

POSESIÓN EN EL DERECHO MEDIEVAL DE OCCIDENTE POSSESSION IN MEDIEVAL LAW OF THE WEST

Guillermo Suárez Blázquez

Catedrático Acreditado, Universidad de Vigo, Facultad de Derecho
(Campus de Ourense).

Submetido em: 01/03/2021

Aprovado em: 05/04/2021 e 06/04/2021

Resumen: El estudio analiza la evolución de la posesión y otros derechos reales romanos en los reinos visigodos de Hispania y su encuentro posterior con la estructura jurídica territorial inmobiliaria feudal de Occidente (S. IV d. C. – S. XIII d. C.).

Palabras clave: *lusta possessio* – Sortes Ghoticas - *Communio* – *Gewere* – *Seisin* – *Dominium Directum* – *Dominium Utile*.

Resumo: O estudo analisa a evolução da posse e outros direitos reais romanos nos reinos visigodos da Hispânia e seu subsequente encontro com a estrutura jurídica territorial imobiliária feudal do Ocidente (século IV DC - século 13 DC).

Palavras-chave: *lusta possessio* - Sortes Ghoticas - *Communio* - *Gewere* - *Seisin* - *Dominium Directum* - *Dominium Utile*.

I. DOMINIO – *POSSESSIO* EN EL BAJO IMPERIO ROMANO

“Nihil commune habet proprietatis cum possessione”. Ulpiano libro 30 ad Edictum (D. 41, 2, 12, 2)”.

La diferencia entre el dominio y la posesión, según el jurista clásico Ulpiano, es “el dominio permanece en el que no quiere ser dueño, pero la posesión la pierde uno en el momento que determina no querer poseer”¹. Nos encontramos ante las esferas jurídicas de dos mundos. El dominio se rige por la ley civil. La posesión se rige por la ley natural. (JUST. INST. 4, 15, 4).

Las posiciones doctrinales sobre la posesión clásica, del Bajo Imperio romano y el derecho altomedieval de Occidente son objeto de controversia. Por ejemplo, E. Levy defendió un desarrollo histórico y jurídico de una progresiva vulgarización de la posesión clásica (esta última, había sido concebida por la jurisprudencia como una situación de hecho), fruto de una confusión y equivalencia con el dominio civil, y su transformación en un derecho, o *ius possessionis* (LEVY, 1951, p. 19 – 21 y 177). Esta tesis, ampliamente aceptada por la doctrina, asume que los juristas y las cancellerías imperiales del Bajo Imperio romano, bien por ignorancia, bien por pérdida de la técnica propia de los juristas clásicos, condujeron a aquella situación. Me maravilla pensar que el grado de desconocimiento de los juristas estatales burocráticos posclásicos², de los juristas de las escuelas visigodas y de

1 D. 41, 2, 17, 1, Ulpiano libro 71 ad Edictum. Fernández de Buján A., Derecho Privado Romano, décima edición, Iustel, Madrid, 2017, p. 304, 331, 334 – 335 distingue ambas instituciones jurídicas: “La posesión es una situación de hecho, si bien resulta tutelada, con carácter general por el ordenamiento jurídico, sin indagar si la situación posesoria está o no amparada por un derecho, a fin de mantener la paz social e impedir que nadie que se sienta lesionado se tome la justicia por su mano...”; “Desde los primeros tiempos, la propiedad se conforma como el más amplio poder que el ordenamiento jurídico confiere a una persona sobre una cosa, plena potestas in re, si bien la plasmación de esta idea se materializó de diferente forma en las distintas épocas históricas. Ahora bien, en cualquier época, cuando el propietario afirma que la cosa es suya, “res mea est”, en ejercicio de la acción reivindicatoria, más que una manifestación de titularidad parece que está expresando la idea de una pertenencia total y apodíctica de la cosa... En las fuentes se designa la propiedad con tres denominaciones técnicas, que son por orden de antigüedad: mancipium, dominium y proprietas. Posterior a mancipium es el término dominium, de donde derivan dominio y dueño, que expresa la idea de poder, si bien este término no solo se utiliza para designar la posición de quien tiene un poder pleno sobre una cosa, sino que también se utiliza para referirse al titular del usufructo, dominus usufructus... La propiedad quirritaria, dominium ex iure quirritium, se caracteriza por la ausencia de limitaciones legales en una primera etapa, lo que confiere a su propietario un poder absoluto...”.

2 La cancellería imperial de Diocleciano y Maximiano distingue, a propósito de la usucapión civil itálica y de la prescripción de largo tiempo provincial, posesión de dominio: C. 7, 26, 7 (294 – 305 d. C.); C. 7, 30, 2 (294 – 305 d. C.); C. 7, 30, 4 (294 d. C. – 305 d. C.); C. 7, 33, 5 (293 – 304 d. C.); C. 7, 35, 3. C. 8, 4, 7, Valentinianus, Theodosius et Arcadius (389 d. C.) ordenan al poseedor violento que restituya la posesión de los bienes al dueño de la cosa: “Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur”.

los hombres cultos de la Iglesia, como San Isidoro de Sevilla³, ya en el Alto Medievo, llegasen a asumir aquel nivel de desconocimiento.

La jurisprudencia, republicana y clásica, edificó el concepto (D. 41, 2, 1, PAULUS LIBRO LIV AD EDICTUM) y los elementos jurídicos de la posesión (*corpus* y *animus*), (D. 41, 2, 3, 1 – 23, PAULUS LIBRO LIV AD EDICTUM. D. 41, 2, 8, PAULUS LIBRO LIV AD EDICTUM). Aquella siempre exigió que la adquisición de esta última fuese pacífica, sana y no viciosa, *nec vi nec clam nec precario* (GAYO, INST. 4, 151). Como regla general, los pretores y los juristas demandaban que el poseedor no lesionase derechos de terceros (posesión de buena fe) (Gayo, Inst. 2, 43). La posesión de inequidad no servía de nada (Gayo, Inst. 4, 151). Surgió, así, una posesión justa, que era concebida por la lente del *ius civile* como un hecho, es decir, como una situación de hecho. El poseedor tenía un poder de facto, con la intención de tener la cosa para sí. Para la lente del derecho del pretor, del derecho natural y del derecho de gentes, sin embargo, aquella era entendida como una relación jurídica de equidad universal, es decir, como una relación jurídica de la ley natural o *ius possessionis*: “*Iuste possidet, qui auctore praetore possidet*” (Paulus libro 65 ad Edictum) (D. 41, 2, 11). Este tipo de posesión iba acompañada frecuentemente por una justa causa civil de adquisición (compra, donación, etc.) y constituyó el pilar jurídico nuclear maestro, que fue adoptado por las cancellerías imperiales clásicas y del Bajo Imperio, para su aplicación y regulación en las provincias. Con la caída del Imperio en el año 476 d. C., aquella fue heredada por los pueblos y territorios de las antiguas provincias (ahora, reinos romanos – germánicos de Occidente).

La posesión fue la “mejor embajadora universal de equidad” de Roma en otros pueblos de Italia, y sus provincias imperiales. Esta institución posibilitó el establecimiento de un doble régimen jurídico sobre estos territorios conquistados. Uno para el suelo *mancipi*, sito en la Península Itálica y otro para el suelo *nec Mancipi*, sito en las provincias (GAYO, Inst. 2, 27). Los fundos de Italia

3 En el siglo VII d. C., en Hispania visigoda altomedieval, San Isidoro (Etymologiae, V, 25, 30) definió la usucapión y siguió el modelo jurídico clásico: “Vsupapio est adeptio dominii per continuationem iustae possessionis, vel biennii aut alicuius temporis”. Aunque San Isidoro no era jurista, con esta definición se puede afirmar que aquel, como hombre culto de la Iglesia, distinguía, diferenciaba, o al menos no confundía, ni hacía equivalente el concepto de posesión con el concepto de dominio.

fueron objeto de dominio civil privado. Estos estaban exentos de cargas fiscales y eran objeto de usucapión para los ciudadanos romanos (GAYO, INST. 2, 42). El suelo de las inmensas provincias extra-itálicas era, sin embargo, objeto de *possessio vel usus fructus*, o posesión de equidad universal, y estaba gravado con cargas tributarias (GAYO, INST. 2, 21). En *Hispania*, las poblaciones reciben este tipo de posesión. Además, esta es pacífica y sin controversia. En casos aislados, inmune (generalmente, por servicios militares)⁴. Este territorio, además, estaba excluido de la usucapión civil (GAYO, INST. 2, 46).

Esta duplicidad va a determinar la evolución histórica de la posesión y del dominio en el Bajo Imperio y el Alto Medievo. Millones de habitantes, peregrinos de múltiples nacionalidades y territorios provinciales, del imponente Imperio romano clásico y posclásico occidental (bajo el control de los césares, siglo I d. C. – siglo V d. C.) no tuvieron acceso al dominio civil privado del suelo provincial (*dominium ex iure quiritium*). El Estado romano tampoco lo quería conceder. El control fiscal y la potestad tributaria de aquellos territorios extra itálicos eran también de su competencia exclusiva (GARCÍA GALLO, 1967, p.519). Los peregrinos (sometidos a Roma) solo tenían abierta la posibilidad de adquirir una posesión tributaria estable del suelo (GAYO, INST. 2, 7). Esta situación jurídica se mantuvo durante siglos. Esta perspectiva explica muy bien por qué los justos poseedores provinciales fueron considerados por el derecho postclásico “dueños o propietarios poseedores”. Esta parece ser también la posición jurídica adoptada por Diocleciano:

– *Diocletianus Aurelio Carrenoni*: “*Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita...*”. (FV. 283).

– *Diocletianus Ulpiae Rufinae*: “*Cum ex causa donationis uterque dominium rei tributariae vindicetis...*” (FV. 315).

– *Diocletianus Aureliae*: “*Si non est in vacuum possessionem ex causa donationis inductus is contra quem supplicas, nulla ratione tributari praedii dominus constitutus extraneus vindicationem habere potest*”. (FV. 316).

4 TESSERA PAEMEIOBRIGENSIS: “Castellanos Paemeiobrigenses ex gente Susarrorum descendentibus ceteris permansisse in officio cognovi ex omnibus legatis meis, qui Transdurianae provinciae praefuerunt. Taque eos universos immunitate perpetua dono; quos(que) agros et quibus finibu possederunt Lucio Sestio Quirinale leg(ato) meo eam provinciam optinentem, eos agros sine controversia possidere iubeo”, (15 a. C.).

Desde la óptica de la defensa jurídica, la posesión de equidad universal, accesible a ciudadanos romanos y peregrinos, fue concebida por el pretor republicano como *possessio iusta* (FV. 315) (*nec vi, nec clam, nec precario*) (FV. 315). En las pugnas posesorias, esta última prevalecía y su titular la retenía, y si había sido usurpado la recuperaba frente a su adversario (GAYO, INST. 4, 150 – 151). Además, era amparada por el tribunal del pretor con órdenes o decretos y prohibiciones o interdictos (GAYO, INST. 4, 139 – 140). Los tribunales romanos clásicos y posclásicos continuaron con esta actividad. Sin embargo, en este último periodo, los decretos e interdictos fueron moldeados en acciones posesorias. (C. VIII, 2, 1, DE INTERDICTIS).

La *possessio* del suelo y de los bienes inmuebles provinciales fue objeto de una adquisición estable y permanente (= “dominio natural, *dominium possessionis*, o propiedad del derecho natural⁵ de equidad⁶”), con una usucapción procesal posesoria, o *longi temporis praescriptio* (C. 7, 32, 1, SEVERUS ET ANTONINUS (SIGLO III D. C.)), en favor de los poseedores de largo tiempo. Esta vía, paralela a la usucapción civil, fue desarrollada por los emperadores y los juristas de finales de la época clásica y el Bajo Imperio, a través de un rico y complejo proceso jurídico progresivo de dilatación, en interés de Estado.

