

II. La interdicción de la violencia como fundamento de la protección de la posesión	35
1. Falta de protección de la <i>detentio alieno nomine</i>	40
2. Falta de protección de la posesión de las cosas no susceptibles o de las personas incapaces de posesión	45
3. Protección de la posesión del <i>injustur</i> o <i>malae fidei possessor</i>	48
4. Falta de delito en los interdictos posesorios	50
5. Inutilidad de los interdictos posesorios considerados como acciones penales especiales al lado de las ya existentes	52
6. Las <i>condiciones</i> y la restitución de la posesión	53

La interdicción de la violencia como fundamento de la protección de la posesión

La opinión de Savigny es tan conocida, que apenas si considero necesario copiar sus propias palabras (1): «No constituyen-

consultos alemanes antiguos la institución correspondiente, con más o menos exactitud a la que llamamos hoy posesión, se designaba con el nombre de *Gewere*. Tal nombre, lo mismo que la palabra francesa *possession*, indicaba tres cosas distintas: 1.º poder de hecho que se tenía sobre un fundo; 2.º, el derecho que nacía de este poder de hecho, y 3.º, el fundo mismo sobre el cual recaía ese poder o ese derecho. Como la posesión, significaba un poder, un derecho y la cosa misma poseída». Teniendo en cuenta las exigencias del derecho romano, por virtud de las cuales la mera tenencia no acusaba posesión y la *Gewere* sí, se ve de cuán distinto modo se llegó a entender el asunto.

En las legislaciones positivas se refleja también esta variedad en el modo de entender la posesión. Por de pronto, se cuestiona por los tratadistas respecto del alcance de los preceptos del derecho romano, pudiendo verse en Van Wetter (*Traité de la possession en Droit romain*) un resumen de las diversas opiniones, y en cuanto a las legislaciones que más o menos han seguido al derecho romano, ya inspirándose totalmente en él, ya sufriendo su influencia, se nota bastante diversidad de pareceres. Entre las legislaciones actuales vigentes en Alemania, por ejemplo, calificase la posesión *cum animo domini* por el *Código civil austriaco* (art. 309) y el *sajon* (art. 186), así como por el *Proyecto de Código civil bávaro* (III, 1, art. 1.º) y el *Proyecto de Código civil alemán*. En cambio, el *Código Maximiliano*, como advierte el citado Lehr (pág. 144), llama posesión a la

(1) *Rechts des Besitzes (Derecho de posesión)*. Edición 7.ª, páginas 30-32.

do la posesión por sí un derecho, la perturbación de la misma no es en rigor un acto contrario al derecho: no puede llegar a serlo más que si a la vez se viola la posesión y un derecho cualquiera. Ahora bien: eso es lo que ocurre cuando la pertur-

simple tenencia de una cosa «para sí», por oposición a la tenencia, sin ánimo alguno. Lo mismo ocurre con el *Landrecht prusiano*, que califica de poseedor a quien tiene una cosa, con intención de disponer de ella «para sí», distinguiendo entre poseedor completo e incompleto. El *Landrecht badés* no exige del poseedor más que la intención de disponer de la cosa en su propio nombre y para sí. El Código sajón, a pesar de lo antes dicho, concede las acciones posesorias a quien quiera que tenga la cosa para servirse de ella, o a título de garantías. Entre los principales Códigos suizos, los de Berna (art. 349) y Zurich (art. 64), consideran como poseedor al que, sin el *animus domini*, tiene la cosa, como p. e., el usufructuario, el colono, el arrendatario. Se procura en estos Códigos distinguir la posesión que puede implicar la propiedad de la cosa, toda ella, el *dominio*, de la posesión de un derecho, que no supone dominio, sino tal o cual aprovechamiento de aquellos que la propiedad plena (directo y útil) entraña.

