

# LA POSESION

Por AUGUSTO VILLARAN DUANY

*Desarrollo de mi estudio:*

- a) Cómo figuró este concepto en el derecho Romano.
- b) Controversia entre Ihering y Savigny.
- c) Concepción de Ihering.
- d) Cómo ha figurado este hecho en Nuestro Código Civil.

El estudio de la posesión entraña el análisis de muchos otros problemas que no por ser derivados de la cuestión principal dejan de tener grande importancia. En realidad la posesión se ha hecho apreciar por sí sola por el gran fin práctico que representa, el carácter de importancia que ostenta se lo ha dado el figurar al lado del más importante de todos los derechos reales o sea el de la Propiedad. Es inadmisibles ya el concepto de posesión por posesión misma, por las consecuencias a que vamos a llegar más adelante se verá que esa idea antigua es absurda y que sólo debe concebirse a la posesión proyectada hacia la Propiedad. Las diferencias que entre una y otra existen son contundentes, lo que una representa es una relación que tuvo su origen en un hecho, mientras que la otra nació de un derecho; la posesión constituye en uno de sus aspectos un poder físico material, por oposición a la Propiedad que indica un poder jurídico legal. El propietario por último, tiene el derecho de poseer, el poseedor ejercita de hecho aquel derecho del Propietario.

Las diferencias entre una y otra institución están claras, hay puntos sobre todo en una —la posesión— que no están tan visibles como debiera ser para su mejor estudio, uno de ellos es éste: por qué se protege a la posesión. Esta protección la prestan todas las legislaciones del mundo desde los romanos hasta nuestros días, y a pesar del concenso unánime al respecto, hay contradic-

ciones por lo menos aparentes, y difíciles de desentrañar; sobre esta protección, para el que friamente observa su fundamento. Porque esta protección de la posesión implica protección tanto al verdadero propietario como al usurpador más delictuoso. Entonces surge esta pregunta ¿cómo el derecho que condena el robo puede proteger en determinadas circunstancias a su autor, es acaso que en la posesión el derecho no está fuertemente arraigado? Nadie puede decir a ciencia cierta que ésa y no otra es la realidad de los hechos. Cuando una institución existe a través del tiempo es porque está cimentada en motivos imprescindibles e imperiosos, por lo demás la necesidad de la protección posesoria nunca ha sido puesta en tela de juicio; a pesar como he dicho de su aparente oposición a la justicia y por ende al derecho. Cómo será de fundamental la importancia de la posesión, que aún en ciertos casos como es cierto que por extensión se beneficia el usurpador, y sabiéndolo el legislador, tiene tal fuerza la razón en pro de su existencia y es tan aplastante su ventaja sobre su desventaja que su aceptación es unánime. Por lo demás vuelvo a repetir, su perennización a través de los siglos es una razón concluyente para acudir en su apoyo.

Sobre su existencia no hay controversia entre los autores, sobre lo que sí hay y grande es sobre los motivos de esa protección; y veremos desde los antiguos que esquivaban el problema, hasta el derecho moderno que lo afronta en toda su extensión cómo han reaccionado las diferentes escuelas sobre el fundamento de la posesión y el por qué de su protección.

Antes quiero advertir que esta institución parte y llega hasta nosotros por el derecho moderno, y que si bien la manera de darle expresión en cuanto al modo de aplicar el concepto a los diferentes problemas de la vida real es diferente porque esta aplicación por ley natural está expuesta a las variantes modificaciones del tiempo, el fondo de la teoría moderna de Ihering no es sino la interpretación mejor fundada de aquel gran pueblo que supo darle a su derecho el carácter de perdurable que ha jugado y jugará siempre en todas las legislaciones adelantadas del mundo. Ihering y Savigny a los que expondré más adelante no son en realidad pues sino dos intérpretes de la concepción romanista sobre la posesión, el que unió esté en lo cierto y el otro no, es indiferente para aseverar el que sus estudios lo basen precisamente en la mejor o menor comprensión de toda esa teoría antigua.

Conforme al plan que he formulado tócame bosquejar en líneas generales el concepto romano sobre la Posesión.

a).—Relacionada con la noción de dominio estaba la de la posesión en el derecho romano, que generalmente no venía a ser sino una manifestación de aquel. La posesión es considerada por los romanistas más bien como un hecho, pero como un hecho capaz de determinar en un momento dado, un derecho.

Ellos distinguían dos clases principales de posesión: La Posesión natural que consistía en la simple tenencia material de la cosa; y, la posesión jurídica que hacía nacer importantes efectos legales. Había casos en que se era simple detentador de una cosa y lo que en realidad sucedía en esas circunstancias era que se poseía en nombre de otro, del verdadero poseedor, y aquel recibía el nombre de poseedor en precario (la palabra precario venía de la institución romana de la clientela) era el caso del arrendatario, el inquilino, etc., que significaba un modo bastante pobre de poseer. Lo contrario de éste, el poseedor legítimo o poseedor civil, no era el que tenía la simple posesión natural de la cosa, sino el hecho material de la detención, unida a una relación perfectamente definida entre él y esa cosa, que era la voluntad de poseerla como dueño, llamada esta intención por los romanos: *ánimus domini*. Esta segunda clase de posesión, la principal, estaba tan arraigada en el derecho romano que daba derecho a una acción especial llamada *interdicto*, para su defensa, y a una acción de gran beneficio para sus intereses, que era la *usucapión*, consistente en una posesión continua de prescripción adquisitiva. Es así como el derecho romano quiso realzar y estimular esta clase de posesión.

Se exigía dos elementos para la posesión: el *corpus* y el *ánimus* (no especificaban de qué categoría debía de ser éste). No hay común acuerdo entre los estudiosos de este derecho ni de lo que debería de entenderse exactamente por este primer término, si la extensión que se debió dársele al segundo. Para algunos el *corpus* debe de entenderse como una toma de posesión natural, para otros este hecho no es imprescindible bastando sólo la posibilidad de hacerlo. Algunos dicen que el *corpus* debe de consistir en hacer de la cosa el uso que podría hacer a voluntad el propietario, con respecto al *ánimus* lo mismo, hay dudas y vacilaciones en la interpretación romana; el concepto basado en el principio de que aquel *ánimus* consistía en la intención jurídicamente manifestada de

conducirse como verdadero propietario y de pretender visiblemente y en todo momento la propiedad, ha sido combatido duramente por Ihering como se verá más adelante, ya que éste ha llegado a la conclusión de que la posesión no dependía de una manera exclusiva de la voluntad del poseedor, unida al estado de hecho denominado corpus, y que la prueba del *ánimus domini* es inverosímil en la práctica (porque se tendría que practicar la introspección en cada individuo); que el *ánimus* no era un elemento especial de la posesión pues se encontraba en toda detentación.

Lo que hay de cierto, es que en el derecho romano el poseedor no sólo aparecía como agente de hecho, sino que a este hecho unía la firme voluntad de serlo; y el detentador era el que no pretendía el goce personal y para siempre de esa cosa, caso del colono por ejemplo. Respecto al acreedor prendario ya veremos cómo más tarde en unión con los demás poseedores a título precario ha de originar dudas en lo que se refiere al uso del arma de los interdictos, sobre todo para la *recuperandi possessionis*. El derecho romano les daba la facultad de intentar al menos la acción posesoria como si tuviera el *ánimus* de poseer la cosa como suya, al menos si no con el interés de un dueño con la participación del que no le conviene que la cosa desaparezca por ningún motivo de sus manos. Este defecto aparente del derecho romano que daba al acreedor pignoraticio facultad de interdicto se ha tratado de interpretar mejor ya admitiendo que el derecho presunto del acreedor prendario a la cosa, justificaba el uso del interdicto, ya admitiendo que una época muy lejana era la portadora de esta desestimación del verdadero poseedor por un detentador. Por lo demás al exponer la teoría de Ihering se verá como evolucionó este concepto hasta llegar muy justo hasta nosotros.

Se exigía varias condiciones para la adquisición de la posesión, tales como la corporeidad en el poseedor y una cosa susceptible de ser poseída. El esclavo sólo podía tener la tenencia de una cosa pero una posesión civil; con el hijo de familia pasaba algo parecido, hasta que llegó su salvavidas cuales fueron los *peculios*...

En lo que se refiere a la custodia, fué una institución romana que se derivaba del excesivo peso que contenían algunos muebles. Si el inmueble era muy extenso bastaba la entrega de llaves del lugar donde estaba depositada la cosa. Cuando se trataba de esclavos el *tradens* se realizaba con la entrega de los títulos de

propiedad; y hasta la marca misma que se ponía sobre la cosa denunciaba el título de propiedad (conviene advertir que la marca que hoy se hace al ganado con el nombre del propietario es sin duda alguna una reminiscencia de esta costumbre): El inmueble además exigía un requisito básico, y era que el poseedor anterior renunciara a la posesión, para que un tercero pudiese hacerlo suyo; no bastaba pues que en la ausencia de aquél —como sucede ahora— entrase un extraño en su posesión para comenzar a prescribir ese bien.