II. IUSTA POSSESSIO DE EQUIDAD EN EL DERECHO ALTOMEDIEVAL DE OCCIDENTE

El dominio y la *possessio iusta* de equidad, o propiedad natural, romanos pervivieron en la *Hispania* del Bajo Imperio y en el Alto Medievo hispano – germánico (DIURNI, 1985, p. 469) visigodo. La población romana privilegiada tenía acceso a la *possessio vel usufructus* del suelo provincial hispano. Este estaba en manos de *senatores* y *potentiores*, quienes sometían a

5 La propiedad natural es conocida por los juristas clásicos: Gayo, libro 25 ad edictum provinciale: “... quarum proprietates et civili et naturali iure eius est, cuius et solum”. D. 43, 18, 2.

6 CTh. 4, 22 – 5. Levy E., cit. pp. 21 – 24, sostiene que esta posesión permanente es dominio civil y es la causa de la confusión *possessio – dominium* y *possessio – ius in re aliena*, en el Bajo Imperio. Sin embargo, la usucapción civil está excluida de las provincias imperiales. Este dominio posesorio natural del Bajo Imperio es recibido por San Isidoro de Sevilla (*Etymologiae*, V, 25, 3): “Dicta autem res a recte habendo, ius a iuste possidendo. Hoc enim iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene”.

la mayor parte de la población con un régimen de patronato o patrocinio (GARCÍA GALLO, 1967, p.519 – 520). La protección de la posesión de equidad de largo tiempo del *ager* provincial, con la vieja *longi temporis praescriptio* postclásica romana, extendió su influencia en los reinados godos. Así, Recesvinto (siglo VII d.C.) confirmó su adopción y vigencia:

“Sepe competentis indebita resolutio iuris evanescere facit statum iuste possessioni, et quod nulla generis nobilitas decorabit, indebita licentia libertati contradidit”. (LI. X, 2, 4).

El Rey sostuvo que “con frecuencia, un relajamiento indebido (*indebita resolutio*) del derecho hace que se desvanezca la estabilidad de la justa posesión”. Una incompetencia del derecho que “no fue decorado por ningún género de nobleza, puede alcanzar, por una tolerancia indebida, la libertad”. La afirmación pone de relieve la posibilidad de pérdida de un derecho de dominio por negligencia y abandono, y su adquisición por la justa posesión continuada de un tercero. Prescripción de largo tiempo que, en el decir del monarca, tiene su razón jurídica en el orden jurídico natural, “... *sed veluti ex ipsarum rerum videatur processisse natura* (LI. X, 2, 4)”.

Esta ley de Recesvinto pone de relieve, además, la influencia visigoda en el derecho de dominio. Este último fue tildado de derecho adornado de linaje y nobleza (“... *et quod nulla generis nobilitas decorabit*”), preludeo de una nueva concepción romano germánica feudal.

La posesión de equidad fue también objeto de estudio por los hombres cultos de la Iglesia de este tiempo. San Isidoro de Sevilla afirmó que la posesión es una institución originaria del derecho natural: “*Quod sit Ius Naturale: ... communis omnium possessio...*” (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 4, 1)). Su concepción no es fáctica, sino jurídica, y su naturaleza es internacional y universal (“*ius gentium est sedium occupatio*”) (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 6, 1)). La posesión es, según el Arzobispo Hispalense, *iusta* o *iniusta*. Ambas son especies de aquella:

“Dicta autem res a recte habendo, ius a iuste possidendo. Hoc enim iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene. Quod autem male possidetur, alienum est. Male autem possidet qui vel sua male utitur vel aliena praesumit. Possidet autem iuste qui non inretitur cupiditate. Qui autem cupiditate tenetur, possessus est, non possessor” (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 25, 3)).

Según este fragmento de *Etymologiae*, el derecho de posesión se identifica con justicia de equidad, “... *iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene*”. El poseedor posee con ecuanimidad, si su ánimo no está envuelto por el egoísmo, “... *qui non inretitur cupiditate*”. La posesión codiciosa es inicua, “*qui vel sua male utitur, vel aliena praesumit, (...) qui autem cupiditate tenetur, possessus est, non possessor*”.

2.1. Comercio - *Iusta possessio* – traditio de mercancías

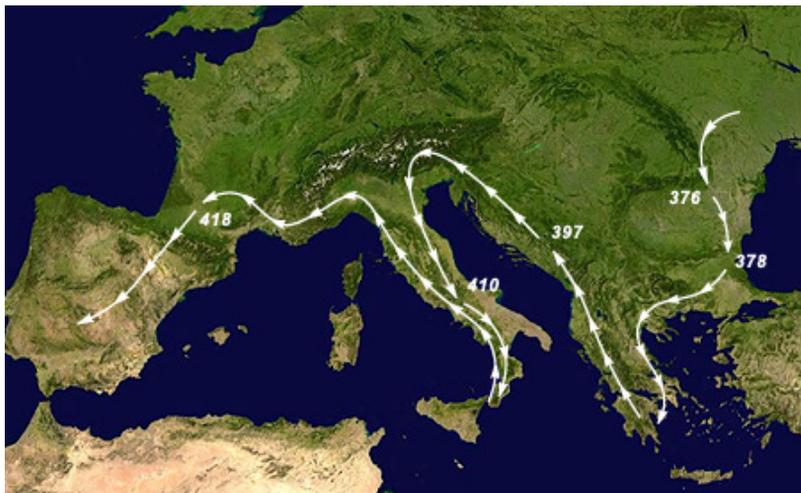
Otros indicios histórico – jurídicos de la adopción de la posesión de equidad romana por los reinos romanos germánicos se constatan, por una parte, en la práctica hispanorromana tardía de la transmisión de la entrega de bienes muebles (PEREZ PRENDES, 2004, p. 406), y, por otra, en la negociación y la entrega de mercancías en el comercio transmarino internacional (este último todavía regulado por los esquemas romanos del *ius gentium*). (GAYO, INST. 2, 135) En esta dirección, Beda el Venerable (coetáneo de San Isidoro) da noticia fiel de la continuidad de este último, no solo en el reino anglo de *Britannia*, sino también en otros reinos romano – germánicos de Europa Occidental. La posesión universal de equidad era posiblemente el eje conductor de las compraventas marítimas internacionales. Práctica de riesgo, según Beda, que podía generar el enriquecimiento de las naciones:

“Maris vero fretibus crebis terrarum spatia distinguitur, ut et gentium terminos intercludant et alternis opibus omnes provincias per commercia ditent”. (BEDA EL VENERABLE, *DE NATURA RERUM*, LI. XXXVIII)

La continuidad de la *traditio*, como correa jurídica de transmisión, y adquisición posesoria justa, de las mercancías en el comercio marítimo internacional (de romanos y visigodos, y de ambos con mercedares y negociadores de otras nacionalidades) (LI. XI, 3, 4, ANTIQUA) fue puesta de relieve también por Código de Eurico, I, 13, “*De transmarinis negotiatoribus*” (D’Ors A., ed. BOE, 2014) y por LI. ANTIQUA (*Codex Revisus*, Leovigildo) XI, 3, 1:

“Qui transmarinus negotiator aurum, argentium, vestimenta, vel qualibet ornamenta provincialibus nostris vendiderit...”

2.2. La continuidad de dos esferas romanas: dominio – *iusta possessio* en el nuevo microcosmos del territorio hispano visigodo



(Imagen: Mediterranean_Sea_16.61811E_38.99124N.jpg. Migration of Visigoth tribes, public domain).

Los reinos visigodos constituyeron un rico exponente histórico de convivencia y de amalgama progresiva de distintos valores sociales, elementos jurídicos y consuetudinarios de dos nacionalidades, romana y germánica. La primera, sometida a un nuevo poder monárquico, sirvió de apoyo y referencia para la segunda. Bajo el mandato de los césares, el ciudadano

romano era consciente de su pertenencia a un imperio global – mundial. (STEIN, 2001, pp. 53 – 54). En este, las ciudades y los municipios de las provincias eran las sedes de la vida política, administrativa y judicial. Las tierras de los latifundistas *possessores* y *potentiores* (*nobilitas* de las élites y de las clases senatoriales municipales dirigentes) y el comercio, terrestre y marítimo, nacional e internacional, eran los principales motores de su riqueza. Con la llegada y el asentamiento migratorio de los nuevos pueblos del este de Europa, en Galia, Italia e *Hispania* (siglo V d. C.), bajo el patrocinio de los ejércitos germanos (Honoríacos) (PAULI OROSII, VII, 40, 9.), traidores a Roma (PAULI OROSII, VII, 40, 9.), la parte occidental del Imperio romano se resquebraja (PAULI OROSII, VII, 40, 9.), (Hydacio, Chron. 220 – 245 (XVI – XVII)). La percepción de imperio desaparece. El aislamiento se apodera de los nuevos reinos. Estos, inicialmente, tienen límites territoriales no definidos y menores a las viejas provincias romanas.

En este periodo post - romano, la agricultura adquirió hegemonía sobre el comercio y las mercancías. De forma progresiva, la tierra se convirtió en la fuente principal de generación de patrimonios y capitales. En este contexto, los caudillos militares germanos rápidamente establecieron las nuevas reglas del derecho público, para la distribución de la riqueza de la tierra. (D'ORS, BOE, 2014).

Desde la óptica del derecho privado, si creemos a E. Levy “la propiedad privada constituyó la base del derecho de bienes en los primitivos reinos en suelo romano, tanto para la población germánica como para la romana (LEVY, 1951, p. 84). Sin embargo, primero hubo una fase histórica de encuentro y de contactos mutuos. Según San Isidoro, de forma primitiva, los germanos se regían por los usos y costumbres de sus naciones (SAN ISIDORO, VII, 34, 7 – 8). No conocían el Derecho romano. En los últimos decenios del siglo IV d. C., fruto de sus asentamientos en tierras del orbe, en calidad de federados y huéspedes del emperador Teodosio, aquellos entraron en relación, de forma progresiva, con la cultura y la civilización del Bajo Imperio:

*“Universae Gotorum gentes rege defuncto aspicientes virtutem benig-
nitatemque Theodosii Romano sese imperium dederunt; ictumque tunc
foedus est, quo universus oriens usque ad nunc tranquillissime fruitur
(PAULI OROSII, VII, 34, 7 – 8.)”*

Los conceptos jurídicos romanos dominio y *possessio* (LEVY, 1951, p. 21) de equidad (es decir, *proprietas* o propiedad natural: *CTh.* 4, 11,1; 5, 10, 1; 2, 25, 1; 11, 7, 4; 8, 15, 6, 1; 13, 10, 8; 11, 62, 6; 11, 3, 5; 11, 70, 4; 5, 1, 8) fueron acogidos por los ordenamientos jurídicos de los reyes godos hispanos (“... *fundi iure consistat... proprietas fundi...*”) (AHDE, 1959, p. 365). Además de su recepción por el Código Teodosiano en *LRW* (Alarico II, 506 d. C.), Eurico previamente, en LI. X, 3, 5, *Antiqua*, había establecido, “*Si quodcumque ante adventum Gotorum de alicuius fundi iure remotum est et aliquam possessionem aut vinditionem aut donationem aut divisionem aut aliqua transactione translatum est, id in eius fundi, ad quem a Romanis antiquitus probatur adiunctum, iure consistat. Cum autem proprietas fundi certissimis signis...*”; también en LI. 5, 4, 20, *Antiqua*, sostuvo “... *ut absque audientia iudicantis privetur dominium possessoris*”.

En el siglo VII d. C., desde las perspectiva de las liberalidades, Chindasvinto estableció que las donaciones del rey transfiriesen el dominio al donatario, “*donationes regie potestatis, que in quibuscumque personis conferuntur sive conlate sunt, in eorum in iure persistent*” (LI. V, 2, 2). El beneficiario tenía derecho de hacer con la cosa lo que juzgare o quisiere, “... *quicquid de hoc facere vel iudicare voluerit, potestatem in omnibus habeat*” (LI. V, 2, 2.). El Monarca definía el dominio como poder absoluto. Con otra ley, también adoptada del viejo sistema legal imperial posclásico, este Rey daba continuidad a la prescripción y diferenciaba el dominio de la posesión:

“Sepe proprium ius alterius longinqua possesso in ius transmittit alterius; ... qui dominium alienum inquietabit, rei domino velut iniustus satisfaciat petitor” (Flavius Chindasvintus Rex). (LI. X, 2, 6).