En el Código de Napoleón (art. 2230), se tiende a ver en la posesión el *animus domini*, y Laurent, rebatiendo a Troplong, cita estas palabras de Domat: «que la simple detención de una cosa no se llama posesión propiamente; no basta para poseer tener la cosa y que se tenga bajo su poder». Según el mismo Laurent, los redactores del Código no han reproducido la distinción de la posesión natural y civil (*Principes de Droit civil*, XXXII, 263). En cambio, de la definición del Código civil italiano (art. 685), así como de la de los Códigos italianos anteriores Parma, Nápoles, Albertino), en opinión del profesor Lomonaco, pueden distinguirse tres clases de posesión: *natural*, *legítima* y *de buena fe*, o sea, simple tenencia (garantida por el interdicto de recobrar), la posesión con *animus domini* y la que sirve de punto de partida y fundamento a la usucapción propiamente dicha.

Viniendo ahora a nuestro Código civil, en primer término tra a de la posesión como de relación jurídica independiente (*derecho real*), inmediatamente después de la propiedad (tít. 5.º del libro 2.º), y respondiendo luego al criterio impuesto por la base 11, distingue entre posesión natural y civil en esta forma (art. 430): «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos». Para esclarecer bien el concepto legal de la posesión en el Código civil, deben tenerse en cuenta los artículos 432, 433,

bación producida en la posesión es el resultado de la violencia: en efecto, siendo toda violencia injusta, contra esta injusticia es contra la que se dirige el interdicto. — Los interdictos posesorios suponen un acto que, por su misma forma, es injusto — El po-

438, 444, 446 y 447. Las copiamos para ver de qué suerte se regula la posesión en aquellos puntos que ahora estudiamos. Por de pronto, tenemos que «la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derechos para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona» (342): que se reputa poseedor de buena fe, al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide; y poseedor de mala fe, al que se halla en el caso contrario» (433): que «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseídos, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho» (438): que «los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión» (444): que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión, por los medios que la ley de procedimientos establece» (446); y que «sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio» (447).

De todo lo copiado se ve bien claramente que para nuestro Código, la posesión se ofrece obedeciendo a un criterio amplio, y que por *si misma*, no en atención a la propiedad plena, tiene un valor esencial. Amplitud y valor que aparece aún más claro, si relacionamos el art. 446 del Código con el 1651 de la ley de Enjuiciamiento civil, el cual dice que «el interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en *posesión o en la tenencia* de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido despojado de dicha *posesión o tenencia*».

Hay, pues, gran semejanza entre nuestro Código y la *Gewere* germana. Parece verse en el hecho de la posesión un estado jurídico digno de amparo y respeto, sin atender al *animus domini*, ni siquiera al *animus possidendi*, por más que esto, cuando se trata de seres racionales, es preciso suponerlo, pues de un modo implícito existe siempre, y la tenencia de una cosa lo supone, mucho más si se advierte la exigencia de la buena fe. Por donde a la cuestión antes planteada de si para que la relación subjetiva de la *posesión*, se convierta en relación social, reconocida y amparada, basta la mera posibilidad de disponer del objeto, las legislaciones

seedor tiene derecho a exigir que nadie le perturbe violentamente». No hay ahí violación de un derecho subsistente por sí, fuera de la persona, sino un estado de ésta que se encuentra modificado perjudicándola; y si se quiere reparar completamente, y en todas sus consecuencias, la *injusticia* resultante del acto de *violencia de que la persona ha sido víctima*, es indispensable restablecer o proteger el estado de hecho contra el cual la violencia se hubiere dirigido» (1).

todas, más o menos, exigen que la voluntad se manifieste con *intención*, suponiendo la *creencia* en el poder que al sujeto asista para *tenerlo*. Esta última condición, después de todo, es la revelación del carácter ético de la posesión jurídicamente considerada.