La tradición actuaba en la trasmisión de la propiedad de un modo sencillo, bastaba llevar al comprador por ejemplo, a presencia del fundo, o darle una autorización escrita, si era muy distante.

En Roma pues se necesitaba de la toma de posesión material empujada por decirlo así de un acto volitivo, en la posesión; ahora que este último elemento se presumía, era lo que los romanos llamaban la presunción juris, admitiendo por supuesto prueba en contrario, de lo que se saca que no era muy absoluta; y esto era para defenderse de los poseedores precaristas, en este caso establecía el derecho romano un principio que ha llegado hasta nosotros y muy utilizable "ninguno puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión".

En el derecho romano, la posesión, como todas las instituciones jurídicas fueron evolucionando; el derecho primitivo no concebía que una persona poseyera sin ningún interés, era un concepto cerrado aparentemente, pues no rezaba para las personas que estaban bajo la potestad de otra; después de algún tiempo la idea de mandato se perfeccionó y en los reinados de Severo y Caracalla la adquisición de la posesión podía hacerse per extraniam personam. Claro está que el representado debía de aportar la intención y el representante, la toma material. En Roma se dudaba respecto de la intención de este último, pero Ulpiano resolvió el problema exigiendo tan solo como requisito indispensable, que el representante tuviera el *ánimus*. Esta regla tenía sus excepciones que luego han venido a aparecer en nuestro derecho; y era cuando se trataba de menores sujetos a tutela e insanos sujetos a curatela, los papeles se invertían, el representante debía de tener en estos casos, el *ánimus*.

En lo que respecta a los muebles, se consideraba que el poseedor aunque estuviera alejado de la cosa, era judicialmente po-

seedor, a menos que el abandono de la cosa no obedecía a la voluntad del poseedor de abandonarla, y que un tercero se hubiere apoderado de la cosa sola. Luego se verá cómo esta idea cambió mucho, hasta parar en la idea de que en materia de muebles la posesión equivale al título, regla de un derecho moderno.

Con los inmuebles fue donde más se arraigó esta idea, y seguirá siempre esta idea por lo factible que es. Podía el dueño dejar de ocupar materialmente la cosa, pero se consideraba que estaba bajo su posesión; se requería que un tercero se hubiera apoderado de la cosa inmueble y que empezara a poseerla como suya, para perderla, con el agregado de que esta usurpación debía de llegar previamente a conocimiento del verdadero dueño, para que tuviera su efecto válido. Por lo demás el derecho romano no exigía el ejercicio de la posesión de un modo activo, el loco continuaba en su posesión que había adquirido antes de la pérdida de su capacidad. El caso de que el derecho romano fundase la posesión sobre los dos elementos conocidos, se basaba en que cuando la intención del poseedor era la de no poseer más la cosa, la posesión se perdía sólo ánimo (así decían los romanos) y esto sucedía por ejemplo, cuando se estipulaba que el vendedor quedaría como arrendatario de la cosa vendida. También se podía perder sólo corpore, y era cuando el poseedor verdadero era expulsado violentamente de su posesión.

Se perdía la posesión de los muebles cuando la cosa había sido substraída, o la perdía el poseedor, en esta forma anterior se poseía en estos casos pues, sólo corpore. Los romanos dividieron la posesión atendiendo a su origen en justa e injusta, la primera era la no viciosa, la que no tenía ninguno de los tres conocidos por ellos o sea ni el vi, ni el clam, ni el precario. Estas diferentes clases de posesión viciosa van a tener más tarde una gran importancia al estudiar el origen de los interdictos.

El derecho bizantino difería en un mucho sobre el derecho romano sobre todo en esta parte de posesión natural y en lo referente a los interdictos. En este derecho el poseedor de buena fé tenía también un plazo más corto para la usucapión que el de mala fé, siempre que en su posesión no tuviera vicios. De ahí es que viene en el derecho romano la división en posesión de buena y de mala fé, que se denominaban ad usucpione y ad interdictan posesionis. La 1ra. estaba fundada en un justo título de adquisición que po-

dría encubrir cualquier vicio que en realidad pudo haber tenido el origen de su posesión; hasta la posesión viciosa o de mala fé, que por tener ese carácter no era protegida por ley. Esta diferencia tenía una gran importancia en cuanto a los frutos. El de buena fé no estaba obligado a restituir los frutos, salvo los percibidos después de descubierta la verdad; lo que el poseedor de mala fé debía de devolver todos. (Es de advertir que nuestro código sigue los mismos imperativos de la legislación romana). Respecto de mejoras, que cualquier clase de poseedor pudiera haber hecho, se regía este hecho por el principio de que nadie podía enriquecerse en Roma en perjuicio de otro; se le devolvía al que las había hecho, lo gastado y se tomaban en cuenta al tiempo de la evicción. Estos dispositivos también figuran en nuestro código; como se ve pues, casi todas las proyecciones del derecho civil moderno respecto a la posesión —observando los articulados de los códigos modernos— a excepción hecha de variantes históricas, tienen su sede, su raíz, penden del derecho romano, y esta proyección tan basta de este pueblo plasmada en una de las manifestaciones principales de la reglamentación de la vida social del hombre, se debe al hecho de que los jurisconsultos romanos fijaron a perpetuidad las categorías del pensamiento jurídico. Tuvieron visión de su alcance, y adivinaron que en derecho como en toda ciencia subjetiva, aunque la forma de relación social cambie y las necesidades de la época determinen nuevas leyes, el pensamiento, el principio del legislador para ser perdurable debe tener un solo carácter, debe mirar una sola meta: la justicia.

Así como el alúd cuando se precipita al abismo va arrasando todo lo que encuentra a su paso y llega hasta su límite, mucho más grande; así las concepciones del derecho romano fundamentadas en un nacimiento vigoroso, de bases sólidas, van admitiendo concordancias, aplicaciones de las mismas por razón del tiempo y las necesidades del momento, hasta llegar a un tope fructuosísimo: la teoría clásica.

La teoría clásica pues es la que nos va a dar los principios generales sobre cada punto del derecho y sobre su sustancia misma. Luego vendrán los autores de doctrina a aportar algo nuevo, reformas quizá formales, pero va por muy mal camino el doctrinero que se aparte de la senda trazada por el derecho romano, y que cambie en su aporte la sustancia de aquel, sin esa savia, no hay

concepción que resista a la objeción, y todo su camino estará bordeado de dudas e incertidumbres.

Tomando como base a la teoría clásica para mejor realizar este estudio veremos cuáles eran sus elementos principales en relación con la posesión. Para la generalidad, siguiendo aquella concepción clasicista, corpus y ánimos son dos elementos distintos e independientes uno de otro. El corpus aparece así como una relación completamente material de poder físico entre el poseedor y la cosa poseída. El ánimos es el elemento intencional que consiste en el creer proceder como el dueño y propietario, agente éste, que se beneficia con la relación material citada. En la concepción de Paulo ambos elementos se ven claros; dice que podemos adquirir la posesión tomando el corpus de otro, siempre que tengamos personalmente el ánimos; y, que si no podemos adquirir la posesión no teniendo más que el ánimos (nudo ánimo) ya adquirida la posesión podemos guardarla ánimo solo, y Paulo pone el ejemplo del Saltus hiberni aut estivi (que se puede aplicar a los lugares veraniegos nuestros), y que consiste en el abandono del bien durante cierta época del año, conservando siempre su posesión. Tenemos entonces que la figura del corpus y el ánimos saltan a nuestra vista como dos hechos distintos e independientes; pero en el fondo por el análisis que haré no hay esa libertad, por su nacimiento tienen grandes puntos de contacto. Al corpus se le pinta aquí como una relación puramente física sin ápice de conciencia en el sujeto, y el ánimos vendría a ser un acto de voluntad casi estático, flotando en el vacío, sin ninguna raigambre con el estado de hecho creado por el corpus. Este absurdo de muchos autores es notorio, hay una nota de exageración en exaltar sus caracteres, que es de todo punto de vista inadmisibles. Ambos elementos se concatenan perfectamente, no hay tal interdependencia. El caso es el siguiente, un individuo anhela la posesión de un bien X, al entrar en función de poseedor, es decir, a la toma de la cosa (caso de no haber tradición me refiero) realiza un solo hecho, la posesión en si, física, aparentemente escueta de todo otro elemento que el de hecho; en realidad no es así, la naturaleza humana reacciona visiblemente de una sola manera frente a esta toma material, pero quién impele a ese agente, a ese poseedor sino es una voluntad consciente. Es el caso del músculo que engendra el movimiento, hay que preguntar si realmente lo realizaría, sin una orden directriz que lo manda a ponerse en juego.