7 LI. X, 3, 5, *Antiqua*. En este sentido García Gallo A., Bienes propios y Derecho de Propiedad en la Alta Edad Media Española, en AHDE, 1959, p. 365, sostuvo: “... la palabra *proprietas*, cuyo empleo en esta época para destacar la atribución de bienes a una persona... no parece haber sido utilizada en estos tiempos como sinónima de *dominium*, pues no aparece empleada claramente en este sentido en las leyes visigodas”.

A tenor de esta norma de *Liber Iudiciorum* (= *LI.*), el dominio, como derecho, y la posesión, como situación de hecho y como propiedad natural de equidad, o *proprietas* (*sed proprium ius = possessio, ... alterius in ius transmittit = dominium*), estaban vigentes en los últimos siglos de nuestro reino hispano germano: una larga posesión destruía el derecho de propiedad y lo transmitía a terceros. Más tarde, Recesvinto continuó con esta adopción del dominio y la posesión jurídica de equidad romanos: "...*sibi quisque privari possit dominio rerum* (*LI. II, 1, 6*)"; "...*quique sortius vix est usus elementorum, quibus concretus est, quomodo sortietur bona rerum, ad quarum dominium natus non est?* (*LI. IV, 2, 17*)" "...*nec contra signa evidentia debitum dominium ullum longe possessionis tempus excludat* (*LI. X, 3, 4.*)". Posteriormente, Ervigio sostuvo "...*sed et filios exinde progenitos omneque eorum peculium suo debeat vindicare dominio*". (*LI. IX, 1, 16*).

De forma paralela, y acorde con estas instituciones, los reyes visigodos incluyeron en sus sistemas jurídicos los mecanismos romanos de defensa del derecho de dominio y el amparo de la posesión frente a usurpaciones de terceros, es decir, la acción petitoria de dominio y los juicios interdictales. La primera para la defensa de un derecho. Los segundos para la defensa de una situación fáctica, gobernada por la ley natural. La acción vindicatoria se puede leer en *LI. X, 1, 8, Antiqua* "...*presumat aut vindicet... usurpare et vindicare*"; *LI. X, 1, 11, Antiqua* "...*dominus post suo iure defendat...*"; *LI. X, 1, 15, Antiqua* "...*nisi terrarum dominus forte prestiterit audeant usurpare...*"; *LI. X, 2, 6, Chindasvintus* "...*tam petenti quam possessori ...; ... dominum alienum inquietabit rei domino velut iniustus satisfaciat petitor...*"; *LI. X, 3, 4, Reccessvindex* "...*locum ex integro vindicare videtur ...*". Un proceso interdictal (*de vi*) se lee también en *LI. X, 3, 4, Reccessvindex* "...*hunc domino vere ut violentum accusare et ut invasorem per iudicum legibus abdicare*".

Por otra parte, la autoridad de la Iglesia también intervino en la adopción y la conservación de la justa posesión de equidad y del dominio romano. Así, *LI. V, 1, 4, Antiqua*, probablemente de Eurico, o bien de Leovigildo, había establecido: "*Heredes episcopi seu aliorum clericorum, qui filios suos in obsequium ecclesie commendaverint, et terras vel aliquid ex munificentia ecclesie*

possederint, si ipsi in laicis reversi fuerint aut de servitio ecclesie, cuius terram vel aliquam substantiam possidebant, discesserint, statim quod possidebant amittant". Además, la norma real dispuso que una larga posesión de bienes debidos a la Iglesia no conducía a la adquisición de su dominio: "... *ne quamvis longa possessio dominium ecclesie a rebus sibi debitis quandoque escludat, quia et canonum auctoritas ita commendat*".

2.3. El problema del reparto y del régimen jurídico de la tierra: *Sortes Goticas et tertiam Romanorum*

En el contexto histórico jurídico del dominio civil y la posesión de equidad provincial del Occidente romano (siglo V d. C.) surgió la cuestión del reparto de tierras entre godos y romanos en *Hispania* y el problema de su nuevo régimen jurídico. Acontecimiento importante, objeto de estudio y minuciosa atención para historiadores y juristas. Los antecedentes de aquella división parecen encontrarse en las concesiones de tierras que venía haciendo Roma, mediante tratados (*foedus*), a los pueblos germanos aliados (PAULI OROSII, VII, 34, 7 – 8). En contraprestación a los servicios defensivos, estos podían asentarse en los territorios imperiales, mediante un nuevo sistema de hospitalidad. Una constitución imperial de Arcadio y Honorio, de finales del siglo IV d. C., (fiel a las prácticas de acogida de Teodosio el Grande con los godos, quienes fueron establecidos por este en las zonas limítrofes y fronterizas de la parte oriental del Imperio) dispuso:

"In qualibet vel nos ipsi urbe fuerimus vel ii qui nobis militant commorentur, omni tam mensorum quam etiam hospitem iniquitate summota duas domus propriae domus, tertia hospiti deputata, eatenus intrepidus ac securus possideat portiones, ut in tres domus divisa partes primam eligendi dominus habeat facultatem, secundam hospitem quam voluerit exequatur, tertia domino relinquenda. Plenum enim aequitate atque iustitia est, ut qui aut successione fruitur aut empto vel extructione gaudet electam praecipue iudicio suam rem teneat et relictam. Ergasteria vero, quae mercimoniis deputantur, ad praedictae divisionis iniuriam non vocentur, sed quieti sint et libera et ab omni hospitantium iniuria defensata solis dominis conductoribusque deserviant. Sane si stabulum, ut adsolet, mi-

litari viro in tertia domus parte defuerit, ex ergasteriis, nisi id dominus qualibet occasione providerit, pro animalium numero vel domus qualitate deputabitur. Inlustribus sane viris non tertiam partem domus, sed mediam hospitalitatis gratia deputari decernimus ea dumtaxat conditione servata, ut alter ex his quilibet quivē maluerit divisionem arbitrii aequitate faciat, alter eligendi habeat optionem. Et firmissimum perpetuo quod iussimus perseveret, ita ut triginta libras auri qui inlustris sunt praediti dignitate fisco nostro se inlaturos esse cognoscant, ceteri vero militia sciant se esse privandos, si generale praeceptum amplius usurpando quam iussimus reprehensibili temeritate violaverint". DAT. VIII ID. FEB. CONST(ANTINO)P(OLI) HON(ORIO) IIII ET EUTYCHIANO CONSS. 398 d. (CTh. 7, 8, 5).

Poco tiempo después de la promulgación de esta disposición imperial, Honorio convino un tratado de paz con el rey godo Walia (416 d. C. – 418 d. C). Por medio del acuerdo, el emperador concedía parte del territorio de Aquitania (Sur de las Galias) a los germanos y en contraprestación estos prestaban apoyo militar y fidelidad al Imperio. Para algunos autores, M. (BLOCH, 1963, pp. 100 – 141), L. A. García (MORENO, 1983, pp. 137 – 175) y L. Rodríguez (ENNES, 1999, p. 37), de acuerdo con la normativa de aquella hospitalidad imperial romana, los pueblos federados recibían 1/3 del territorio en calidad de huéspedes por cada 2/3 que era retenido por los romanos. En esta dirección, A. García Gallo fue más allá, pues sostuvo que la división del territorio afectó solo a los latifundios y fue equitativa entre godos y romanos (GARCÍA GALLO, 1941, p. 40). El suelo agrario gozaba de dos regímenes jurídicos. Una parte era *terra dominicata* (tierra que el propietario trabaja y explotaba el dueño) y otra era *terra indominicata* (tierra arrendada o concedida a colonos, explotada, generalmente, mediante un capataz o *villicus*). Según este prestigioso historiador, “la parte expropiada a los romanos y entregada a los godos parece haber sido la mitad de las posesiones, pero de la siguiente forma. La parte que el propietario romano explotaba directamente, y que era de reducida extensión, posiblemente queda en su poder íntegro y sin repartir, (...) pero la parte más extensa de la posesión se divide quedando para él dos tercios y entregando uno al godo. La parte más extensa de la posesión (la que el propietario entregaba

en *sortes* o “parcelas” a los colonos, para que las cultivasen a cambio de una renta) se divide en todo caso: un tercio para el romano (*tertia romanorum*) y dos tercios para el godo; es por ello por ello que los godos y los romanos se consideraban *consortes* copartícipes de las tierras. Así, la parte explotada directamente y la *tercia* (o las dos partes de aquella y esta) equivalen en extensión a los dos tercios del godo (o a un tercio de aquella y los dos de esta) (GARCÍA GALLO, 1967, pp. 523 – 524).

Si aceptamos que este sistema de reparto de tierras fue adoptado de modo fiel por Eurico y sus sucesores, surgirían algunos interrogantes. Arcadio y Honorio establecieron por ley un sistema de hospitalidad. Por otra parte, el contenido del Tratado de Wallia y Honorio nos es desconocido. Las fuentes jurídicas góticas hispanas, Código de Eurico, *Liber Iudiciorum*, se inspiran en la medida de los tres tercios, (“... *primam eligendi dominus habeat facultatem, secundam hospes quam voluerit exequatur, tertia domino relinquenda*”) (CTH. 7, 8, 5), pero no dan trazas fidedignas de haber adoptado el sistema de reparto romano. Estas mismas codificaciones godas, además, califican de *sortes* exclusivamente a las tierras de los godos (*consors*). Estos pueden ser *consortes* entre sí. De este título, al menos en los repartos iniciales, los romanos parecen estar excluidos. Estos son titulares de *tercias*. Por último, no parece convincente que aquel sistema de división y reparto romano se copiase por los reyes hispanos, quienes establecieron 2/3 góticos por sorteo (*sortes*) sobre la totalidad de su territorio (LI. X, 2, 1, ANTIQUA).

Sobre este problema de repartos de tierras entre romanos y visigodos, J. Sánchez Arcilla sostuvo que los territorios se dividieron por mitades (SÁNCHEZ ARCILLA, 1995, p. 114). Pérez Prendes, por su parte, reportó acertadamente que “lo más razonable es entender que esa mecánica se ajustó en cada caso a las circunstancias del lugar y a las necesidades del pacto, de forma que incluso hubo asentamientos de bárbaros que no requirieron partición alguna de tierras con una población romana anterior” (PÉREZ PRENDES, 2004, p.377). En esta dirección, es razonable sospechar que los reyes godos establecieron las nuevas reglas de distribución de la riqueza de la tierra. El poder real germánico intervino en el reparto de los dominios

(LI. V, 2, 2; V, 2, 3, Antiqua) y señoríos territoriales (competencia real y nobiliaria pre-feudal) y en la distribución de su justa posesión (derecho de los vasallos libres). De forma progresiva, el señorío privado del suelo latifundista fue haciéndose propio de los señores del alto linaje (*nobilis ingenuus*) (LI. X, 2, 7). La estabilidad de una *iusta possessio* fue haciéndose propia de los hombres libres (godos y romanos) plebeyos (*inferior ingenuus*) (LI. X, 2, 7). El binomio dominio – *possessio*es “latifundistas visigodas” fue heredado del Bajo Imperio romano. En este último, el suelo provincial era protegido también con una *longi temporis praescriptio*, institución que garantizaba a los largos *possessores* de buena fe y justa causa (también a los larguísima poseedores de treinta años), la estabilidad permanente de su *possessio*, pero no el dominio, ya que la usucapión civil estaba excluida del suelo provincial. Aunque este conjunto jurídico de instituciones romanas permanece, con la implantación de las nuevas estructuras de poder pre-feudales (SÁNCHEZ ALBORNOZ, 1993) visigodas, durante los siglos V d. C., VI d. C. y VII d. C., el gran dominio quedó reservado a los grandes de la nobleza, quienes se apropiaron de vastos territorios, que previamente habían usurpado a los grandes *possessores* terratenientes romanos de *Hispania*.