Si ahora, en breves términos, quisiéramos sintetizar de qué suerte el concepto romano de la posesión pasó a las legislaciones modernas, nada mejor que estas palabras del señor Azcárate, en su importante *Historia del derecho de propiedad* (T. 3.º, pág. 111.) «Conservan, dice, el concepto romano de posesión: *detentio rei corporalis animo sibi habendi*; y de aquí los dos requisitos: *corpus* y *animus domini*, esto es, la tenencia de la cosa y su retención en concepto de dueño. Pero se apartan, de un lado, en que mientras el derecho romano considera la posesión como un poder absoluto análogo a la propiedad, admitiendo sólo la que llama *cuasi-posesión*, respecto de determinados derechos reales, los Códigos modernos reconocen que lo mismo cuadra a éstos que al dominio, y de otro, en que el primero sólo ampara la *posesión civil* (la que conduce a la usucapción) y la *posesión* (la protegida por los interdictos); pero no la mera *tenencia*, mientras que muchos de los segundos conceden esta protección, si quiera sea pasajera y provisional, afirmando el principio de que, cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede perturbarla arbitrariamente. Además nótese que unos Códigos definen la posesión en su sentido más lato, determinando luego las varias especies de ella; al paso que otros, como el de Berna, siguiendo a los romanos, definen la que tiene mayor importancia jurídica».

Acerca de la diferencia entre la *Gewere* germana y la *posesión*, v. Ahrens. *Enciclopedia jurídica*, tomo 2.º, págs. 357 y siguientes (traducción española). Ahrens cita a este propósito a Allrecht. *La posesión (Gewere) como base del antiguo derecho real alemán* y Sandhas, *Ensayos germanistas*.—N. DEL T.)

(1) Savigny, *Rechts des Besitzes*, pág. 5.ª. Edición 7.ª de Rudorff. Viena, 1865; pág. 56.

La opinión de Rudorff (1) no se diferencia esencialmente de la de Savigny. En tanto que este último coloca el derecho a la protección contra la violencia en la persona del *poseedor*, y afirma expresamente (pág. 63) que «los interdictos posesorios tienen su fundamento en consideraciones de derecho privado», Rudorff acentúa el carácter público de la violencia, como «perturbación producida en la paz y en el orden públicos» relacionando la protección de la posesión con la prohibición de hacerse justicia por su mano (2). Claro es que este mismo punto de vista último puede conciliarse con el derecho privado del poseedor a ser protegido, como lo prueba muy bien el *Decretum Divi Marci*. Pero por otra parte resulta demasiado estrecho, cuando se advierte que la perturbación o despojo violento de la posesión no tiene siempre por objeto hacerse justicia por su mano; sino hablar de los otros casos de despojo ilegal de la posesión (*clam, precario*). Las dudas formuladas de diversos lados contra esta modificación de la opinión de Savigny (3) parecen haber inducido al autor a retirarla tácitamente (4), de suerte que po-

(1) *Zeitschrift gesch. R. W.* VII, pág. 90 y siguientes. (*Revista histórica de ciencias jurídicas*).

(2) Savigny, ob. cit., págs. 62-64.

(3) Savigny, *Apéndice*, pág. 575.

(4) Evidentemente, dado el fundamento de la protección de la posesión antes indicado, en cuanto ésta es condición esencial de la relación jurídica, y en cuanto es necesario respetarla por su forma exterior de derecho, las garantías que aun al llamado poseedor de mala fe conceden las leyes, no pueden descansar sólo en el derecho del poseedor, que siendo de mala fe no tiene derecho, sino en el principio del derecho social y transitorio que impide la violencia ejercida por la persona misma, y exige la intervención del poder constituido en representación del Estado, en una palabra, en el principio que impide a toda persona tomarse la justicia por su mano. Después de todo, esto mismo sirve para hacer ver el fundamento de la protección de la posesión *justa* y de los efectos jurídicos de la de buena fe, como puede verse, por ejemplo, en nuestro Código civil. (Capítulo 3.º, título 5.º del libro 2.º). Se atiende al elemento *ético*, inseparable de toda relación jurídica, y el cual supone *probidad in-tachable* en la persona, en tanto que en las garantías provisionales de la posesión de mala fe (no hay en rigor ahí verdadera posesión), se atiende,

dremos contraer de aquí en adelante el examen a la idea de Savigny.