El corpus comprende necesariamente un acto de voluntad, esto es indudable, lo contrario es solo aplicable para los casos excepcionales de un demente, o el caso rarísimo de que a un sujeto dormido se le coloque en sus manos los títulos de una propiedad, y se realice el tradens de esta manera, casos que la jurisprudencia los rechaza por el mismo carácter excepcional que tienen. Ninguna teoría ha admitido nunca que el corpus naciera del simple contacto del hombre con la cosa. No es suficiente esta relación para que el sujeto entre en posesión de la misma cosa, es necesario una situación activa, vale decir un acto, acto el cual como todos depende de una voluntad. Bruns da un ejemplo muy claro sobre el particular, cita el caso de un leñador que llega al bosque con su hacha al hombro, fácil es preveer —dice— que todos los árboles que hay a su alrededor puedan caer bajo sus golpes, pero no se puede decir por esto que ese leñador ha adquirido el corpus destinándolo a ser poseedor de todos los árboles, al contrario, lo será solo de aquellos que ha derribado con su hacha, es decir, de los que aparezca la voluntad de él de aprehensión física. El corpus es posible que suponga un estado de hecho en casi todos sus aspectos, pero no probable ni accidental sino querido e intencional. Ihering dice muy bien, que aquí no cabe una relación de yuxtaposición local, sino más bien de detención. Se produce entonces una pregunta; ¿por qué el *ánimus* ideado por casi todos los autores que tratan de la posesión como elemento de ésta no está encerrado en ese acto volitivo que necesita el corpus? ¿Acaso hay que distinguir un nuevo *ánimus* independiente del primero, o sea la existencia de un segundo hecho intencional? Saleyes dice que si admitiéramos la existencia de dos *ánimus* sucedería este problema: la existencia de 3 hechos; un contacto con la cosa: relación material; la voluntad de mantener este contacto en provecho propio; y, la voluntad de erigirse propietario. Es decir un corpus y dos *ánimus*, nada más absurdo. No sólo se aparta de la concepción romanista, y del derecho clásico, sino que llega a lo inadmisibles por principio, al hablar de la Teoría de Ihering se verá cómo tal suposición es rebatida de un modo incontrovertible. El *ánimus* segundo no es sino la fase intencional de esa primera relación de hecho. Veamos pues qué doctrinas son las que están en la razón respecto al concepto de posesión; una vez vista la concepción romana de la cual surge la fuente clásica, vere-

mos ya no a dos corrientes distintas, sino a dos intérpretes de aquella: Ihering y Savigny.

Pero antes, dejaremos bien sentado el principio de que el corpus es lo primero que se produce en la posesión (si es que cabe establecer órdenes) desde el cual es que parten los autores desde un sólo punto de vista, objetivo. Este acto es realizado una sola vez, después subsistirá en condiciones de hecho, que indudablemente no es la misma situación original; por eso es que vulgarmente se sabe que una vez adquirida la posesión —de inmuebles me refiero— se puede conservar no obstante el abandono aparente del propietario, caso del propietario de un establecimiento de baños que dió anteriormente; es decir, que las condiciones de hecho que constituyen la posesión son de tal naturaleza, que una vez adquirida la posesión, no son las mismas que aquellas de las cuales deviene. Hay que recordar que este vínculo externo que constituía la posesión no era un hecho indiscutible, que por su estado visible iba a bastar para descubrir el linamiento de la posesión y al poseedor; habian varias circunstancias más en el derecho antiguo, era preciso averiguar las condiciones en que tuvo lugar la adquisición, si la cosa tenía o no poseedor, y por último, conocer la actitud del antiguo poseedor con el nuevo. Todas estas pesquisas son largas, por eso es que la mayoría de los autores están conformes para exigir el corpus, aquel imprescindible necesario para la adquisición de la posesión. Surgen entonces varios teorizantes, unos les dan un carácter económico a sus razones, otros, un bien encaminado cotejo de la adaptación del derecho a la vida real; llegan algunos a apartarse del derecho romano, otros le dan su verdadero valor e interpretan su cabal alcance, y hay un autor que le da una gran fuerza a lo actual, del derecho en consonancia con los fenómenos del mundo económico y de la vida real. Todas estas corrientes se apoyan en acápites encerrados en el Digesto, lo que hace pensar que todos estos autores se avienen al desarrollo histórico de la doctrina romana en materia de posesión. Caen pues en el error los que creen que los cánones establecidos por el derecho romano tienen un carácter aplicable sólo a las necesidades del momento en que se produjo, el sentido de trascendencia que tuvo es el que felizmente lo ha conservado intacto en su pureza hasta nosotros a través de los siglos. Y es así como nuestro Código se apoya en la doctrina

romana bien encaminada al derecho moderno, por su mejor y más fiel intérprete.

Hasta el derecho romano existía la opinión de los glosadores, la cual idea era puramente positivista, se basaba en razones de índole material; descansaba en aquella opinión de la posesión, que exigía que se tocase la cosa con las manos. Según Paulo, la posesión se definía en el Digesto como el hecho de colocarse sobre la cosa (*rei insustere*). En materia de inmuebles se requería poner la planta sobre la cosa para tomar la posesión; Paulo advertía con gran insistencia que no hay necesidad de recorrer todo el predio para entrar en posesión de él bastaba el primer requisito. Celso fué menos exigente en ese sentido, pues decía que la designación mediante la tradición podría realizarse desde una torre inmediata al fundo, pero que se viese desde ahí. En materia de muebles se exigía la aprehensión *corpore et tactu*, asir la cosa, precepto que llega hasta la liberalidad extrema dentro de ese concepto tan absoluto, como era la toma de posesión mediante una mirada.

Donde adquiere forma esta teoría de los glosadores es en el acto de la entrega de llaves, que según Papinianos debía de hacerse —como símbolo— ante el almacén o granero que encerraba las mercancías. Los glosadores pues, dedujeron que el acto normal de adquirir la posesión, y por consiguiente el *corpus* necesario para entrar a ser propietario, era la aprehensión material, y en los casos que por excepción se daba el *corpus* supuesto, se le consideraba como una toma de posesión simbólica. Bueno, es probable, y en esto casi todos los autores están de acuerdo, que en una época antigua, de nacimiento del derecho, es esta la concepción que debió de predominar respecto a la posesión. Edad de atraso, idea pobre.

b).—Controversia entre Ihering y Savigny.

Ante todo he de exponer la teoría de Savigny a grandes rasgos, para entrar a lo que más bien debe de llevar el nombre de refutación de la teoría de Savigny por Ihering.

Savigny que indudablemente tuvo un gran mérito, por ser el primero que explicó con bastante claridad la idea romana acerca de la posesión, recogió de los glosadores aquellas excepciones de tradición simbólica, y en ellas precisamente fundó su teoría, pues vió en aquel acto la expresión misma de la idea dominante en materia de posesión. Las soluciones dadas por los glosadores, como entrega de llaves, toma de posesión con la vista, etc., era por lo pronto

un propósito de alguien (del accipiens) de apoderarse de la cosa, y de excluir a los demás de este dominio; y esta posibilidad de dominación consistía en la presencia de la cosa y la autoridad del tradens, que garantizaba su goce pacífico. Este conjunto de hechos, hace ver indudablemente el interés del poseedor de ejercer un derecho exclusivo sobre la cosa, y es la idea que para Savigny formaba el elemento constitutivo de la posesión "la posesión resulta de un acto material que descubre con claridad las protestas que pretende ejercer sobre la cosa, aquel que la realice". Para Savigny pues, el corpus es siempre una toma de posesión en potencia, supone además un acto visible —dominación de hecho sobre la cosa—, ahora que las condiciones de hecho son para Savigny: la disponibilidad de la cosa, la posibilidad directa e inmediata de someterla a su poder físico, y, la de excluir toda intromisión extraña. Se dice por esto, que Savigny imprime una nota espiritualista a su teoría posesoria, espiritualismo que se traduce en darle una supremacía al elemento intencional, despreciando casi los actos materiales que originan el corpus, que él los denomina "apoderamiento brutal" en lo que se fija principalmente es en el poder de dominación revelado por los hechos. Y, para diferenciar bien el término dominador, del de dueño dice, la toma de posesión sirve para revelar el dominador de la cosa, porque hay dominio en la potestad física, que es el fondo de la teoría de Savigny. Para él es poseedor pues, aquel que dentro del mundo de los fenómenos exteriores, conserva la cosa en su poder, y todos tendrán que pedirle permiso a la autoridad de su voluntad para relacionarse con su cosa. Y concibe la cosa de uno detentada por otro, no en manos ajenas sino bajo su custodia, garantizada por el que la posee y de la cual nadie podrá apoderarse. Esta idea de dominación y de potestad casi infinita constituye la médula de la posesión Savigniana, e implica no el que la cosa esté al alcance inmediato del que la posee, sino que esté bajo su inmediata custodia, es decir, que la tiene en depósito, y podrá hacer lo que quiera de ella cuando guste: Esta potestad lleva implícita la idea de posibilidad física inmediata de apoderarse de la cosa, esta idea va rodeada de acciones formalistas, como es la presencia cerca del objeto que todavía encuentran en Savigny una reminiscencia, al realizarse el tradens. Esta era para Savigny un requisito primordial, por lo menos exigía la condición de posibilidad inmediata, y esto lo explicaba para excluir a las demás personas; para realzar

así la única dominación del poseedor, desde que toda entrega lejos de la cosa, era para Savigny susceptible de aprehensión de parte de un extraño, y de esta manera nos encontraríamos también frente a una toma de posesión simbólica, ideada por los glosadores, incapaz de dar la idea exacta de potestad exclusiva del poseedor. Savigny se limita pues a la toma de posesión inmediatamente realizable, en lugar de la efectiva realizada. Pero ¿cómo explicar entonces la adquisición en ausencia del poseedor?, para esto Savigny recurre a la custodia (que es su puerta de escape).