El suelo de *Hispania* fue ocupado (“... *Alani et Vandali et Suevi Hispanias ingressi sunt... aera CCCCXLVII* (HYDACIO, CHRON. 205 (XIV)); “... *inruptiae sint Hispaniae*”), (PAULI OROSII, VII, 41, 2) por las migraciones bélicas de los pueblos godos (PAULI OROSII, VII, 40, 9) “... *cunctas gentes, quae per Gallias vagabantur, Hispaniarum provinciis inmittunt isdemque ipse adiunguntur: ubi actis aliquamdiu magnis cruentisque discursibus, post graves rerum atque hominum vastationes,...*”⁸). Sus intervenciones militares estaban legitimadas por el derecho internacional de guerra (PAULI OROSII, VII, 41, 2 – 3). Los caudillos germanos tenían gobierno y ejér-

8 HYDACIO, CHRON. 220 – 245 (XVI – XVII). Pauli Orosii, *Historiarum adversum paganos*, VII, 42, 1 – 3. Salviano de Marsella, *De Gub. Dei*, 6, 8, 39 – 40: “...non agitur denique in plurimus Galliarum urbibus et Hispaniarum; 40: *quae spes Christianis plebibus ante deum est, quandoquidem ex illo in urbibus Romanis haec male sunt ex quo in barbararum iure esse coeperunt*”. San Isidoro (*Etymologiae*, V, 6, 1): “*lus gentium est bella captivitates*”. San Isidoro, *Historia Gothorum*, 7, 3, 1. Morán Martín R., *Materiales para un Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 2010, p. 251: “... la guerra de los años 425 – 430, que debió terminar con la alteración de algunos puntos del foedus del 418, pero que no será un único caso, sino que constatan conflictos que se mantienen y agudizan con la llegada al poder de Eurico y su intento de consolidar el dominio de los territorios que había ido conquistando en la Galia y en las Hispanias...”.

cito propios, y ejercían mediante ambos su poder y hegemonía (CHRON. ALBEN., XIV, 2, pp. 343 – 346). *Hispania* romana sufría ahora las mismas consecuencias que había soportado la Iberia prerromana:

“Inruptae sunt Hispaniae, caedes vastationesque passae sunt: nihil quidem novum, hoc enim nunc per biennium illud, quo hostis gladius saeviit, sustinuere a barbaris, quod per ducentos quondam annos passae fuerant a Romanis...” (Pauli Orosii, VII, 41, 2).

La tierra anexionada fue donada por potestad del rey (LI. V, 2, 2), bien sorteada (*sortes*), dividida y asignada por este a los godos (*Sortes Ghoticas*). Los romanos vencidos no participaron en el azar de los vencedores. Aquellos recibieron tierras de forma unilateral, sus tercias (*tertia romanorum*). Estos son ahora “nuevos huéspedes”, “... *in loco hospitem*” (D’ORS A BOE, 2014), y súbditos. Según Código de Eurico, CCLXXVI, CCLXXVII, 476 d. C. aprox. (*Fragmenta Parisina. Cod. Rescrip.* París. Lat. 1261, BOE, 2014) y *Liber Iudiciorum*, X, 1, 8, *Antiqua*, por cada lote de tierras (2/3, *sortes Gothicæ*) (LI. X, 2, 1) que eran sorteadas y concedidas en nombre del rey a los godos (...*duabus partis Goti*) (LI. X, 1, 8) 1/3 era entregado después a los viejos hispanorromanos (*tertia Romani*) (LI. X, 1, 8). El principio rector visigodo del reparto (aunque inspirado en las medidas del sistema romano) fue original: por cada tres tercios de tierras, dos tercios son para el godo y un tercio para el romano (*Sortes Ghoticas et tertiam Romanorum*) (D’ORS A BOE, 2014). El rey tiene y ejerce su derecho de ordenar y distribuir su territorio. Inicialmente, esta prerrogativa pública se hizo efectiva mediante sorteos (GARCÍA GALLO, 1967, p. 524) (*sortes* deriva de *sor – sortis*) de los distintos lotes que habían dividido el territorio ocupado. El obispo Hydacio (*Chron.* 240 (XIV)) nos ofrece indicios de este sistema originario:

“... subversis memorata plagarum grassatione Hispaniae provinciis barbari ad pacem ineundam, Domino miserante conversi sorte ad inhabitandum sibi provinciarum dividunt regiones”.

Los bárbaros se reparten en suerte las diócesis y las regiones de las provincias. Paulo Orosio ofrece, en este sentido, noticias más concretas:

“Igitur Honoriaci inbuti praeda et inlecti abundantia quo magis scelus impunitum foret atque ipsi sceleri plus liceret, prodita Pyrenai custodia claustrisque patefactis cunctas gentes, quae per Gallias vagabantur, Hispaniarum provinciis inmittunt isdemque ipse adiunguntur: ubi actis aliquamdiu magnis cruentisque discursibus, post graves rerum atque hominum vastationes, de quibus ipsos quoque modo paenitet, habita, sorte et distributa usque ad nunc possessione consistunt”. (PAULI OROSII, VII, 40, 9).

Este plan tuvo resultados positivos. En este sentido, según R. Morán Martín “este sistema de reparto hizo que los godos se distribuyeran por todo el territorio” (MORÁN MARTÍN, 2018, p. 255). Esta división sustituía y se alejaba del sistema de hospitalidad romano (Arcadio y Honorio *CTh.* 7, 8, 5), y del viejo procedimiento de división y asignación de dominios y *possessiones* que había sido seguido en los siglos precedentes, de forma más o menos regular, por las viejas centuriaciones (estas también se aplicaban en las provincias). Fruto de las nuevas divisiones, las marcas y los mojones de los suelos godos sustituyen a las viejas señales romanas del *ager divisus et assignatus* (“*aggeres terre sive arcas y arboribus notas, ... quas decurias vocant*”). Para este proceso, Eurico estableció la posibilidad de seguir los indicios de los límites por las viejas marcas romanas⁹. En las nuevas particiones, los divisores podían respetar las antiguas posesiones romanas (“... *ante adventum Gotorum (LI. X, 3, 5, ANTIQUA*””, expresión que subraya la originalidad visigoda de los repartos), siempre que estas hubiesen sido adquiridas mediante justo título (compra, donación, partición y transacción¹⁰). Con todo, los sorteos, los pactos privados de división (estos últimos autorizados por el poder público real, LI. X, VIII, *De divisione terrarum facta inter Gotum adque Romanus* (PÉREZ PRENDES, 2004, p. 377); LI. X, 1, 5: “*Si placitum quis divisionis inrumpat, divisam partem usurpans*”, siempre que respetasen los 2/3 de *sortes* y las tercias) (LI. X, 1, 8, ANTIQUA), las donaciones reales

9 LI. X, 3, 3, Antiqua: “*Quotiescunque de terminis fuerit orta contentio, signa, que antiquitus confundorum sunt, oportet inquiri, id est aggeres terre sive arcas, quas propter fines fundorum antiquitus apparuerit fuisse coniectos adque constructas, lapides etiam, quos propter indicia terminorum notis evidentibus sculptos constititerit esse defixos. Si hec signa defuerint, tunc in arboribus notas, quas decurias vocant, convenit observari; sed ille, que antiquitus probantur incise*”.

10 LI. X, 3, 5, Antiqua “*Ut, si aliqua pars de alio loco tempore Romanorum remota est, ita persistat*”.

(LI. V, 2, 2; V, 2, 3, ANTIQUA) y las concesiones de lotes favorecieron al pueblo conquistador visigodo, y tuvieron consideración, aunque en menor proporción, con el pueblo romano vencido.

Alguna de estas modalidades de reparto del suelo, fueron adoptadas por otros reyes germanos¹¹. Así, Gundobado (473 d. C. – 516 d. C.) parece haber utilizado el sistema general de suertes y tercias en *Gallia Oriental* (LRB. 30, 2 “... seu in unum consortes”; LRB. 30, 3 “... quos consortes habent”; LRB. 30, 4 “... agrorum vero consortes, si divisas in uno agro portiones habent”) (LOT F, 1928, pp. 975 – 1011). Parece claro que la división del territorio, mediante la asignación del dominio y de la posesión del suelo, respondía a un nuevo proyecto público regio de convivencia pacífica común de las dos nacionalidades. En este sentido, P. Orosio sostuvo, “los bárbaros, execrando sus espadas, empuñan los arados y tratan a los demás romanos como compañeros y amigos, de tal modo, que algunos hay que prefieren la pobre libertad de que disfrutaban entre los bárbaros a la opresión tributaria en que vivían entre romanos” (HIST. ROM. ADV., p. 7, 41).

A esta finalidad de entendimiento entre ambos pueblos, y en el interés del reino, respondió también el mandato de seguridad jurídica, e imperativo, de Eurico:

“Sortes Gotice et tertia Romanorum, que intra L annos non fuerit revocate, nullo modo repetantur”. (LI. X, 2, 1, ANTIQUA, EN AHDE, 1956, pp. 701 – 705)

Según esta ley, las concesiones de *sortes* y tercias podían ser otorgadas y revocadas¹² por el poder real¹³, salvo por el transcurso de cincuenta años (plazo de prescripción).

11 DIURNI G., POSSESSO..., cit. p. 471, sostiene que la población bárbara aprehende el suelo y disfruta de forma duradera de la tierra mediante la práctica de dividir en sortes el territorio entre los distintos grupos.

12 LI. X, 1, 8, Antiqua: “... aut de tertia Romani Gotus sibi aliquid audeat usurpare aut vindicare, nisi quod a nostra forsitam ei fuerit largitate donatum”.

13 La potestad real (principis potestas) puede revocar también las ventas del patrimonio de los curiales, LI. V, 4, 19. Flavius Chindasvindus Rex.

2.3.1. *Sortes et tertias*: Títulos públicos regios de concessão real.

Por derecho de guerra (*ius gentium*) (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 6, 1)), la nueva tierra ocupada por los caudillos godos era dominio público. Su titular, el rey. Las *sortes* constituían no solo los lotes, sino también un nuevo título público germánico de concessão real del dominio privado o bien una *iusta possessio* de equidad (*sors*; "... *in sua sorte susceperant...*") (LI. X, 1, 14, ANTIQUA); "... *sorte et distributa usque ad nun possessione consistunt* (PAULI OROSII, VII, 40, 9)..."; "... *sortis iure possidens = sortis titulo adquisita...*") (LRB. 1.1; 13; 14, 5). De forma originaria, o bien por actos de transmisión, *sors* solo puede ser el godo con parte en una suerte territorial. *Chronica Albendensia* (¿*Dulcidius*, 881 d. C.?) constata la existencia de campos exclusivos de los godos: "*Campos quem dicunt Goticos udque ad flumen Dorium eremuit...*". (CHRON. ALBEN., XV, 3). El romano no es *sors*, no tiene legitimidad para entrar en las rifas y concesiones reales territoriales originarias. Los romanos tampoco pueden adquirir por pactos, ni por transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, aquel título jurídico. Una vez realizados los sorteos y las concesiones, era muy probable que las *tercias* fuesen adjudicadas de forma unilateral, y sin derecho de elección, a los romanos. Estos ya no eran *cives Imperio Populi Romani*, sino nuevos huéspedes y súbditos del rey germano.

Las *sortes* (también las *tercias*) eran objeto de división, "... *si plures fuerint in divisione consortes...*" (LI. X, 1, 3, ANTIQUA), compra y venta¹⁴, permuta (LI. V, 4, 19), donación (LI. V, 4, 8), arrendamiento (LI. X, 1, 11), cesión y entrega en precario (este último, sujeto a tributación) (LI. X, 1, 12.). Incluso, las *sortes* de los *consors* (LI. X, 1, 4,) podían permanecer indivisas en comunidad (*consortium*) (LI. X, 1, 4). El titular de una *sors* podía, además, concederla en justa posesión, tanto de forma individual como en comunidad, a terceros (LI. X, 1, 6, *Ant. Emend.* "*si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit...*"; X, 1, 7, *Ant.* "*qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine*

¹⁴ LI. V, 4, 7, Antiqua: "*Vinditionis hec forma servetur, ut seu res aliquas vel terras...*"; V, 4, 13, Flavius Chindasvindus Rex; X, 1, 6.

permissioni domini...”). En consecuencia, el dominio y la justa posesión (= propiedad natural) de las *sortes* privadas se podían dividir y transmitir inter vivos y *mortis causa*.