Esta, indudablemente, a primera vista seduce y atrae; pero es que se olvida y se ignora el aspecto que reviste la posesión en el derecho romano. En un tratado de derecho natural tendría un lugar muy adecuado (I), mas en una obra que pretende exponer la teoría romana de la posesión, no puede menos de causar sorpresa profunda, porque, en rigor, es inconciliable con esta teoría y se presta desde todos los puntos de vista a la contradicción. La tentativa de llevar a la práctica legislativa semejante idea, engendraría un derecho de posesión que no tendría ni la más remota semejanza con la posesión romana. Paso a demostrarlo examinando los principales puntos de la teoría romana de la posesión.

I.—FALTA DE PROTECCIÓN DE LA «DETENTIO ALIENO NOMINE»

Si los interdictos posesorios descansan en la idea de una violación del derecho cometido contra la persona, no puede razonarse por qué han de ser negados a aquel que posee *alieno nomine*. ¿Qué es lo que la injusticia contra la persona tiene de comun con la manera según la cual posee? ¿Será por ventura menos lesionado el orden legal por la expulsión de un arrendatario que por la de un enfiteuta? La violencia siempre será violencia, importando poco contra quien se ejerce. Una acción

no tanto al derecho de la persona, cuanto a las condiciones del derecho en sí mismo, referidas a la prohibición de hacerse justicia por su mano.—(N. DEL T.)

(1) Y aun en este mismo supuesto será preciso, como advierte Randa (*obra citada*), que el despojo de la posesión sea en sí un acto injusto. «En sí misma la violencia no puede parecer injusta, sino en tanto que lesiona un derecho. En efecto, allí donde ningún derecho es lesionado, y hay sólo un cambio del estado de hecho, no puede haber cuestión respecto a evitar la injusticia de la violencia y sus consecuencias». Más adelante (IV) volveré sobre este punto.

que, como tal, esto es, independientemente de la persona lesionada, encierra ya una injusticia, no puede serlo o no serlo según la diversidad de los supuestos.

Escuchemos lo que Savigny replica a este propósito: «Una de dos, dice (p. 59), 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, pues que los del poseedor le bastan. En el segundo, si quiere invocarlos contra la voluntad del poseedor, sea contra el mismo, sea contra un tercero, no podría hacerlo, porque contravendría las relaciones obligatorias en que se basa su tenencia y que ponen a salvo todos sus intereses. ¿Convencerá esta deducción a nadie? Lo dudo (1). Savigny ha perdido ahí de vista su propia y personal idea de los interdictos posesorios. En efecto, si éstos son medios de protección frente a la injusticia ejercida contra la *persona*; si la relación posesoria no tiene más que una importancia subordinada, que se reduce al elemento de hecho de la situación, entonces no puede comprenderse por qué el detentador debe depender del poseedor para ser protegido contra una injusticia que le es personal. Es indiferente por completo «que los interdictos del segundo protejan suficientemente a ambos, y que por esto el detentador no los *necesite*» (2), desde el momento en

(1) V., en este sentido, Randa: *op. cit.*, nota 3.^a

(2) Todo esto nace de considerar la posesión mera *posesión civil*, como derecho real absoluto, y no poder descomponer, en la relación de propiedad, los derechos especiales, que sin implicar la propiedad con el dominio, entrañan, sin embargo, una relación de posesión. Recuérdese a este propósito lo que disponen los Códigos de Berna (art. 349), y Zurich (art. 64), y la distinción de nuestro Código entre tenencia y posesión; y entre tenencia y posesión de las cosas, y tenencia y posesión de derechos, así como las exigencias de la *ley de Enjuiciamiento civil* respecto al interdicto de retener y recobrar, que pueden esclarecerse comparando esta ley con la antigua, y viendo cómo en ésta se concedía el interdicto de recobrar, lo mismo al poseedor legítimo (el propietario al usufructuario), que al simple tenedor (inquilino, arrendatario, colono, depositario, etcétera); y según advertían los comentadores, señores Manresa y Reus: «Aun al que tiene la cosa por fuerza, clandestinamente o por ruegos».