El caso es éste: si por orden mía —como dice Celso— deposita el vendedor en mi casa el objeto comprado por mí, me convierto en poseedor inmediato, por el solo hecho del depósito en mi casa, aunque yo no esté ahí y mis esclavos lo ignoren. El poseedor adquirió sin estar presente, esto lo resuelve Savigny con evasivas, tuvo una salida muy ingeniosa, que no era formal la presencia del objeto, sino era imprescindible la aprehensión inmediata sobre la cosa, es decir la idea de dominación; el depósito en la casa del comprador tenía un valor equivalente, el efecto, el mismo, “porque cuanto exista en una casa, se reputa en custodia del que la habita” dice Savigny; y para el dueño que ocupa la casa la idea de dominación abarca todo lo que hay en ella, bajo su custodia. Está pues investido este propietario con el hábito de dominador que exige él, porque se da también en este caso la aprehensión física y la exclusión de terceros. Es decir, que la custodia vendría a ser una garantía efectiva que sustituiría a la dación efectiva en manos del accipiens, la casa vendría a ser un simple elemento de aprehensión. El corpus pues no vendría a ser el poder sobre la cosa sino la guarda del poseedor, es así que el concepto de custodia no es una extensión del concepto Saviniano, sino más bien: su centro. Esta es en síntesis la teoría de Savigny, lógica en cierto modo, y se deduce de la idea de que el poder efectivo puede exteriorizarse de distinto modo, exigiendo además la posibilidad inmediata de aprehensión, por el peligro que significaría lo contrario, encerrando todo su bien elaborado —aparentemente— plan de defensa, en la puerta de escape de su teoría sobre la custodia.

La teoría de Savigny viene a ser después de las de los glosadores, como una transición, entre la teoría puramente formalista de los antiguos romanos y la teoría de Ihering, alejada de este elemento, apoyada en los hechos de la vida real.

A los elementos de hecho Savigny no les daba mayor importancia y los creía procedentes de una relación moral, sólo era un motivo de publicidad de la posesión.

Ihering amplía enormemente esta tendencia; para él toda la fuerza de la posesión reside en la idea de que es un medio para proteger la propiedad, que no puede existir sino allí donde la propiedad existe; es decir, que el aspecto material de la posesión es el conjunto de actos o estados de hecho, por los cuales se exterioriza el derecho de propiedad, con relación a la cosa que sería el objeto de este derecho. Para Ihering pues el elemento material de la posesión se reduce al hecho de conducirse frente a la cosa como lo haría el propietario. El elemento material, es la visibilidad, el aspecto exterior de la misma posesión lo que descubre al propietario. Ahora, que para esta concepción tratándose de inmuebles, el propietario ejercita su derecho sin estar en contacto con el predio la más de las veces; la idea de dominación material que tanto preocupaba a Savigny y que venía de los glosadores aunque con menos fuerza en aquel, lo admite Ihering como un índice de la existencia de la propiedad, pero no como un factor esencial del concepto de posesión.

Con Ihering ha habido una traslación de valores, en lugar de la idea de dominación él trae la de ejercicio. Ahora que el ejercicio del derecho de propiedad no se realiza de igual manera en todos los bienes, y esto es explicable si se toma en cuenta la naturaleza de ellos, el ejemplo del local de baños que anteriormente dí, vuelve a aparecer; lo que constituye el corpus para Ihering no es un hecho material específico y determinado, como la prehensión material de los glosadores, o la presencia de la cosa al realizarse el tradens para Savigny; para él, el corpus es una relación de hecho entre el poseedor y la cosa, vínculo que descubre al propietario y que sería el ejercicio de un verdadero derecho de propiedad. Es que en esta concepción, esa relación irá en progresión directa con el ejercicio que se haga del derecho de propiedad, y esta actividad Ihering la encauzaba de tres modos: 1o. atendiendo a la naturaleza de la cosa, 2o. forma de utilizarla desde el punto de vista económico; y 3o. del uso, siempre variable, según el país y la época, uso que vendría a ser lo que en Economía se llama "La Moda".

Ihering es el fiel intérprete de la teoría romanista de la po-

sesión y eso vamos a probarlo en el transcurso de este análisis de su idea.

Ihering va refutando una a una todas las teorías que sobre la posesión se han vertido, y para esto las clasifica en absolutas y relativas, en estas últimas la protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma y en las otras, sí. Como de todas las teorías expuestas hasta Ihering la única de apreciable valor es la de Savigny vamos a ver la crítica que hizo de su teoría.

Lo primero que no acepta es su opinión, y es que Savigny creía que la posesión no constituye por sí un derecho —cree y lo prueba—, y no siendo derecho, la perturbación de la misma, no es formalmente un acto contrario al derecho, sino es que se viola un derecho a la vez. Para Ihering ese estado era la consecuencia de una simple violación, y como toda violencia es injusta, contra esto es lo que se dirige el interdicto, el cual tiene en su nacimiento el sello de servir contra la injusticia. Para eso replica que no hay ahí violación de un derecho subsistente por sí, fuera de la persona, sino un estado de ésta que se encuentra alterada, y si se quiere remediar la huella dejada por la violencia, él recomendaba proteger aún más el estado de hecho contra el cual la violencia actuó.

La concepción Saviniana no era acorde con la romana para Ihering en muchos de sus puntos, y para todo el que estudie y compare ambas teorías la diferencia es sensible, ahora que Ihering supo darle toda la importancia que esa distinción necesitaba.

La falta de protección a la *detentio alieno nomine* es un salto del derecho romano hacia un derecho nuevo, para Ihering, porque él no la admite; divergencia que es uno de los puntos más encontrados de estas dos concepciones, y a la cual Savigny no pudo resistir, sin refugiarse en su aparatosa huida de la posesión derivada. Ihering es lógico y verídico al decir que los interdictos posesorios reposan en la idea de una violación efectuada contra la persona, no se explica uno pues por qué han de negárseles a quienes poseen *alieni nomine* (detentador precario). La injusticia es la misma, la naturaleza de la posesión en este caso no interesa; ¿acaso la organización jurídica se verá menos menoscabada con la expulsión de un verdadero propietario o de un simple arrendatario? La acción es la misma, y el hecho en todos los casos es inculminable, debe ampararse al damnificado por principio. Savigny dice: “una de dos; o suponemos que el que tiene la cosa está de acuerdo

con su verdadero poseedor o está en oposición; en el primer caso no tiene necesidad de interdictos, y en el segundo, se ve maniatado para hacerlo", es decir, que no tendrían autoridad los interdictos posesorios, es inadmisibile para Ihering el que el poseedor en precario o detentador dependa del poseedor para ser defendido, contra una injusticia hecha a él sobre todo; el lesionado es quien debe de ser protegido, por el hecho suficiente de tener la cosa, ya ese es un argumento de bastante fuerza; y así lo debió comprender el derecho romano cuando no establecía distingos para conceder las act. furti y vi bonorum raptorum. El legislador romano unió la idea de daño contra el tenedor y la idea de concederles una protección inmediata, no tomando en cuenta solamente la ofensa personal, sino el interés real que esta acción entrañaba.

"Cuando el poseedor y el tenedor no están de acuerdo, dice Savigny, este último no puede invocar los interdictos, porque iría contra la esencia de su tenencia", pero esto se aparta del caso, por lo menos en el que se situó Ihering, lo que se trata es de castigar al autor de la perturbación y precaverse contra él. Quizá sucedería el hecho a que se refiere Savigny en el caso de que el arrendatario es expulsado por su arrendador, y aún ahí contempla Ihering que el derecho concede primacía para los interdictos al arrendatario que se ha convertido en poseedor inmediato. En un caso de participación de tercero, éste se vería desprovisto de voz y voto como vulgarmente se dice.

Savigny tampoco concuerda en esto con el derecho Romano, Ihering encuentra, que los romanistas dieron para el despojado dos remedios, el de retenerlo o el de recuperarlo, que veremos con más detención después, equidad que Savigny censura y esto es raro, por ir contra la fuente de que él mismo dice nacer.