Por otra parte, podemos sospechar también que las *sortes* estaban exentas del pago de tributos (GOFFART W, 2006, p. 141) (las tercias eran gravadas con el diezmo, *pro decimis*) (LI. X, 1, 19). Por *Liber Iudiciorum*, conocemos que, a veces, algunas tercias romanas eran usurpadas por los godos, para unir las a sus *sortes* y viceversa (LI. X, 1, 5 *Antiqua*; X, 1, 16, *Antiqua*). En otras ocasiones, surgían pugnas por la extensión y los límites de las *sortes* y las tercias romanas vecinas. Para solucionar estas luchas intervenían no solo los jueces, sino también los inspectores tributarios (CTh. 11, 1, 31), así como los *consortes*. La presencia de estos últimos era forzosa (“... *nullus novum terminum sine consortis presentia aut sine inspectore constituit*”, LI. X, 3, 5, *Antiqua*). En estos dos tipos de litigios, según la solución de cada caso, los jueces exigían la devolución de la posesión a los legítimos titulares romanos, o bien fijaban la cabida exacta y los límites de las fincas vecinas. Las conclusiones establecidas por LI., para ambos casos, eran jurídicas y tributarias. Las primeras respondían a la necesidad de amparar el verdadero dominio y la *possessio* de equidad o “propiedad de la posesión” (LI. X, 3, 5, *Antiqua*). Las segundas pretendían evitar fraudes fiscales, pues la hacienda del rey perdía el pago de los impuestos de la tierra, si esta última había sido desposeída inicua por los godos a los romanos: “... *ut nihil fisco debeat deperire...*” (LI. X, 1, 16, *ANTIQUA*).

Estas leyes parecen demostrar que las *sortes* godas estuvieron, al menos inicialmente, libres del pago de impuestos. Solo las tercias, en manos del pueblo extranjero romano sometido, tributarían a la hacienda real. ¿Acaso el reparto inicial de los caudillos pretendió que los godos (pueblo vencedor) tuviesen el dominio inmune de las *sortes* y los romanos (pueblo vencido) adquiriesen la *possessio ad ususfructus* o *proprietas* natural tributaria de sus tercias?

2.3.2. Hacia un nuevo sistema jurídico territorial feudal.

El sistema de división y adjudicación de *sortes* y tercias, que fue seguido durante varios siglos por los reyes visigodos (LI. X, 1, 8, ANTIQUA. LI. X, 1, 9, ANTIQUA), no adoptó un verdadero sistema de hospitalidad. Estos articularon, según sus propios intereses de gobierno, la división, el reparto, la administración y la fiscalidad de todo su territorio (LI. X, 1, 16, ANTIQUA). Estas concesiones y divisiones parecen sostener, además, que el “gran dominio” territorial fue privilegio de las estirpes de la nobleza goda (duques, condes, gobernadores, etc.). Sobre tres tercios, esta última siempre era 2/3 más rica que la vieja aristocracia romana, *possessores et potentiores* tributarios. Esta vieja nobleza provincial, todavía latifundista, explotaba sus posesiones agrícolas mediante capataces y administradores, ... *vilici adque praepositi* (LI. X, 1, 16, ANTIQUA), pero quedó sometida a la hegemonía política y tributaria goda.

Por otro lado, “ajena a las *sortes* y las tercias”, la Iglesia fue amparada progresivamente por la nueva realeza y se unió, de forma paulatina, al acceso y la titularidad del dominio privado de los grandes latifundios y de los distintos tipos de territorios (LI. V, I – IV).

En el nuevo arco del tiempo de los reinos germánicos hispanos, los hombres libres, nobles y plebeyos, godos y romanos, tuvieron acceso al dominio y a la propiedad o posesión natural (= *possessio iusta*) de la tierra (LI. X, 2, 7). Sin embargo, para muchos hombres libres, de condición humilde, una posesión *iusta* de equidad, o propiedad natural, y la explotación del suelo fueron posiblemente tanto su único derecho como su actividad económica. En este contexto, podemos entender que Chindasvinto ordenase que los hombres plebeyos no pudiesen vender su gleba: “... *nam plebeis glebam suam alienandi nullam unquam potestas manebit*” (LI. V, 4, 19). Con frecuencia, además, los estamentos de vasallos, sin linaje noble (*inferior ingenuus*) (LI. X, 2, 7) estaban sujetos, de forma libre y voluntaria, por juramentos de fidelidad y bajo el patrocinio de los señores godos (LI. V, 3, 1 – 4, GARCÍA GALLO, p. 519), (*nobilis ingenuus*) (LI. X, 2,

7). En contraprestación y compensación, aquellos recibían de sus amos armas y la posesión libre de fundos agrarios – *possessores* del *ager vectigalis* -. Los patrocinados y encomendados explotaban directamente la tierra y pagaban los cánones y tributos a su señor. Un nuevo tiempo se grava en el dintel de la Historia feudal.

2.4 *Communio romano visigoda (= consortium) (LI. X, 1, 4, Chindasvintus Rex)*

La *possessio iusta* de equidad o propiedad natural romana fue adoptada también por los juristas y los reyes visigodos para la construcción de su comunidad de bienes. Así, los hombres libres godos, unidos por razones de personalidad y nacionalidad, bien por matrimonio y filiación, bien por parentesco con otros grupos familiares, podían constituir derechos y pertenecer a consorcios de tierras comunales (LI. X, 1, 6, *Ant. Emendata* “... *quod portio sit consortis...*”, romanceada por Fuero Juzgo “*si alguno de los compañeros face vinna o casa en herdat de so compañero*”; LI. X, 1, 7 “... *Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini...*”). Por regla general, las comunidades se establecían sobre montes, bosques, silvas y tierras de pastoreo. Con probabilidad, las primeras nacieron y permanecieron indivisas por liberalidades y orden del poder regio: “*De silvis inter Gotum et Romanum indivisis relicta*” (LI. X, 1, 9, *Antiqua*). Con el paso del tiempo, fruto del asentamiento de la nueva población en los territorios anexionados, los consorcios se originaron por iniciativa de colectivos vecinales y estirpes de las familias godas.

Desde la óptica jurídica, estos suelos agrarios y de pastoreo podían ser objeto de posesión y aprovechamiento colectivo por cuotas, *communio* posesoria “*pro parte*”, o bien objeto de posesión colectiva sin cuotas, *communio* posesoria “*pro indiviso*” (PLANITZ H, 1957, p. 103 – 104).

2.4.1. *Communio posesoria “pro parte”, divisible*

Los sorteos de tierras por los reyes germanos y sus nobles visigodos pudieron establecer comunidades posesorias de *consortes pro parte*¹⁵. En *Liber Iudiciorum, Lex Antiqua Emendata* (X, 1, 6, título “*Si vineam aut domum quis in consortis terram (= tierra comunal) construxerit*) podemos leer:

“*Si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit, vel certe si ipse, qui vineam plantat vel domum facit, ignoraverit, quod portio sit consortis*”.

En estos consorcios existía un régimen comunal posesorio proporcional. Los consortes o copartícipes de las suertes tenían distintas porciones posesorias del patrimonio comunal “... *quod portio sit consortis*”. Según el fragmento legal anterior, se puede sospechar en la posibilidad de una pertenencia del patrimonio posesorio comunal al dominio privado de un tercero, rey o señor nobiliario. Probabilidad que también se lee en LI. (*Lex Antiqua* X, 1, 7): “*Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini, sive per vim aut forsitam domino nescientem vel absente, plantaverit*”. Según ambos fragmentos, el dueño del patrimonio comunal podía dirigir órdenes a sus comuneros, poseedores consortes.

Estos consorcios colectivos *pro parte* tuvieron también una amplia difusión en otros reinos germánicos. Así, es confirmado por *Lex Romana Burgundionum*, del Rey Gundobado:

“*Silvarum, montium et pascui ius, ut unicuique pro rata possessionis subpetit, esse commune*”. (*LRB. XVII, V*).

Según esta norma franca, las comunidades de montes, pastos y silvas otorgaban una cuota proporcional posesoria y un derecho de posesión proporcional a cada comunero (*pro rata possessionis*). Los consortes, *possesores pro rata*, según *LRB.*, eran cotitulares de un derecho común (“*ius esse*

¹⁵ Sostiene que la población bárbara aprehende el suelo y disfruta de forma duradera de la tierra mediante la práctica de dividir en sortes el territorio entre los distintos grupos. Sin embargo, “... una parte de questo territorio resterà... in comune...”. (DIURNI G., POSSESSO, p. 471)

commune...”). Cada consorte era un justo poseedor proporcional de su cuota. Cada parte era constituida sobre un único derecho comunal. La suma de las cuotas posesorias formaba un único derecho comunal. Las participaciones posesorias eran, además, divisibles y transmisibles a los herederos consortes:

- LRB. 30, 4 “... agrorum vero consortes, si divisas in uno agro portiones habent”.(LOT F, (1928), pp. 975 – 1011)

- LI. X, 1, 3, *Antiqua*: “Si plures fuerint in divisione consortes quod a multis vel melioribus iuste constitutum est, a paucis vel deterioribus non convenit aliquatenus inmutari”. Esta norma subraya, de forma directa, una nueva concepción romana germánica pre-feudal de la comunidad de bienes. La ley nos hace sospechar de la existencia de hombres visigodos libres de distinta condición y estirpe (estatus desconocidos por los romanos), que formaban comunidades asamblearias. En estas reuniones godas, las decisiones relativas a la vida de la comunidad de bienes, por ejemplo, su división y reparto (“... si plures fuerint in divisione consortes...”), se adoptarían por el linaje (“... melioribus... deterioribus...”) y por mayorías: “... quod a multis... aliquatenus inmutatur”.

Este molde jurídico de la *communio* posesoria fue forjada en los siglos V d. C. al VII d. C., y surgió fruto de un conglomerado de viejos elementos jurídicos romanos con los recientes factores germánicos. La institución “de nuevo cuño” (podemos afirmar romano – visigoda) fue, probablemente, el resultado de una larga evolución del condominio del Derecho romano y su amalgama con la explotación colectiva consuetudinaria germana de la tierra. Esta unión hizo surgir rasgos distintivos propios. La comunidad inédita se distanciaba de los viejos principios del condominio romano clásico, que había adoptado, por obra de los juristas, el concepto de cuota ideal *pro parte* sobre el dominio, no sobre la posesión. Aquella desconocía, además, la regla formulada por la jurisprudencia clásica, “... eadem possessio apud duos esse non potest¹⁶”. Por último, la categoría jurídica de “*possessor pro parte*” estaba alejada de las tesis clásicas romanas. La nueva comunidad hispana era

16 D. 41, 2, 12, Ulpiano libro 70 ad Edictum. D. 41, 2, 3, 5, Paulus libro LIV ad Edictum: “Ex contrario plures eadem rem in solidum possidere non possunt”.

compatible, además, con la titularidad de un derecho de *iusta possessio* de equidad¹⁷; esta última heredada del Bajo Imperio.

2.4.2. *Communio posesoria sin cuotas, “pro indiviso” (LI. X, 1, 9, ANTIQUA)*

A diferencia de la comunidad posesoria por parte, la *communio pro indiviso* constituía una especie de colectividad patrimonial sin cuotas (“en mano común”). Podemos sospechar que esta especie de comunidad de bienes fue fruto de los sorteos y los repartos de tierras (*sortes ghoticas et tertia romanorum*). En otras ocasiones, por las liberalidades del poder real. En el primer caso, los *consortes* godos decidieron, tal vez, por usos consuetudinarios, que los bienes comunales permaneciesen y se transmitiesen *ab intestato* en *pro indiviso*. En el segundo, los bienes comunales permanecieron comunes por concesión y orden regias: “*de silvis inter Gotum et Romanum indivisis*” (de los bosques dejados sin repartir entre los godos y los romanos). (LI. X, 1, 9, ANTIQUA).

Ningún comunero sabía cuál era el porcentaje de su derecho. Este estaba formado por la unión de todos los miembros y era concebido por los consortes como titularidad de la comunidad. Eran excluidos los derechos autónomos e individuales. El derecho comunal no se fraccionaba en cuotas posesorias, ni se adjudicaban *pro rata* a los consortes. El derecho colectivo era y permanecía indivisible.

Según A. Biscardi, esta institución fue heredada de la vieja civilización romana. Concretamente, podría pensarse en el antiquísimo *consortium ercto non cito*¹⁸ = condominio hereditario, sin cuotas, no dividido.

¹⁷ Sobre la equivalencia de *possessio* y propiedad, (LEVY E., p. 84).