que la perturbación de la posesión está, no en la posesión, sino en el derecho de la persona. La protección contra la injusticia de la perturbación no es cosa de oportunidad o de necesidad, sino una simple consecuencia. El *lesionado* será *protegido*: si ambos son lesionados, ambos deben ser protegidos; si uno sólo es lesionado, uno sólo debe ser protegido. Ahora bien; el que tiene la cosa, es quien debe serlo, en todos los casos, puesto que es el primero y más directamente molestado por la violencia. Y eso es lo que ocurre por virtud del interdicto *quod vi aut clam*; si el *opus vi aut clam factum* lesiona por igual el interés del arrendatario y el del arrendador, ambos tienen el interdicto (1). Pues bien; si se reflexiona que este interdicto supone un delito (2), se verá fácilmente lo que los jurisconsultos romanos hubieran debido decidir, de haber considerado los interdictos posesorios desde el mismo punto de vista.

Si los detentadores no tienen necesidad de un medio de protección independiente, ¿por qué les concede el derecho romano las *act. furti* y *vi bonorum raptorum*? (3). El motivo mismo por el cual, en opinión de Savigny, les negaba los medios posesorios, debería haberle hecho negar también esas dos acciones, y no es así; lo cual prueba que el derecho romano no ha dejado de ver la dirección *inmediata* de esos delitos contra el tenedor, ni la necesidad y la importancia de concederle contra ella una

«Pueden entablarlo -añadían- siempre que sean despojados violenta, o clandestinamente de la *posesión o tenencia*, y contra el que les haya causado el despojo, cualquiera que sea, aunque fuese el verdadero dueño de la cosa...»

Sabido es que la ley de Enjuiciamiento civil vigente, de los dos interdictos hizo uno solo (de retener o de recobrar), y que en ella se habla siempre de *posesión o tenencia* de cosas, dígase y derechos; pues la tenencia de la cosa debe, en todo caso, y para los efectos a que aquí se alude, implicar derecho.—(N. DEL T.)

(1) C. 12, *quod vi* (43, 24).

(2) L. 3.º, pr. *ibid.*, *facto tuo DELINQUETIS*; l. 1.º, § 2.º, *INJURIAM comministi*. Este interdicto compete hasta el hijo de familia. L. 6.º de O. y A. (44, 7), *injuriarum et quod vi aut clam*. L. 13, § 2.º, *quod vi*.

(3) L. 14, § 2.º; L. 85 de furt. (47, 2); L. 2.º, § 22, *vi bon* (47, 8).

protección también *inmediata*. Y no sólo la lesión *personal* es la que se toma en cuenta en esas dos acciones, y en el *interdictum quod vi aut clam*, sino que también el interés *real*, *patrimonial* del mantenimiento de la relación posesoria encuentra ahí su expresión *Praeterea*; dice la citada L. 14, párr. 2.º de *furt.*, *habent furti actionem coloni, quam vis non sint, quia interest eorum*; y en la L. 2.ª, párr. 22, *vi bon.* citada, la cosa recibida en comodato, en prenda, en locación, está comprendida en nuestro patrimonio, en el sentido de que sin ser por su naturaleza una cosa *in bonis*, se conceptúa como si se encontrase *ex bonis*, esto es, *ut ex substantia mea res ablata esse proponatur... ut inter sit mea eam non auferri*. Así ocurre que el locatario obtiene el *interdicto de migrando*, en virtud de la retención de las cosas inferidas, lo mismo respecto de las que le han sido prestadas o arrendadas, que de las que han sido depositadas en su poder, extendiéndose también a esas cosas la *hereditates petitio* (1).

Cuando el poseedor y el tenedor no están de acuerdo—dice Savigny—este último no puede invocar los interdictos, porque iría contra los fundamentos de las relaciones en que se apoya su tenencia. Pero aun suponiendo que el ejercicio de los interdictos contiene en sí una usurpación frente al poseedor, ¿qué importancia tiene ésta ante el autor de la perturbación? Este último no es juzgado más que según el alcance y medida de su propia acción, y no puede deducir un derecho de las relaciones obligatorias que existen entre el tenedor y el poseedor (2). Si

(1) L. 2.º de *migr.* (43, 32); L. 19 pr. de *her. pet.* (5, 3).