Otra de las críticas de Ihering a la teoría de Savigny es en lo que se refiere a la falta de protección de las cosas no susceptibles o de las personas incapaces de posesión, éste último decía que no podía prestarse protección a las cosas extra comerciales; el primero dice que no hay motivo para que esto se haga, cuando la posesión es la exterioridad de la propiedad, aquella no podrá existir donde ésta no exista. El problema de la lesión es grave para Ihering sólo cuando encierra una injusticia contra la persona, no sobre la cualidad de la cosa, él consideraba absurdo negar el interés que tenga a su cosa el poseedor extra commercium.

Respecto de la protección de la posesión de los menores, Ihering encuentra un punto de la teoría de Savigny inconciliable con el derecho romano; en Roma los esclavos y los hijos de familia eran considerados incapaces de poseer, Savigny interpretó esta idea de una manera diferente, es decir, que se pronunció con la regla general de que el hijo de familia no puede tener derecho alguno patrimonial; en esto se basa Ihering para refutarlo, porque él no ve cómo se ha de armonizar esa idea, con la idea aquella de que no es el patrimonio lo que se posee sino la persona, lo contrario implicaría una injusticia contra el menor. En lo referente al poseedor de mala fé hay un error bien claro de Savigny; éste lo despoja de toda defensa, y lo expone a cualquier abuso, esto sería desconocer el principio del cual mana la protección posesoria: la tranquilidad jurídica.

Ihering no transige con Savigny en lo relativo a la posesión atacada por violencia, puntualiza que Justiniano supo aclarar este caso, que de no preverse puede dar funestos resultados. Otra crítica que le hace es a su sistema de desamparo al poseedor de buena fé, si en Roma existía casualmente, el interdicto *retinendi possessionis* que existía para todo poseedor de inmuebles que estaba investido de las acciones posesorias, es decir, que la única exigencia para su goce, era un año de posesión pacífica. A Savigny dice Ihering, que no le convenía pronunciarse claramente sobre este punto, esto se debe a que echaría por tierra toda su teoría.

Sobre las teorías que basan la concepción de la posesión en la voluntad, como la de Savigny, Gans y otros, en este punto surge más enconada aún la controversia con la tesis Iheringiana. Para Gans la voluntad es el eje de la posesión, si se considera la detención de la cosa enfocando la voluntad del sujeto estaría en armonía con la voluntad universal —es decir con la ley— y en ese caso se tendría la propiedad, o si se considera solamente la voluntad particular se tiene entonces la posesión. El preconiza, que todo acto por provenir de una voluntad necesita protección nada más absurdo pues eso acarrearía una serie de abusos. Putsch partía del mismo principio y llegaba a la conclusión de que la posesión es un derecho de la persona misma, debía de tener protección, porque la voluntad viene de un ente jurídico capaz y se supone que su intención es justa. Hay otros como Burns por ejemplo, que tienen una posición demasiado pobre, como es por ejemplo la idea de

que la protección posesoria se produce por defender al poseedor contra la violencia.

Savigny en su teoría resalta también esta protección concebida sobre la inviolabilidad de la persona, y sobre la relación que se establece entre ella y la cosa. Ihering dudaba mucho, si de ese modo se transportaba la injusticia de la violencia de la esfera del orden objetivo a la de la voluntad subjetiva, se lograra otra cosa que no fuera empeorar más aún los errores de la teoría de Savigny. Para aquel el derecho romano era una concepción ideal en todos sus aspectos, y que se completaba muy bien a las necesidades del momento, en lo que se refiere a este caso encuadra muy bien el rol que debe desempeñar la voluntad en la posesión.

En todo el derecho privado la voluntad viene a ser el *vis agens*, Ihering dice que la voluntad encuentra su medida y sus límites en la ley, y que no entraña un poder jurídico más que cuando se considera dentro de la misma ley; es decir, que si se aparta del derecho, la voluntad sucumbe; ahora, que tampoco es concebible creer que el derecho se va a manosear de tal modo que viniera a servir a toda clase de voluntad traducida en acción contra la cual hay coacción ilegítima. Ihering dice, que se puede destruir a la casa sin tocar al obrero, y en esto tiene razón, de este modo esa protección no se menoscaba cuando se merece, en cambio la de aquella voluntad que sólo se concreta a los hechos, sí, es nula. Savigny dice: "el golpe contra la cosa es ya por sí mismo una injusticia", es decir, la injusticia formal en la lesión.

En Roma no se contempla así, muy lejos, este problema, diferente solución, total; el Estado concurre siempre a defender a todos los atacados por violencia, sin distingos de personas, tan pronto defiende a un honrado como a un ladrón, y es que el legislador considera con mucha razón que la defensa privada es un arma de dos filos, y prefiere que la autoridad sea la que se encargue de hacer justicia; no condenaba la defensa privada, porque veía en ella una manifestación natural de la voluntad pero aconsejaba que se amoldara a las fórmulas prescritas. El derecho moderno siguió esta tendencia y le dió cierto influjo, muy a pesar de Savigny. El justo poseedor tenía hasta Justiniano el derecho de expulsar al poseedor injusto, y al arrendatario que detentase en nombre propio la cosa, fué una reparación justa. Para Ihering este apoyo es justísimo, porque el hecho es que esas personas tienen la intención de

conservar la cosa para sí, y una prueba de ello es la resistencia que oponen cuando quieren quitársela. Si fuera la voluntad sólo lo que se protegiera, por qué es que se ha de refugiarse en la posesión para hacer efectiva esa garantía, dice Ihering, y cita el caso: "en un local público, uno coloca un signo sobre una silla, otro que lo ha visto se apodera de ella, la voluntad de ocupar la silla estaba visible de parte del primero" quien puede pensar en este caso en una acción posesoria, es ridículo pues, porque se protegería todas las acciones, insignificantes. Es evidente que por el cotejo que hasta aquí llevamos de las demás teorías con la refutación de Ihering, se ve que pecan de imprecisas; Savigny es inexacto al afirmar ciertas imposiciones conceptuadas del derecho romano; Ihering pregunta y nadie responde por qué no hay posesión sobre las cosas no susceptibles de ella; por qué no se da acción al hijo de familia capaz de querer; por qué no hay protección para el detentador. Hay que convenir que en todos estos casos hay una voluntad innegable de querer la cosa para sí, y en el primero, de existir por la realidad. Al acreedor pignoraticio nadie le puede negar que no quiere desprenderse de su prenda, al colono nadie le puede decir que quiera desprenderse de su predio, al arrendatario nadie le va a decir que prefiera perder su casa, por ejemplo, en donde habita. No tendrán todos ellos el *ánimus domini* tan reclamado por Savigny, pero sí ostentan una inquebrantable voluntad de no dejar perder su cosa por ningún motivo. Además hay muchos casos en que el detentador cree en su legitimidad por error de hecho o de derecho del vicio que invalida su título.

La voluntad en general no se sujeta a tal o cual canon del derecho, uno de sus atributos es ser precisamente libre; esto no quiere decir que se vaya a negar la existencia de la voluntad, porque el derecho no le conceda la posesión por sí sola. Una vez explicado el debate entre Ihering y Savigny sobre la teoría posesoria, que dió como resultado una refutación contundente de parte del primero, pasaré conforme lo he enunciado a hacer un resumen de la:

c).—Concepción de Ihering.

Para Ihering la posesión es una posición avanzada de la propiedad, es desde aquí donde se debe enfocar esa idea, y no en el terreno de lo volitivo; tampoco este autor le da carta de ciudadanía independiente a la posesión, porque la considera que depende en todos sus aspectos de la propiedad, no concibe la protección de

la propiedad sin la protección de la posesión y viceversa, y es que ve en la protección de la posesión una facilitación de la prueba en favor del propietario; beneficio del que por extensión aprovecha al detentador. El ve en la posesión el ejercicio de la propiedad, concibiendo su teoría en lo que tiene de real, de viviente la posesión. Ve la propiedad posible, la que comienza, que siempre está en relación invariable, constante con la propiedad. Quizá si algo de esta relación vislumbró Savigny, si recordamos su teoría, pero fué una visión deficiente, pobre. A simple vista uno cree ver en el derecho romano dos instituciones completamente distintas —las citadas— ¡eh ahí!, la labor formidable de Ihering al darle una trabazón grande y que aparezcan ante nuestros ojos perfectamente unidas, es ahí donde a mi juicio reside su mérito, no es que vea una obra perfectamente didáctica, que aún por esto tendría un gran mérito, algo más, a base de comparaciones, de abstracciones, de generalizaciones y sobre todo de un paciente estudio, pudo desenrañar que en el fondo de la teoría romana lo que había era una adherencia sustancial entre estas dos instituciones tan importantes en el derecho. Es decir que para Ihering la protección de la posesión es un postulado de la protección de la propiedad, es el complemento del sistema de propiedad de los romanos. El no ve en la propiedad la única justificación práctica de la relación del nombre con las cosas, pero aceptándola, considera indispensable para la regular marcha de aquella, el complemento de la protección de la posesión.