¹⁸ En relación a este *consortium ercto non cito*, Biscardi A., “La Genesi della nozione di comproprietà”, en Labeo, 1955, p. 159, sostiene: “Se poi dal mondo classico mediterraneo ci trasferiamo in quello germanico dell’ alto Medioevo, per risalire alle radici della “Gemeinschaft zur gesammten Hand””. Fernández de Buján A., *Derecho Privado...*, cit. pp. 579 – 580 sostiene: “la configuración de la sociedad como contrato consensual tiene su antecedente en el consorcio familiar, *consortium ercto non cito*, que se produce cuando a la muerte del cabeza de familia son llamados a heredar varias personas de forma conjunta. Los coherederos eran condóminos, en la medida que ostentaban la condición de cotitulares a título de dueño del patrimonio familiar... La idea del consorcio familiar hereditario podría, a su vez, haber constituido la institución de referencia de la sociedad universal de todos los bienes, *societas omnium bonorum*, cuya denominación obedece al acuerdo de todos los socios de

La idea de mano común hace alusión directa a poder no fraccionado. La afirmación es muy sugerente, pues existen evidentes paralelismos entre ambas comunidades. El remoto *consortium ercto non cito* romano era una sociedad familiar hereditaria legítima y natural de dominio no dividido “... *ercto non cito, id est dominio non diviso...*”, o comunidad sin cuotas propia de los *heredes sui*, ciudadanos romanos (Gayo, *Inst.* 154 a.). En la comunidad pro indiviso visigoda, con frecuencia familiar y sin cuotas, el derecho era colectivo (*ius esse commune*), es decir, propio de los bienes comunales, no de los consortes miembros. Con todo, el *consortium ercto non cito* romano era un condominio *pro indiviso*. En este, los titulares eran dueños sin cuotas. Las comunidades visigodas eran, por el contrario, colectividades posesorias sin dominio. El territorio se percibía como bien propio de la colectividad. Si existía, el dominio del territorio colectivo era, en última instancia, de un noble o bien del rey.

Esta colectividad era concebida así por otras poblaciones de origen germánico. Antes de la conquista normanda de *Britannia* (1066 d. C.), en el derecho consuetudinario de los anglos, estuvo vigente un consorcio hereditario conocido como “*Gavelkind – coparceny*” (= *gave all kinds* = dados a todos por igual¹⁹). Esta institución constituía una forma de propiedad colectiva sin cuotas de la tierra, que era disfrutada por los hijos. Estas tenencias comunales, transmisibles ab intestato, estaban sujetas al pago de impuestos al señor feudal, “*the land holder was called gavelam as his duty was to pay a rent (gavel) to the landlord*” (DUHAIME’S LAW DICTIONARY). *Gavelkind – coparceny* o comunidad pro indivisa “se caracterizó por la posesión de un patrimonio colectivo en la que sus miembros poseían sin conocer cuánto poseía cada uno”. Todavía en nuestro tiempo, esta naturaleza jurídica ha sido reconocida y afirmada por el Tribunal de Apelaciones de Arkansas, en *Cecil Kennedy v. ER Henry*, 604 SW2d 585 (año 1980 d. C.).

aportar todos sus bienes presentes y futuros a la sociedad, que se hacían automáticamente comunes a todos los socios”. (GAYO INST., II, 157; III, 154º – 154b. D. 28, 2, 11, Paulus libro secundo ad Sabinum. Vid. Arangio Ruiz V., *La Società in Diritto Romano*, 1965 (ed. Napoli, 2006), pp. 3 – 18)

19 DUHAIME’S LAW DICTIONARY, VOZ, GAVELKIND: “A form limited land ownership in England pre- Conquest (1066) which vested to all sons equally”. Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Book 2, Chapter 6 (1765 – 1769), p. 4 – 6.

En las comunidades romano – visigodas hispanas (estas últimas han llegado al mundo actual, por ejemplo, los montes vecinales en mano común), el trabajo, las ganancias, los aprovechamientos, las pérdidas y los daños eran colectivos, no proporcionales. Cada consorte respondía solidariamente por su persona y por los otros comuneros, en nombre de todo el consorcio, frente a terceros:

“... *consortium tam pro eorum quam pro sua persona qui iudicialiter pro comunibus rebus fuerit adpellatus respondeat*”. (LI. X., 1, 4, *CHINDASVINTUS REX*).

III. EL ENCUENTRO Y LA DIFÍCIL AMALGAMA FEUDAL DE DOS MUNDOS: INVESTIDURA – *GEWERE*, O *SEISIN*, GERMANAS, *DOMINIUM* – *IUSTA POSSESSIO* ROMANOS

Los historiadores del derecho y los civilistas han relacionado, por un lado, la posesión romana con la investidura feudal medieval germánica, o *gewere*, y, por otro lado, con la investidura feudal anglosajona – británica, o *seisin*, en sus escritos. *Prima facie*, la ocupación de las antiguas provincias romanas de occidente por los reyes de los pueblos germanos parecería haber forzado un primer encuentro y relación. Sin embargo, investidura y posesión son instituciones extrañas entre sí. Su origen y naturaleza son diferentes. La primera de progeenie germánica. La segunda de progeenie romana.

3.1. Perspectiva de un *duplex dominium* prefeudal en el reino hispano visigodo: el Patrocinio y la Encomienda

Una vez cortado el cordón umbilical del Imperio por los visigodos, dominio y posesión romanos fueron adoptados por *Lex Romana Wisigothorum* de Alarico II (publicada en el 506 d. C., para parte de la Galia y parte de *Hispania*). Como es conocido, esta compilación romana – germana continúa el derecho del Bajo Imperio. Contiene *iura* (*Pauli Sententiae*, *Epitome Gai* y un breve fragmento del Libro I de los *Responsa* de

Papiniano) et *leges* (constituciones imperiales de los códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano y leyes pos-teodosianas) (LRW, 1849-2006). Sin embargo, fruto del nuevo contacto de las nacionalidades goda y romana en la *Hispania* del siglo V d. C., podemos encontrar datos históricos y jurídicos de la mezcla y la convivencia de las viejas instituciones posclásicas romanas con las nuevas estructuras jurídicas pre-feudales godas. Así, el establecimiento progresivo del Patrocinio y la Encomienda (adoptados por LI. V, 3, 1 – 4) constituyeron una prueba evidente del tránsito del mundo de la clientela y el patronato romanos al nuevo sistema visigodo de la protección, el beneficio, la fidelidad y el vasallaje. Con ambas instituciones, los germanos creaban vínculos personales ligados al patrimonio de la tierra. Un hombre libre (cliente) se encomendaba al servicio y a la potestad de un patrono (*bucellarius*), y, en contraprestación, recibía (generalmente mediante donación) una *iusta possessio* de armas, tierras y otros bienes. Si el cliente patrocinado abandonaba a su patrono, la protección y las liberalidades eran *ex lege* revocadas. En consecuencia, el *dominus* o señor recuperaba la posesión de sus bienes.

3.2. Feudo – Investidura (= *Gewere*)

El dominio y la posesión romano – germánicos cumplieron dos objetivos. Por una parte, el dominio del suelo por el rey y la nobleza tenía una función pública, ya que posibilitaba su vertebración, fiscalidad y protección militar. Por otra, la posesión del suelo por los siervos de la gleba y vasallos tenía un objetivo de interés privado: la explotación agraria y económica de la tierra. Esta dualidad constituirá una de las raíces profundas de la estructura territorial feudal de los reinos medievales de Europa Occidental. Una buena prueba de ello fue el gran esfuerzo de los juristas romanistas del Bajo Medievo, dirigido a armonizar el Derecho germánico con el Derecho romano. En este nuevo contexto dialéctico (romanismo – germanismo), aquellos definieron al señor feudal como dueño directo de la tierra y a sus vasallos como dueños útiles, es decir, poseedores tributarios de equidad. (ASTUTI, 1968, p. 303).

La investidura germánica encuentra sus orígenes en un sistema territorial fragmentado que surgió por el declive del Imperio romano, las invasiones y los asentamientos germánicos del siglo VI d. C. en Europa Occidental. En esta dirección, Sir W. Blackstone, en relación a *Britannia*, sostuvo: “For the Saxons were firmly settled in this island, at least as early as the year 600: and it was not till two centuries after, that feuds arrived to their full vigor and maturity, even on the continent of Europe” (Blackstone (1765 – 1769), p. 4). La división del territorio en reinos y feudos fue desarrollada progresivamente por los reinos germánicos occidentales y culminó en los siglos IX d. C., X d. C. y XI d. C. del Alto Medioevo (ASTUTI G., p. 296). Por lo que respecta a *Hispania*, según A. García – Gallo, “desde el siglo VIII en el reino franco y en Cataluña y desde principios del siglo XI en León y Castilla, empieza a designarse al cliente (*fidelis*, *miles*, según la terminología antigua) con el nombre de *vassus* o *vasallus* (= servidor)...” (GARCIA GALLO, 1981, p. 27). La adopción del sistema feudal condujo a una nueva ordenación territorial. De aquel, dieron noticias ciertas Guillermo I el Conquistador, en Inglaterra, y Alfonso X el Sabio, en España:

- Guillermo I, después de la Batalla de Hastings en 1066, estableció el sistema feudal (fidelidad, servicios, tierras y honores) “... *per consilium totius regni...*”, para la isla: (CRON. SAX, (1765 – 1769), p. 6).

- “*Statuimus, ut omnes liberi hominis foedere et sacramento affirment, quod intra et extra universum regnum Angliae Wilhelmo regi domino suo fideles esse volunt; terras et honores illius omni fidelitate ubique servare cum eo, et contra inimicos et alienigenas defendere*”; (CRON. SAX, (1765 – 1769), p. 6).

“*Omnes comites, et barones, et milites, et servientes, et universo liberi homines totius regni nostri praedicti, habeant et teneant se semper bene in armis et in equis, ut decet et oportet: et sint semper prompti et bene parati ad servitium suum integrum nobis explendum et peragendum cum opus fuerit; secundum quod nobis debent de foedis et tenementis suis de iure facere*”. (CRON. SAX, (1765 – 1769), p. 6).

- Alfonso X el Sabio también acredita la existencia de la institución:

“Feudo es bienfecho, que da el señor a algunt ome, porque se toma su vasallo, et le face homenaje de serle leal. Et tomo este nombre de fe, que debe siempre guardar el vasallo al señor” (LAS SIETE PARTIDAS, Part. IV, 16, 1). (1254 d. C. – 1265 d. C. aprox.).

La estructura jerárquica, territorial, tributaria, jurisdiccional, militar de los reinos y sus feudos se articulaba a través de una red de juramentos individuales de fidelidad. Estos conducían a la investidura (*vestitura – investitura*) y el vasallaje: *“investitura praecedere debet fidelitatem* (LIBRI FEUDORUM, II, 4). En puridad, *investitura* es un vínculo de honor, un lazo político y jurídico personal que une al rey con su señor feudal, y a este con su vasallo. En Inglaterra, lord and tenant. Fe, lealtad y beneficio son los tres ejes vertebradores del feudo. El rey es el señor supremo, titular de la primigenia *gewere, seisin*, sobre todo su reino. Este es el primer feudo. El monarca tiene el poder de gobierno y la jurisdicción sobre todos los territorios, los bienes y los vasallos de su reino – feudo. El rey desarrolla, transmite y delega su poder mediante las investiduras. Así, enfeuda e invierte a sus señores – lores, caballeros vasallos, sobre una parte de su territorio y de sus ciudades, pueblos y habitantes. Estos, a su vez, pueden sub-enfeudar a otros señores nobles, investidos, o bien otorgar la tenencia sobre parte de su feudo, generalmente una tierra, a hombres vasallos libres (beneficio). Estos últimos aceptan libremente su concesión territorial en el nombre de su señor y en el nombre de su rey. Los vasallos libres son tenedores de la tierra y pagan tributos a su señor. Además, prestan servicios (*socage* (BLACKSTONE, (1765 – 1769), pp. 2-4), *trinoda necessitas* (STEVENSON, 1914, pp. 689 – 703)) civiles (construcción de castillos, reparación de puentes, prestación de obras y mercancías) y militares (frente al enemigo exterior). Los vasallos libres defienden el feudo de su señor y del rey. Vasallos y señores son, a su vez, vasallos del rey.

