado de indefensión de la ahora edificación sirviente. Si observamos con cuidado vemos que la solución pauliana, particularmente su noción de *consuetudinis possessio*, gira en torno a la idea de uso, una cuestión de hecho, es decir, la expresión *possessio* se viene utilizando en un sentido impropio, más cercano al de uso. Pero, con ello no es posible aún deducir que de seguir tal posesión, el dueño de la edificación afectada no podría reclamar, o ejercitar la correspondiente *actio negatoria*. La respuesta de Pomponio, en ningún caso se pone en la hipótesis de que se hubiera podido usucapir la servidumbre y por ello no haber intentado acción alguna. Que su solución se incline por el ejercicio de la *actio communi dividundo* es sólo expresión de la relación de copropiedad que entre los litigantes existe en el caso B. Pensamos que los casos no son contradictorios, a lo más, se refieren a diferentes ópticas del asunto y, desde esa perspectiva, apuntan a soluciones diversas.

Sin duda, podrían colocarse más ejemplos de pasajes en los cuales se hable de posesión de las servidumbres; pero de la misma manera, otros tantos que la negaran. Lo que importa es poner de relieve cómo en ocasiones, en la jurisprudencia clásica, la expresión *possessio* se utiliza de una manera atécnica. A nuestro juicio, la idea del uso como fundamento de la protección interdictal, según hemos podido ver, estaba relacionada exclusivamente con la apariencia jurídica que este tipo de recurso parajurisdiccional estaba llamado a

tutelar con el objeto de mantener la paz en las relaciones privadas. Cosa distinta es que el pretor haya entendido que con ello innovaba en la concepción clásica de las servidumbres, y participaba de la reforma del derecho. Pero el carácter atécnico con que se emplea el término *possessio* las obras de los juristas clásicos, en este caso Paulo, pudo provocar que, unido a la falta de un minucioso examen casuístico (motivado posiblemente por el trabajo separado de las comisiones), los juristas postclásicos o bien los compiladores justinianos, hubieran supuesto una cierta posesión de servidumbres y, con ello, de derechos. En otras palabras, los postclásicos se dejaron seducir por las apariencias, y se aventuraron a hipotizar sobre nuevas instituciones; de ahí pudiera explicarse, a nuestro juicio, el desarrollo de la teoría de la *possessio iuris*.

IV. CONCLUSIONES

Del estudio presentado, pensamos que es posible colegir las conclusiones que a continuación exponemos:

a) Tanto las fuentes clásicas como postclásicas hacen referencia al usufructuario y a la protección pretoria que podía impetrar a través del interdicto *uti possidetis utile*.

b) Esta tutela pretoria sirvió como impulso para la consolidación, expresada en la compilación justiniana, de la teoría de la *quasi possessio*, fundada ella en la posesión del derecho de usufructo, y gracias a la cual el usufructuario fue tenido en el derecho postclásico como un poseedor, si bien no del fundo sobre el cual ejercitaba su actividad cuasipositoria, sí al menos del derecho de que hacía uso, con el ánimo de ser usufructuario; todo ello en perfecta consonancia con la nueva interpretación de los elementos de la posesión, *corpus et animus*.

c) La situación en el derecho clásico, distaba, sin embargo, de ser la misma. En efecto, los juristas clásicos comenzaron a utilizar la palabra *quasi possessio* para referirse a la situación del usufructuario, a causa de la *lex Scribonia*, a partir de la cual perdió todo sentido entender tanto al usufructo como a las servidumbres como cosas corporales. La utilización de la expresión *quasi possessio* fue en este período atécnica.

d) A su turno, los interdictos que resguardaban las servidumbres prediales y que no exigían para su legitimación activa, ayudaron también a la conformación de la teoría de la *possessio iuris*, similar en todo momento a la de la *quasi possessio*, pero referida a las servidumbres.

Sin embargo, la explicación que cabía dar dentro del derecho clásico a esa situación tenía que ver más bien con la protección a la apariencia jurídica, sin que ello supusiera necesariamente prejuzgar acerca de la existencia de las servidumbres. Sólo en época postclásica tal situación podría ser vista como la posesión de un derecho.

e) Cabe, por otra parte, poner de relieve cómo, a nuestro juicio, no puede imputarse los juristas clásicos el origen de la doctrina de la *quasi possessio* y de la *possessio iuris*. Sin duda, los juristas postclásicos que trabajaron sobre sus obras encontraron toda una serie de expresiones que asimilaron de manera distinta al sentido que habían tenido dentro de la jurisprudencia clásica; pero que la terminología haya existido ya entre los juristas clásicos no es indicio suficiente para estimarlos como autores de una doctrina por la cual seguramente no habrían manifestado mucho aprecio. Si la labor de los juristas postclásicos obró en el sentido no sólo de adaptar las reglas jurisprudenciales a su realidad, sino también de canonizar ciertas reglas para facilitar la labor de los juristas funcionarios que juzgaban al interior de la *cognitio extraordinem*; en la interpretación y aplicación extensiva de estas reglas utilizaron pasajes clásicos que, ahora con nueva significación, operaron un cambio importante en el derecho de su época y en el posterior.

f) No ha estado dentro de los objetivos de este trabajo el examen de las doctrinas en el derecho común y, principalmente, el medieval español reflejado en las Siete Partidas, aunque pensamos que una investigación sobre la materia podría abrir nuevos cauces⁴⁷ en la comprensión de ciertas discusiones todavía vigentes, relativas a la posesión de derechos, la cual esperamos emprender en un futuro cercano.

⁴⁷ En efecto los hay, y los que hemos analizado no son sino una parte. También el problema de la *possessio iuris* puede ser visto desde la perspectiva de las instituciones hereditarias, sobre lo cual *vid.* CALONGE, «Los *iuris possessores* legitimados pasivos a la *hereditatis petitio*», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 29 ss., y GARCIA GARRIDO, «Posesión civilísima y legado», en la misma colectánea, 159 ss.)