Ihering puede figurarse un estado hipotético en que sólo la posesión existiera estando protegido el poseedor ya no por la reivindicatio, contra terceros, ni los remedios posesorios, sino con quien está directamente relacionado con la cosa; eso sucedería aplicando a todas las cosas la misma relación jurídica que se realiza de hecho siempre, en una de las más importantes categorías de cosas: el dinero.

En cambio, no se explica bien un estado jurídico como el romano cuando exige la prueba de la propiedad para rechazar agresión extraña. Porque en el caso de que el propietario fuese desposeído de sus títulos, o simplemente por haberseles perdido, no es admisible que sufra consecuencias graves por un hecho fortuito. Se puede afirmar que el derecho romano ligaba el castigo penal de los usurpadores a la prueba de la propiedad y la ley Aquilia se

aplicaba en toda su extensión en cuanto al *dóminus*. Para Ihering el demandante debiera de tener siempre la carga de la prueba; es un error extendido en muchos autores lo que refuta aquel, pues muchos exigen que se demuestre la prueba de la posesión con rigurosas condiciones positivas de su acción de modo que el elemento de hecho debería de estar acompañado en este caso de una serie de proposiciones de hecho. Absurdo, perdería su mérito la posesión, que por constituir un estado de hecho únicamente exige protección, de ese modo no diferiría de la misma propiedad. Ihering no admite esta regla con un carácter general, así la desecha, la tolera para determinados casos especiales; y lo hace esto por las condiciones negativas en los obstáculos a su derecho, pues se eleva a probar si la cosa es o no susceptible de usucapión, es en este terreno donde exige lo que otros demandan para la totalidad de los casos. Como excepciones de que al demandante le toca probar conjuntamente con el demandado, Ihering cita el *mutuom* y en el *legatium per vindicationem*. En el primer caso al demandante le bastaba probar que ha entregado el dinero, es función del defensor si discute la fuerza obligatoria del *mutuom* por defecto de transmisión de la propiedad, producir la prueba. En el segundo caso, para validez de ese legado era preciso que el testador fuese propietario de la cosa; si esa exigencia significaría que el legatario que no tuviera en sus manos documento alguno debía dar esta prueba al heredero, Ihering pregunta ¿quién es el autorizado a poseerla?, el legado en muchos casos se anularía por invalidez, lo cual perjudicaría a muchos. La jurisprudencia romana a su vez prescribía para la validez de los actos jurídicos que realizaba un esclavo por su señor, que éste fuera propietario de aquel; esto no es justo porque por vivezas del demandante la vida se pasaría en una continua prueba del primer vecino que intentase la posesión de otro: en el caso del esclavo mismo, dicen los textos de Roma, que jamás se ponía en práctica ese mandato por considerarlo ineficaz, y obstaculizaba mucho las relaciones entre los hombres. Para Ihering, sólo el acreedor y el que tiene la posesión en precario se exceptúan para los efectos de la usucapión, y por ende si éste hace el papel de demandante, debe probar en todos los casos, porque el único móvil que tiene es en el fondo una razón egoísta, a ver si el propietario no responde, y él invierte su posesión. Todas estas pruebas Ihering las supo recoger con una doble intención, pues le sirvió para

deslindar el concepto de propiedad en la condición furtiva y en la acción legis aquilie; a mi juicio, él vió en estas condiciones una puerta de escape del poseedor de mala fé, que se podía sustraer a la acción probando que la cosa no pertenecía al demandante sino a otro —y se ponía de acuerdo, con el otro pagándole por ejemplo— entonces burlaba al verdadero propietario que podía ser el demandante.

Es decir, que Ihering ve en esta fase del derecho romano una magnanimidad con respecto al propietario, que es justa, al contentarse con la prueba de simple estado de hecho; lo que él dice exterioridad de la propiedad o posesión, es decir que en otros términos aquí nace el artículo de nuestro código que dice: el poseedor se reputa propietario salvo prueba en contrario. Esa facilidad de prueba para el propietario como hemos visto, existe también para el poseedor, pero esta última es concluyente la exclusión en principio de la cuestión de propiedad, imprime a la posesión su carácter particular. Esta diferencia la encontraba Ihering en que, el autor del delito que ha restituido la cosa al propietario supuesto, estaba responsabilizado ante el verdadero propietario, de su hacer; el defensor en la posesión es visible que no está expuesto a ese peligro, no interesa si restituye la cosa a un simple usurpador o al verdadero propietario; es decir, la posesión concebida como una posición avanzada de la propiedad, es decir, que la protección no se protege en si misma, sino por su adherencia a la propiedad, ésta la cubre con su manto.

La posesión pues dentro de ese ligamen adquiere cierta independencia, y en su nueva vida libre tiene dos caras, dos funciones; una, servir a la propiedad y otra, es que puede volverse contra ella. Arma de dos filos, su nobleza radica en el uso siempre constante, es voluble, es un río que sigue su cauce, pero si el cauce se desvía, lo sigue. El mismo servicio que presta al propietario que posee, de protegerlo contra cualquiera filtración extraña, le presta al no propietario que posee contra el mismo propietario que no posee. Es en ese binomio eterno, en esa relación polifacética, en ese estado variable de protección y ataque, de amigo y de enemigo, que Ihering ve con curiosidad el verdadero enigma indescifrable de la protección posesoria.

Ihering ve también un paralelismo que es muy factible, entre el poseedor y los títulos al portador, porque ambos deben su naci-

miento al mismo origen: la simplificación, la facilitación de la prueba. La prueba de que es él el acreedor estriba precisamente en la sola presentación del título, es bastante ya, ahora que esta ventaja favorece por igual al ladrón que al mismo propietario; idéntica cosa sucede en la posesión de Ihering, que reconociendo que esa institución adolezca de esa desventaja, no deja de impugnarla, porque se basa seguramente en la idea de que no hay institución concebida y hecha por los hombres para servicio de los mismos, que sea perfecta; claro es que si se contrapesan las desventajas de la posesión concebida de este modo con las ventajas que reporta, triunfarán las últimas, y esta es la razón de su aplicación en la vida real.

Se ha criticado mucho la concepción de Ihering alegando sus enemigos que no hay ninguna ley que salga en su defensa. Esto no es verdad si miramos los hechos; en ninguna legislación del mundo hay ni habrá un artículo que proconice la protección de la posesión de un ladrón; pero ¿esto acaso deja de suceder en la realidad?, no. Es claro que esa protección no se creó en la mente del legislador para beneficio del usurpador, por extensión del concepto es que se favorece; imaginemos un estado de cosas en que no se proteja la posesión, ¿cómo sería eso?, no habría orden. Qué fuerza no tendrá esta concepción de protección posesoria que reconociendo la totalidad, su peligro, la acepte unánimemente, por su necesidad imperiosa.

A sus atacantes Ihering les hace ver que no porque un tribunal produzca una sentencia judicial deja de tener efectividad aún cuando convierta el derecho en injusticia y la injusticia en derecho, ¿se va a por esto a deducir que todos los fallos han de ser de esta índole? La excepción jamás puede tomarse como regla general. Los jurisconsultos romanos quizá si con una idea de servicio y aplicación futura, nunca se pronunciaron sobre el fin legislativo de una institución, porque la especulación en el campo teórico del derecho es una forma cobarde de estudio que entraña escaso conocimiento de la esencia misma del derecho. Este nace, vive y muere en confrontación con las costumbres, con el uso. El derecho ideal de los teorizantes es inaplicable en la práctica.

Por otra parte, el derecho romano les negaba la protección posesoria a los detentadores y poseedores de mala fé, y les prohibía también investirse de las acciones posesorias, pero en cambio caían dentro de la protección general a todo poseedor de inmue-

bles, por el solo hecho de poseer. No es que haya una contradicción en este derecho, sino que están en lo cierto al hacer la reflexión anteriormente considerada.

Como la teoría de Ihering es esencialmente práctica y parte de un cotejo de la realidad, él formula esta pregunta: ¿Cuáles son los fundos que están en manos de otras personas que no son sus verdaderos propietarios?, es claro que no hay ni el 1 %, es decir que este verdadero propietario es que en la mayoría abrumadora de las veces es el que se aprovecha de la protección dispensada. ¿Dónde está pues el problema de ir en defensa de malvados y usurpadores?, en la práctica no hay tal cosa.