El feudalismo permitía organizar un diseño político, administrativo y defensivo de personas y territorios. En esta dirección, y en relación a Inglaterra, Sir W. Blackstone sostuvo:

“Almost all the real property of this kingdom is by the policy of our laws supposed to be granted by, dependent upon, and held of some superior or lord, by and in consideration of certain services to be rendered to the lord by the tenant or possessor of this property. The thing held is therefore styled a tenement, the possessors thereof of this property. The thing held is therefore styled a tenement, the possessors thereof tenants, and the manner or their possession a tenure” (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

Feudo es un título germánico. Extraño al derecho Romano. *Investitura* es un modo jurídico de transferencia y adquisición de un poder feudal, (personal, real y patrimonial, militar, jurisdiccional y tributario) de naturaleza pública. Con la investidura, *gewere*, el rey concede protección e inmunidad (ASTUTI, pp. 293 – 294) así como un beneficio territorial (la ocupación de una parte de su reino o feudo por sus señores, nobles y vasallos libres). El rey recibe a cambio fidelidad, homenaje y prestación de servicios militares. Investidura y beneficio constituían los nervios de cohesión de todo el territorio feudal.

3.3. Gewere – Superficie

La *investitura* o *gewere* se otorga, transfiere y acepta. Según H. Planitz, “la *gewere* no solo es la forma jurídica del derecho real, sino que, además, es ella misma un derecho en cuanto que el señorío sobre la cosa produce efectos jurídicos propios. Como tal, la *gewere* es transmisible y heredable (PLANITZ H. 1957, p. 155). El señor podía constituir, de forma simultánea o sucesiva, distintas investiduras o *geweres* en favor de los vasallos y los bienes de su feudo. Así era posible que un investido tuviese *gewere* de parte de la tierra, otro vasallo tuviese *gewere* en una porción del subsuelo, e incluso otro en los edificios, en las plantaciones y en los árboles²⁰. Surgía así el problema de la confluencia de la vieja institución del derecho de superficie romano con la concepción feudal del dominio del suelo.

20 Barni G., Proprietà (Diritto Intermedio), en NDI, vol. 14, 1957, pp. 120 – 121, quien sigue a Giardina C., La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, Palermo, 1941.

3.3.1. Antecedentes en Hispania: Superficie visigoda: ¿Gewere?

Un antecedente de esta aproximación parece encontrarse en *Hispania visigoda*. Concretamente en *Epitome Gaii*, II, 1, 9, 4 (adoptado por la *Lex Romana Visigothorum*, 506 d. C.). El intérprete (o los intérpretes visigodos anónimos de las Instituciones de Gayo) sostiene que el dueño de un terreno puede otorgar permiso para que un tercero edifique, plante, siembre y adquiera el dominio de lo edificado, sembrado y plantado. *Prima facie*, el derecho consuetudinario visigodo altomedieval parece modificar el Derecho clásico romano, pues permite la concurrencia de propiedades simultáneas en un suelo ajeno (la propiedad del suelo de A y, con el consentimiento de este, la propiedad superficiaria de lo edificado, sembrado y plantado por B, C, D; esta última, independiente del suelo):

“Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificaverit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat. Vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quam in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur”.

Con todo, creemos que el consentimiento del dueño del solar no constituyó el origen de una nueva propiedad superficiaria. Esta última fue una institución desconocida por los visigodos y por los juristas del Alto Medioevo. La autorización para construir otorgada por el dueño del suelo conllevaba implícita una donación de parte de este, bien su venta, o incluso la permuta por otro terreno del constructor. Esta tesis es corroborada por la segunda parte del fragmento de *Ep. Gaii*, II, 1, 9,4, el cual sostiene la vigencia del principio *superficie solo cedit* (“... *si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat...*”). Esta regla jurídica fue adoptada posteriormente por *Liber Iudiciorum* (*Lex Antiqua Emendata*, X, 1, 6). Esta norma establece que “si alguien plantó o edificó en terreno ajeno, sin el consentimiento del amo, pierda lo construi-

do. Si edificó con el consentimiento o permiso del amo compense al dueño con otra tierra del mismo valor”:

“Si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit, vel certe si ipse, qui vineam plantat vel domum facit, ignoraverit, quod portio sit consortis, ... hoc aut testibus aut iuramento firmaverit, aliut tantum terre paris meriti domino illi, ... cuius terra vineam plantavit, restituat, et qui posuit vineam securus obtineat. Si vero domino plantaverit contradicere plantaverit, iuste perdat, qui rem alienam domino contradicente plantavit. Similis etiam et de edificiis forma servetur”.

También LI. (*Lex Antiqua X, 1, 7*) ordenó, quien no tenga parte como consorte y plantare una viña en terreno ajeno, con violencia, clandestinidad y precariedad, pierda la viña. La ley estableció, además, la obligación del constructor en suelo ajeno de indemnizar con el doble del valor del precio del terreno invadido al propietario:

“Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini, sive per vim aut forsitam domino nescientem vel absente, plantaverit, etiam si ei contradictum non fuerit, vineam, quam plantavit, amittat; quia sufficere ei debe, quos ad duplacionem rei non addicitur, qui aliena pervasisse dinoscitur”.

El derecho visigodo adoptó también el principio romano clásico “*superficie solo cedit*” a través de la LRW:

“... vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedit; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quam in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur”. (EPITOME. GAI, I, 9, 4).

Según estas fuentes, los juristas godos no parecieron conocer un dominio superficiario. Estos probablemente desconocieron la regulación jurídica del negocio inmobiliario superficiario y del derecho urbanístico de superficie, tal como fueron concebidos por los juristas romanos. Sin em-

bargo, adoptaron el principio de atracción jurídica natural de accesión de bienes inmuebles.

3.3.2. Feudalismo: concurso de *Geweres* en un territorio

Con el advenimiento del feudalismo, en los siglos X d. C. – XIII d. C., fue posible la constitución de distintas investiduras o *geweres* personales simultáneas en las cosas que están sobre un mismo feudo. Según E. Jenks, en Inglaterra, esto permitió que una persona pudiese tener la tenencia feudal = *seisin* (JENKS, 1930, p. 352), del suelo y otra del subsuelo, y “que cada participación constituyese una propiedad o posesión independientes” (JENKS, 1930, p. 347). La investidura posibilitaría crear distintas *geweres* concurrentes individuales sobre plantaciones y cultivos (árboles frutales, viñas y cereales), incluso en suelo ajeno²¹. Los juristas medievales entendían que este derecho no encajaba en los sistemas jurídicos romanos. Para encajar el Derecho feudal en el Derecho romano, aquellos definían la potestad del vasallo como un dominio útil. No parece que aquellos desmembramientos territoriales feudales fuesen adoptados como el inicio de una nueva institución, es decir, dominios superficiarios (*iura in re aliena*).

3.4. *Gewere* – *Possessio*

Si creemos a Sir William Blackstone, en la Inglaterra feudal Bajomedieval, “all the real property of this kingdom is by the policy of our laws supposed to be granted by, dependent upon, and held of some superior or lord, by and in consideration of certain services to be rendered to the lord by the tenant or possessor of this property” (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1). Las investiduras fueron vínculos jurídicos del derecho público, creados para la construcción de las estructuras jerárquicas del poder público feudal. El rey es el señor supremo de la *gewere* en su reino – feudo. Los nobles, señores feudales, son titulares de *geweres* derivadas, de menor rango

21 BARNI G., Proprietà (Diritto Intermedio), cit. pp. 120 – 121, quien sigue a Giardina C., La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, Palermo, 1941.

que la ostentada por el rey. El señor noble es vasallo del rey y es investido por este en un feudo que forma parte del reino. Además, el noble tiene la *gewere* sobre él. Por último, los distintos vasallos libres y sus herederos son tenedores de parte del feudo (beneficio) y están protegidos por la *investitura* – *gewere* de su señor. El poder feudal de este y las tenencias de sus vasallos derivan, respectivamente, de sus investiduras y beneficios. La Inglaterra feudal, según W. Blackstone, adoptó este sistema:

“... Thus all the land in the kingdom is supposed to be held, mediately or immediately, of the king; who is styled the lord paramount, or above all. Such tenants as held under the king immediately, when they granted out portions of their lands to inferior persons, became also lords with respect to those inferior persons, as they were still tenants with respect to the king; and, thus partaking of a middle nature, were called *mesne*, or middle lords. If the king granted a manor to A, and he granted a portion of the land to B, now B was said to hold of A, and A of the king; or, in other words, B held his lands immediately of A, but mediately of the king”. (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

El rey es coronado e investido de la suprema *gewere* sobre todo el reino. Los nobles son investidos por el rey y son titulares mediatos de su *gewere*, en nombre de este. Los vasallos son investidos por sus señores feudales y tienen una *gewere* inmediata en nombre de estos y una *gewere* mediata en nombre del rey.

Investidura y *seisin* equivalían a señorío y tenencias feudales, “... the thing held is therefore styled a tenement, the possessors thereof *tenants*, and the manner or their possession a *tenure*”. Las tenencias (= *seisin*) eran jerárquicas y desiguales, pues iban ligadas a las personas y a su condición: “... the king therefore was styled **lord paramount**, A was (rey y noble vasallo) both **tenant and lord**, or was a **mesne lord**; and B (vasallo) was called **tenant paravail**, or the lowest tenant”. (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

La *seisin* no era única. Esta, además, era jerárquica. Su valor jurídico dependía del rango de su titular:

- El rey tiene “*in capite*”, la “*prima seizina*” (“the king’s tenures in capite, this prima seizina – primer seisin – was expressly declared, under Henry III and Edward II, to belong to the king by prerogative, in contradistinction to other lords”, *State. Marlbr. C. 16. 17 Edw. 11. C. 3*). (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 8).

- Los lores nobles son “*tenants in capite o in chief*”, (“... were called his *tenants in capite, or in chief*”). (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 2).

- El vasallo es “*tenant paravail*” (“... or the lowest tennant”) (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1). . Es el tenedor que trabaja la tierra y obtiene los frutos de las cosechas (“... being he who is supposed to make avail, or profit, of the land”). El siervo ocupa el rango más bajo en el escalafón de la posesión. (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

Esta concepción medieval sobre las personas, las cosas corporales y el patrimonio era extraña a los conceptos jurídicos de dominio y posesión, que habían sido acuñados por los juristas romanos (BARNI, pp.120 – 121), (ASTUTI, pp. 471 – 475). La posesión nació en los brazos de una república y tuvo una vida de esplendor en un imperio universal. Desde la óptica del *ius civile*, la jurisprudencia clásica la consideró una situación de hecho²². Desde la óptica del *ius naturale*, la *possessio* fue concebida como una relación jurídica y un poder de equidad en una cosa corporal (JUST. INST. 4, 15, 4). El poseedor tenía su primer contacto y adquiría con su cuerpo (*corpus*) la posesión de la cosa material (D. 41, 2, 3, 1). Bastaba echar el pie sobre el suelo de un inmueble (D. 41, 2, 3), o coger con la mano una mercancía. Incluso fue suficiente utilizar la vista y la intención (D. 41, 2, 1, 21). Además, el poseedor retenía, gobernaba y perdía la posesión con su inteligencia (*animus*) (GAYO, INST. 4, 153) Según la jurisprudencia, todo hombre podía iniciar, adquirir y perder su posesión de una forma libre: “*adipiscimur autem possessionem per nosmet ipsos*” (D. 41, 2, 1, 2). Los esclavos también podían adquirir la posesión natural (D. 41, 2, 3, 12). Para su nacimiento no era un requisito jurídico necesario que otro hombre la transfiriese, ni tampoco que

22 D. 4, 6, 19, Papinianus libro III Quaestionum: “... possessio autem plurimum facti habet...”. D. 41, 2, 1, 3 – 4, Paulus libro LIV ad Edictum.

vistiese con ella a un tercero. El Derecho romano creó distintos tipos de especies posesorias (D. 41, 2, 3, 21 – 22 – 23). También la posibilidad de poseer en nombre propio y en nombre ajeno (por medios de hijos y esclavos) (D. 41, 1, 54, 4). A diferencia del derecho germánico feudal, los romanos desconocían cualquier tipo de jerarquía personal relacionada directamente con la tenencia y la posesión.

En el derecho feudal, *gewere* y *seisin* eran vínculos personales que surgían de la ceremonia de la investidura y se ejercían por la concesión de un rey o de un señor. La *gewere* se otorgaba y se aceptaba (vestidor e investido). Este derecho feudal territorial era de naturaleza mixta, pública y privada, y generaba vínculos personales y reales. *Gewere* y *seisin* eran ajenas a la condición de la posesión romana y, por ello, claramente hostiles a la prescripción. F. Pollock y F. W. Maitland afirmaron: “the annihilation of an state of a feudal tenant was inconceivable (POLLOCK, 1971, p.109)”. Según estos autores existían tres razones importantes que habrían surtido efecto si se hubiese permitido:

- a) “Forfeiture to the Crown”.
- b) “Escheat to the lord”.
- c) “Ownership would become allodial” (POLLOCK, 1971, p.81).

La *praescriptio* posesoria romana era desconocida por el temprano Common Law. Aunque fue aceptada por la doctrina inglesa bajomedieval (SHERMAN, 1911, p. 149),²³ sin embargo, fue sometida por los monarcas a severas limitaciones (BLACKSTONE, 2016, pp. 4 – 6). La posesión romana y sus especies de posesión eran completamente extrañas a la vertebración territorial y las tenencias piramidales (= tenencias posesorias de mayor o menor derecho y rango personal) del sistema jurídico feudal. Tanto para un jurista romano, como para un jurista medieval habría sido impensable que una justa posesión surgiese de un juramento de fidelidad y sumisión, o por la entrega de un bien, en contraprestación de unos servicios militares.

²³ Sherman P. C., “Acquisitive prescription – Its existing world-wide uniformity”, en *The Yale Law Journal*, vol. 21, n. 2 (Dec., 1911), p. 149, sostiene que la recepción de la *praescriptio* romana fue obra de Bracton: “Although prescription was unknown to ancient Anglo – Saxon law, yet such rudimentary notions of it as the English common law developed were introduced from the Roman law by Bracton”. (SHERMAN, 1911, p. 149).

3.5. Duplex Dominium

El punto de encuentro y acuerdo entre estos dos mundos, que parecían inconciliables, (es decir, el derecho germánico feudal de la *seisin* y el viejo derecho romano de la posesión), se encontró en una solución jurídica universal (JUST. INST. 2, 1, 40). Esta última había sido creada por los pretores (D. 41, 2, 11) y la jurisprudencia de la civilización romana: el *duplex dominium*. Este es compuesto por un *dominium ex iure quiritium* civil y por un dominio pretorio o *in bonis habere* (GAYO, INST. 2, 40 – 41). In *bonis habere* o *iusta possessio* (= propiedad natural) fue una institución de equidad, que podía ser aceptada por todos los pueblos del Medioevo para solucionar los problemas del dominio y la estructura jurídica feudal de la tierra, es decir, las relaciones patrimoniales de rey con sus nobles y vasallos. El dominio es ley civil. La *iusta possessio*, ley natural y equidad (JUST. INST., 4, 15, 4). Los reyes y nobles eran titulares del dominio, de la ley civil. Los vasallos, titulares de la posesión, solo podían ampararse en la ley natural y la equidad. Esta dualidad influyó en la Inglaterra medieval feudal. En esta, el dominio alodial o inmune (= *dominum absolutum et directum*) (BLACKSTONE, (1765 – 1769). p. 3) era protegido con “the writ of right for land” (common law). La tenencia posesoria tributaria o *seisin* (*dominium utile*) (BLACKSTONE, (1765 – 1769). p. 3) era amparada, sin embargo, con “the assize of novel disseisin” (equity). En este contexto, para suavizar el rígido feudalismo del common law, (guardián del dominio y de la *seisin* de los lores, *tenants in capite*), los monarcas ingleses de la Baja Edad Media crearon *Court of Chancery*. Este tribunal de equidad (TATE, 2006, pp. 280 – 313), por ejemplo, fue defensor tanto del propietario de equidad (*beneficial owner*) de un trust, como de la tenencia o *seisin* de equidad (= *iusta possessio*) de los hombres libres vasallos (*tenants paravails*).

De forma coetánea, los glosadores boloñeses y los comentaristas intentaron adaptar las estructuras jurídicas feudales al Derecho Romano, es decir, al *ius commune* civil en la Europa continental:

- "... *duos in solidum possidere, unus civiliter, alter naturaliter, sicut fructuarius et proprietarius, item dominus et vasallus, item dominus et emphyteuta*". (ODOFREDO, C. 7, 32, 4).

- "*Quidam doctor Aurelianus dicit quod unum solum est dominium. Sed duo sunt, directum et utile*" (Bartolo, *commen*, D. VI, 3), (BARNI p. 121)

Dos pueden poseer *in solidum* la misma cosa. El rey y el noble poseen civilmente (dominio directo). De forma simultánea, el vasallo, el enfiteuta y el superficiario (BIROCHI, 1990, pp. 1466 – 1468)ZZZZZ poseen *naturaliter*, es decir, *iusta possessio* (esta, equivalente a dominio útil). Bartolo adopta el *duplex dominium* y ofrece una solución jurídica romana al sistema territorial feudal. Según el comentarista, uno es el dominio. Sin embargo, este se desdobra, pues uno es directo (civil) y el otro útil (= *iusta possessio* o "propiedad natural").

REFERÊNCIAS

ANTIQUA. Vid. García González J., "Consideraciones sobre la fecha del Código de Eurico", en AHDE, 1956, pp. 701 – 705.

ASTUTI G., voz: Feudo, en EdD., vol. XVII, 1968, p. 303

BARNI G., Proprietà (Diritto Intermedio), cit. pp. 120 – 121, quien sigue a Giardina C., La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, Palermo, 1941.

BLACKSTONE W., Commentaries..., cit. Book 2, Chapter 17, (1765 – 1769), pp. 1 - 5. Duxbury N., "Acquisitive prescription and fundamental rights", en University of Toronto Law Journal, ISSN 0042-0220 (2016), pp. 4 – 6.

BLOCH M., "Les invasions: deux structures économiques", en Mélanges historiques 1, París, 1963, pp. 100 – 141.

CRON. SAX. 1086. Blackstone W., Commentaries..., cit. Book 2, Chapter 4, (1765 – 1769), p. 6.

CHRON. ALBEN., XIV, 2: "... Regadaiso, quos Romani interfecerant, exercitum mobit..." Morán Martín R., *Materiales...*, cit. pp. 343 – 346.

DIURNI G., voz. *Possesso* (dir. interm.), en EdD., vol. 34, 1985, p. 469

D'ORS A., Código Eurico, CCLXXVII (Fragmenta Parisina. Cod. Rescrip. París. Lat. 1261), BOE, 2014. Pauli Orosii, *Historiarum adversum paganos*, VII, 40, 9. Hydacio (Chr. 49).

DUHAIME'S LAW DICTIONARY, voz. *Gavelkind*: "A form limited land ownership in England pre- Conquest (1066) which vested to all sons equally". Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Book 2, Chapter 6 (1765 – 1769), p. 4 – 6.

LEVY E., *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, Philadelphia, 1951, trad. Cremades, p. 19 – 21 y 177 ss.

LOT F., "Du régime de l'hospitalité", en *Revue Belge de Philologie et d'Histoire* 7 (1928), pp. 975 – 1011.

GARCÍA GALLO A., "Notas sobre el reparto de tierras entre visigodos y romanos", en *Hispania*, Madrid, tomo 1, n. 4, julio, 1941, 40.

_____ A., *El Origen y la Evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1967, pp. 523 – 524.

GARCÍA GONZÁLEZ J., "Consideraciones sobre la fecha del Código de Eurico", en *AHDE*, 1956, pp. 701 – 705.

GARCÍA MORENO L. A., "El término *sors* y relacionados en el *Liber Iudicium*", en *AHDE* 53, 1983, pp. 137 – 175.

GAYO, INST. 2, 7: "GARCIA GALLO A., *Las Instituciones Sociales en España en la Alta Edad Media* (siglos VIII – XII), Barcelona, 1981, p. 27.... in provinciali solo nos autem possessionem vel usumfructum habemus". Gayo, Inst. 2, 21.

GAYO, INST. 4, 151. D. 41, 2, 6, Ulpianus libro LXX ad Edictum. D. 41, 2, 6, 1, Ulpianus libro LXX ad Edictum.

- _____. 2, 42. Just. Inst. 2, 6. C. 7, 31, 1, Iustinianus A. Ioanni PP. (531 d. C.).
- _____. 4, 153. D. 41, 2, 3, 1 – 23, Paulus libro LIV ad Edictum. D. 41, 2, 3, 1, Paulus libro LIV ad Edictum. D. 41, 2, 8, Paulus libro LIV ad Edictum.
- GOFFART W., *Barbarian Tides. The Migration and the Later Roman Empire*, Philadelphia, 2006, p. 141.
- HYDACIO, Chron. 220 – 245 (XVI – XVII).
- JENKS E., *El Derecho Inglés*, 1930, Madrid, p. 352.
- LAS SIETE PARTIDAS, Part. IV, 16, 1.
- LIBRI FEUDORUM, II, 4.
- LOT F., “Du régime de l’hospitalité”, en *Revue Belge de Philologie et d’Histoire* 7, 1928, pp. 975 – 1011
- LRW, ed. G. F. Hänel, Leipzig, 1849, (reimp. Analecta Editorial, 2006, Pamplona).
- MORÁN MARTÍN R. y García Martín J., *Historia de la Administración en España: Mutaciones, Sentido y Rupturas*, Madrid, 2018, pp. 140 – 146.
- ODOFREDO, Lectura a C. 7, 32, 3. Accursio, glos. non possit a C. 7, 32, 4.
- PAULI OROSII, *Historiarum adversum paganos*, VII, 40, 9. Chr. Cesa-
raugust. 71.a: “Gotthi in Hispanias ingressi sunt” (494 d. C.). “Gothi intra
Hispanias sedes acceperunt” (497 d. C.). Chron. Gall. A. DXI, 651: XVI
“Gauterit comes Gothorum Hispanias per Pampilonem Caesaraugustum
et vicinas urbis obtuniut”. Chron. Alben., XIV, 2.
- PAULI OROSII, *Historiarum adversum paganos*, VII, 34, 7 – 8. Hydacio,
Chr. 80 (IV): “Gothi in foedera Romanis pace se tradunt”.
- PÉREZ PRENDES J. M., *Historia del Derecho Español*, I, Madrid, 2004, p. 406.
- PLANITZ H., *Principios de Derecho Privado Germánico* (“De Grundzüge
Des Deutschen Privatrechts”, Berlín 1949), trad. C. Melón, Barcelona,
1957, p. 103 – 104.

POLLOCK F. Y MAITLAND F. W., *History of English Common Law*, (1911), 81. Opala P. M., *Praescriptio Temporis and its relation to prescriptive easements in the Anglo-American Law*, en *Tulsa Law Journal*, vol. 7, n. 2, 1971, p.109.

RODRÍGUEZ ENNES L., *Aproximación a la historia jurídica de Galicia*, Santiago de Compostela, 1999, p. 37.

STEIN P., *El Derecho Romano en la Historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Trad. C. Hornero y A. Romanos, Madrid, 2001

STEVENSON W. H., “Notes and Documents, Trinoda Necessitas”, en *The English Historical Review*, vol. 29, n. 116 (Oct., 1914), pp. 689 – 703.

SAN ISIDORO (*Etymologiae*, V, 4, 1).

SÁNCHEZ ARCILLA J., *Historia del Derecho. I. Instituciones Político – Administrativas*, Madrid, 1995, p. 114.

STEVENSON W. H., “Notes and Documents, Trinoda Necessitas”, en *The English Historical Review*, vol

SHERMAN P. C., “Acquisitive prescription – Its existing world-wide uniformity”, en *The Yale Law Journal*, vol. 21, n. 2 (Dec., 1911), p. 149

TATE C. J., *Ownership and possession in the Early Common Law*, en *American Journal of Legal History*, vol. 48, Issue 3 (July, 2006), pp. 280 – 313.

ULPIANO libro 71 ad Edictum. Fernández de Buján A., *Derecho Privado Romano*, décima edición, Iustel, Madrid, 2017