Los baluartes de la defensa de Ihering sobre su teoría residen en los dos medios de reaccionar del atacado: los interdictos. Que eran y son de dos clases: *retinendi* y *recuperandi possessionis*. Aparecieron pues en los romanos como remedios de protección. El más antiguo proceso reivindicatorio se efectuaba en Roma por la colación de los vindicie, el Pretor aseguraba por medio de estos, la tenencia de la posesión, por lo menos, mientras duraba la controversia judicial; Ihering ve en esta parcialidad ventajas indudables para el poseedor y observa también una incertidumbre, la exoneración de la carga de la prueba para el poseedor o para el no poseedor, esto dependía enteramente del arbitrio del juez, lo cual era peligroso, porque en determinados casos no probaba el demandante —la experiencia enseña en muchos casos que la prueba decide el derecho—. La forma más antigua indudablemente que era mejor, era una *judicium duplex*, ambos probaban, los medios de la prueba inclinaban la balanza. La posesión así concebida y defendida, estaba pues adherida en el derecho romano a la propiedad. Ihering ve en estos medios de defensa de los romanos una constatación, por hechos en lugar de palabras, la negación recíproca de la propiedad. El tampoco observa una defensa abierta especialmente contra la violencia —como lo han visto algunos— lo que protegía el Pretor en la posesión no lo hacía de un modo permanente ni siempre igual, era muy accidental, duraba tanto como el proceso, y es que para ellos alguien debía de tener la posesión en todo momento, y no existía así una verdadera protección por la posesión misma sino a manera de oficio, mejor dicho veían en esta posesión una posición interina de una propiedad interina también, concepción pobre de estos términos; la propiedad interina fué pues el origen de la co-

lación de las vindicie y no la protección posesoria en un sentido propio. Sin embargo, no es una diferencia de doctrina con respecto a Ihering sino simplemente de extensión de amplitud; en el derecho nuevo ya el punto de vista es distinto, la sucesión histórica de los interdictos *retinendi possessionis* con los vindicie, es aceptada únicamente.

El origen de los interdictos lo funda Ihering en el mismo de los vindicie, es decir, la de dar posesión a alguien durante el desarrollo del proceso. No fué sólo un cambio de un término por otro, sino que esto trajo una diferencia enorme de aplicación. En primer lugar, ya en este nuevo estado no es el Pretor quien va a designar con bastante arbitrariedad quien es el que debe de llevar la prueba, etc., será cuestión esta de materia de justicia regulada, y se le quita al poseedor la carga de la prueba, porque se parte de la presunción aceptada de que el poseedor es el verdadero propietario; en tercer lugar se separa el posesorio del petitorio, Es decir, las vindicie sólo se presentaban para un proceso reivindicatorio, en cambio, los interdictos tenían mucho mayor radio de acción; la ruptura de relaciones con la propiedad se hacía inevitable. Ihering atribuye esta separación a que el propietario debía de tener un auxilio para la reivindicación, y de la negatoria cuando el menos enérgico de los remedios posesorios le bastaban para lograr su fin. Así ocurría para Ihering que un poseedor que no aspirase a la propiedad, emplease con éxito los interdictos —y en esto refuerza su apoyo al detentador—.

Pero para él es aquí donde estriba el verdadero enigma de la posesión, porque esta independencia nos hace aparecer al ladrón con tanto derecho como el otro, volvemos al caso anterior, y los romanos vuelven también a sumergirse en su acostumbrado mutismo, a ellos sólo les preocupa pensar, que los interdictos se han hecho para zanjar el entredicho existente entre la posesión y la propiedad. Desde aquí pues se ve que se unirá siempre a la propiedad verdadera y no a una simple detentación, mucho menos aún, a una usurpación; con la única diferencia respecto del derecho antiguo que ahora el proceso es de una jurisdicción simple y que se supone al poseedor en la persona del defensor.

Tanto nuestros jueces de hoy como los Pretores de ayer, no pueden rechazar como la teoría de Ihering una controversia sobre la verdadera propiedad. En esta demanda aparecía como es en

realidad —la cuestión de posesión pura y sin mezcla, libre de todo elemento de violencia, es decir, la posesión tal como la concibe él— como una posición de interés patrimonial, la cual hay que defenderla cuando se le lesiona y conservarla cuando se le disputa.

La otra clase de interdicto es la de recuperandi posesionis. Una vez examinada la controversia entre la idea de interdicto en el derecho romano, y viendo que en su esencia la doctrina de Ihering está conforme, fácil es preveer que en una segunda clase de ellos que en si encierra la misma idea o sea la de proteger al poseedor, habrá un buen ánimo para que tenga en su estudio grandes puntos de contacto, por lo pronto el camino está expedito; el derecho romano limita a tres casos la protección recuperatoria de la posesión: a la posesión substraída, a la precaria y a la clandestina. Para las dos primeras clases de posesión viciosa habian interdictos especiales, no así para el último. En un principio Ihering aceptó el interdicto contra precario, hecho en el cual, como sabemos, Savigny basaba toda su teoría posesoria, pero después lo desechó, porque observó que los romanos no vieron en esa clase de interdicto sino una sub-división del interdicto recuperandi, y lo observó en esto: en que si bien es cierto que generalmente la posesión trasciende del cedente al tenedor, no es esta la condición del precario. Es decir que el arrendador expulsado por su arrendatario, puede si quiere, obligarle a la devolución del fundo por medio del actio locati, pero ningún romano ha visto en esto un motivo para concederle también el interdicto unde vi. Carece de fundamento. Para Ihering no tiene objeto puntualizar en los interdictos el hecho de violencia o clandestinidad, ya que el derecho debe de responder a las necesidades de la vida y realmente que hay muchos más modos de substracción que los citados. Además, la prueba en esos casos sería muy difícil y esa laguna se extendería hasta para los muebles; el concepto romano era algo estrecho y no satisfacía las necesidades de las circunstancias; la legislación posterior llenó aquel vacío indudablemente, Savigny mismo aclara este punto aunque no muy preciso, porque se detenía mucho en la parte delictuosa, es decir, concede demasiada importancia a algo que Justiniano no se la dió ni por menos en las Institutas y en las Pandectas. Es en los códigos de Teodosio donde recién se encuentran órdenes de restitución de la posesión, en ciertos casos de pérdida no violenta, y es ahí donde se inicia todo un proceso de desglosamiento de la primitiva concepción

de interdictos, que trae consigo la desaparición del ordo *judiciorum privatorum* —que tanto daño les hacía— luego viene a menos por los términos empleados para ellos en las constituciones del siglo 4o., que ya toma otro nombre y que significa restitución de momentánea posesión; esta idea de Constantino establecida por un edicto, ya es muy diferente a la del “unde vi” del antiguo derecho. Esta evolución es evidente, no se sabe cómo Savigny le dió tan escasa importancia. La analogía de esta concepción ya desglosada, con la concepción de Ihering, es bastante, además en esta forma, siguiendo a los romanos tras la interpretación de Ihering figura en nuestro Código de Procedimientos Civiles los interdictos en la posesión. Su fin fué práctico esencialmente, porque si la posesión es una institución que es necesario proteger no hay por qué hacerlo a medias, a unos si y a otros no, debe tener un carácter general. La concepción *unde vi* pecaba pues de incompleta, defecto que desaparece en la nueva. En todas las legislaciones del mundo con raras excepciones se siguió pues esta concepción de Justiniano respecto a los medios de defensa de la posesión, ahora, que quien la aplicó y modeló al día, fué Ihering, y con esto se acertó la prueba muchísimo, el defensor o poseedor sólo debía de probar su posesión desde la adquisición hasta el momento y el modo cómo se le trasmitió la posesión.

Refuerza su teoría, Ihering con conclusiones sumamente lógicas, hace ver como existe una correlación extensiva de la posesión y la propiedad, la misma que admitieron los romanistas. La posesión en relación con la propiedad está pues acorde con el derecho y sobre todo con los fines para los cuales éste existe. Más que nada tiene un gran carácter de certidumbre. Si la posesión tal como la concibe Ihering fuera una relación sin importancia jurídica que sólo tendría algo de este elemento por el solo hecho de estar proyectada hacia la propiedad, la concepción y consentimiento unánime que ve esta relación cambiaría por completo. La mayoría de los autores parten de la posesión y llegan como lógica consecuencia a su protección; Ihering por lo contrario parte de la propiedad, pasa por la protección posesoria y luego llega a la posesión en si. Es decir, que la posesión para él no tiene su fundamento en si misma, como la tiene para las teorías absolutas, sino que ésta se halla determinada por el fin práctico de la protección posesoria. La independencía de la protección posesoria frente a la existencia

de la posesión en sí, es decir en el caso de que una posesión pueda existir en la vida sin ser reconocida, se protege la posesión según Ihering por el interés que despierta la propiedad, caso que no se lo explicaría nunca Savigny.

Para Ihering pues hilvanados estos conceptos, los límites de la posibilidad para la propiedad son también de la posesión, ambos conceptos son paralelos.

Respecto a las condiciones interiores de la posesión, sobre su existencia, su nacimiento, y vida en general, Ihering la fundamenta tomando como dato el que la posesión es la exterioridad de la propiedad. Para hacer esta correlación Ihering exige dos condiciones: 1o. donde no hay propiedad no hay posesión, no se puede concebir la propiedad, porque la cosa no puede ser objeto de ella o porque la persona no puede ser sujeto, no podría el derecho proteger la posesión y esto, por deducción. Es inaceptable la condición de algunas teorías sobre que, para que la posesión exista es necesario una capacidad previa; lo que se trata es de reparar una injusticia no importa la persona sobre la que recaiga.

El 2o. aspecto interno de la posesión o condición, es para Ihering: "donde la propiedad es posible la posesión también lo es", y esto lo deduce Ihering de que la protección posesoria es complemento de la protección de la propiedad, porque su existencia lleva implícitamente una gran trabazón. Tan no se concibe la propiedad sin su correspondiente posesión, que los incapaces cuando tienen propiedades las poseen, directa o indirectamente pero las poseen. Algo parecido sucede con las personas jurídicas, que poseen por medio de sus representantes legales.

Examinada pues casi en todos sus aspectos la teoría de Ihering, se puede producir el juicio, que hecha una historia crítica de las teorías posesorias, la de aquel llena todos los vacíos que por diferencias de adaptación primero y de principio después, unido a un carácter de certidumbre, forma una verdad perenne, que pende en la realidad de la ciencia jurídica como un faro en las tinieblas. Por eso es que nuestros legisladores, justipreciando su obra, la han adoptado para nuestro Código.

d).—Cómo ha figurado este hecho en nuestro Código.

De la posesión se ocupan todos los códigos como la realidad viviente del dominio; los códigos alemán, argentino y brasileño colocan a la posesión antes de tratar de la propiedad, por conside-

rarla un concepto jurídico anterior; otras la colocan después, porque no creen que se puede llegar a ese concepto sin antes haber visto los derechos que pesan sobre las cosas, así lo han comprendido los códigos suizo e italiano; hay otros como el de Panamá que la coloca al medio. En cambio el código francés se ocupa en una sección aparte de la posesión, al tratar de la prescripción.

El código antiguo se guiaba de la idea ecléctica del derecho clásico, es decir con la concurrencia de los dos elementos tradicionales en la idea de posesión: el corpus y el ánimos; bebió la fuente española de Las Partidas, que exigía para la posesión la tenencia de la cosa con la ayuda del cuerpo y del entendimiento, esta es la tendencia que hasta hoy impera en los códigos Argentino y Francés imbuídos de la concepción saviniana. Así para el código Argentino, posesión es la acción que consiste en el poder de una persona sobre una cosa con el objeto de gozar de ella y de someterla al ejercicio de su derecho de propiedad; la concepción francesa agrega a la anterior, que una persona por sí o por otra puede gozar de ese disfrute.

El código alemán es concluyente y se coloca en la concepción de Ihering "el poder de hecho sobre la cosa".

El código del Brasil de donde se han sacado muchos de nuestros conceptos de posesión proviene del alemán y nos sirve a manera de intermediario, para él es poseedor "el que tiene de hecho el ejercicio pleno de alguno de los poderes inherentes al dominio". Hay que advertir que no hace distinciones, ese poder lo puede ejercer el propietario o el mero detentador.

El código suizo tiene una posición más moderada dentro de la teoría alemana "el que tiene el poder efectivo sobre la cosa", efectivo, por elemento económico.

El anteproyecto adoptó esta nueva fórmula en concordancia con nuestro C. de P. C. porque en aquella fórmula suizo-alemana es indiferente que la posesión sea la manifestación del derecho de propiedad, puede no serlo (Ihering, apoyó al detentador), concepto muy diferente al antiguo código. Además se agrega el término poseedor inmediato al actual y mediato, al verdadero.

En el código se autoriza la diferencia preconizada por Ihering entre el poseedor y el instrumento de su posesión, para evitar confusiones; se autoriza al poseedor para unir su posesión a la del poseedor anterior, pero para el sucesor o heredero hijo, por con-

ducto regular; y en esto hay un caso curioso, puede ser que su antecesor estuviera poseyendo de mala fé, el sucesor puede serlo de buena fé, y con este carácter es que se computa el término para la prescripción.

Con respecto a la percepción de los frutos, el código sigue la teoría romana. Analizando la protección histórica de la posesión el Dr. Oliveira encuentra que no es nueva en el Perú la protección posesoria al mero detentador, pues en el art. 163 del antiguo código de Enjuiciamientos Civiles, protegía al depositario, administrador, etc., mientras se pronunciara la sentencia del juez, y ellos hayan tenido en ese momento la posesión. Y el nuevo código de Procedimientos Civiles lo favorece con los interdictos; además el propio código civil antiguo, protegía contra su principio, al acreedor pignoraticio y al usufructuario, por encontrar necesarísima su protección en la práctica; luego pues, esta institución no es nueva en el Perú, por lo menos en la práctica.

El código nuestro aceptando la tendencia del ante proyecto ha seguido la tesis de Ihering sobre la concepción posesoria en todos sus aspectos más importantes, y ha despreciado la idea saviniana que al decir del Dr. Alvez debe de colocarse definitivamente entre las curiosidades históricas.

El Dr. Oliveira critica la fórmula suiza de poder efectivo sobre la cosa en la definición de posesión, él recomendó el poder de hecho por considerarla más propio, y es la que se ha seguido, no sin una oportuna observación del Dr. Olaechea que no se sabe por qué no se ha aplicado; él dice, que a la definición suiza debe de añadirse lo que hacen notar Rossel y Mentha, o sea la noción de "señorío", y esta idea al sentir del Dr. Olaechea justifica mejor la protección posesoria, tomando en cuenta la exteriorización de la apropiación económica de las cosas. Esto además implica como muy bien lo observa el ponente no una simple relación material con la cosa, sino una relación moral de la persona. Rossel y Mentha citan este ejemplo irrefutable: En el caso de una anciana dama, impotente, que pasea en su carruaje, es la dama quien posee efectivamente su equipaje y no el cochero que ejerce materialmente el poder de hecho, el cochero se vende por su librea de que no es el poseedor. El Dr. Olaechea cree interpretar aún más con este elemento en la definición, la idea de Ihering de exteriorización de la propiedad en la posesión.

No veo, a mi juicio por qué no se agregó este término. No es verdad que "señorío" nos traiga reminiscencias feudales, ni menos aún privilegios de fueros. Yo no veo por qué ha de confundirse con la idea de dominio, sólo en las Partidas hubo cierta confusión explicable por la transición del lenguaje. Me parece imprescindible la palabra "de hecho" en la definición, pero no veo en qué podía estorbar la palabra "señorío", conceptos ambos que se complementan en vez de repelerse.

A la vez se ha suprimido en la fórmula suiza aplicada a nuestro código tras las variantes brasileñas, el término "efectivo sobre la cosa" por encontrar el Dr. Oliveira el término "cosa" muy impreciso.

El código alemán se refiere a una cosa corporal, pero implícitamente también concede la protección a los casos más importantes de posesión *juris*; el código suizo sólo por excepción concede la posesión de los derechos.

El código alemán tiene un justiciero punto de vista en la protección del detentador dice "estaría conforme con la realidad de la vida, proteger la posesión del que ejerce poder efectivo sobre la cosa en lugar de otro". El nuevo código ha seguido esta idea protegiendo al poseedor temporal, art. 825.

Se ha seguido la fórmula romana contenida en el Digesto de que nadie puede cambiar la causa o el principio de su posesión.

De Suiza se ha sacado el concepto de que se reputa propietario al poseedor salvo prueba en contrario, base *iherigniana* por supuesto.

Del código de Napoleón se ha sacado la idea del art. 828, del poseedor que prueba haber poseído anteriormente. Habiendo una diferencia notable entre la posesión de los herederos a título universal y los herederos a título particular. Apoyan la primera tendencia casi todos los códigos, y esto es lógico, porque el segundo título de heredad crea una posesión completamente distinta de la que deviene, y si esto fuera realizable habría una prescripción constante en todas las posesiones, y prescripciones vencidas.

Sobre la defensa del poseedor y del empleo de los interdictos art. 831, no están de acuerdo los franceses —por supuesto— con los alemanes, este diferendo tiene como base un punto de vista doctrinal, que ya hemos visto.

La buena fé se presume art. 832, y esto lo acatan la mayo-

ría de los códigos del mundo, en materia de posesión, por constituir casi excepciones los casos de mala fé. Lo mismo en el pago de las mejoras necesarias, todos los códigos están de acuerdo (art. 835). No así para las mejoras útiles en que hay divergencia; porque algunas legislaciones le dan importancia al factor moral en estas diferencias.

El Dr. Oliveira dice que no se puede precisar cuándo una mejora es de una clase y cuál es de otra, aconseja un pago igual, apoyándose en el principio romano de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, art. 837. En las disposiciones sobre frutos sí se hace una distinción apreciable, como lo hacían los romanistas.

**Augusto VILLARAN DUANY.**