(2) Independientemente del derecho romano y de todo derecho positivo, nos parece que la opinión de Ihering responde, más que la de Savigny, al concepto del derecho, considerado éste como relación que siempre se establece entre la finalidad racional y la conducta libre de los seres. Así, en el caso a que Ihering se refiere, la relación jurídica está entre el mero tenedor y el que la perturba: es decir, que aquí el tenedor (ser de fines), es el que no puede ni debe consentir la violencia ejercida por un tercero respecto de los derechos que tiene, y el cual, al violentarla, le niega la condición jurídica. La conclusión de que el «autor de la violencia no puede deducir un derecho de las relaciones obligatorias que existen entre el tenedor y poseedor», indica el profundo sentido jurídi-

en algún caso pudiera eso suceder, sería en el de expulsión del arrendador por el arrendatario, porque entonces la violación del lazo obligatorio es indudable y flagrante; y, sin embargo, el derecho concede sin dificultad los interdictos al arrendatario, que se ha convertido en poseedor (I), y el tercero, que, según Savigny, viniese a oponer las obligaciones que existieran entre el arrendatario y el arrendador, no sería oído.

En suma: la tentativa de Savigny para refutar las objeciones que puedan ser dirigidas contra su teoría de la falta de protección del tenedor, queda completamente frustrada. Es una extraña ironía del destino literario (de que por lo demás se encontrarán numerosos ejemplos en el mismo Savigny, a pesar de su gran genio) el que el restaurador de la teoría romana de la posesión, haya enunciado, para dilucidarla, una idea que está con tal teoría en contradicción irreconciliable, y que al propio tiempo haya levantado la oposición más viva contra una aparición moderna que en la esfera de la posesión se produce, y que precisamente contiene la realización histórica de su idea; añadimos al *summaris inius* y a la *actio spoli*. Aquel que veía en la perturbación y en el despojo de la posesión una injusticia contra la persona, debería aplaudir esos dos remedios legales concedidos a todo poseedor, sin atender a la calidad de su posesión, y saludarlos con gozo, como realización de su idea. Pues

co de Ihering, y cómo, a pesar de las limitaciones que aún se notan en su concepto del derecho para ver éste como relación ética que descansa en la intención reflexiva, rompe ciertas trabas que impone el derecho positivo considerado como derecho objetivo, real y respetable en sí, para no ver el derecho sino en la vida y siempre en la conducta y en cada relación: en este caso, en la relación especial y concreta entre el tenedor y el que intenta turbarle (negar el derecho) en la tenencia de la cosa.

Nuestras leyes (el *Código civil*, artículos citados, y la *Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1651 a 1662), responden en parte a esa *desintegración* del derecho, por cuanto, según hemos indicado, descomponen y garantizan las relaciones jurídicas que implican posesión, sin implicar dominio. (N. DEL T.)

(1) L. 12 de vi (43, 16).

bien: Savigny los considera como una aberración científica, como un absurdo! Por lo demás, quien así se expresa y lucha por conservar la pureza del derecho romano, debería combatir como nadie la proposición, según la cual, los medios de protección de la posesión se reducen a una protección de la persona. Ahora bien: Savigny, no sólo ha enunciado tal proposición, sino que la ha mantenido durante medio siglo.

2.—FALTA DE PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS NO SUSCEPTIBLES O DE LAS PERSONAS INCAPACES DE POSESIÓN.

a) *Las cosas.*—No puede ofrecerse el problema de la posesión ni de la protección de la posesión, de las cosas *extra-commercium*. ¿Por qué no? Desde mi punto de vista, esta cuestión podrá ser resuelta en las páginas siguientes de una manera satisfactoria. En efecto, esas cosas no son susceptibles de propiedad; ahora bien, la posesión no es otra cosa que la exterioridad de la propiedad, y debe, por tanto, cesar allí donde la propiedad no puede concebirse (1). Pero desde el punto de vista sos-

(1) Tal, en cierto respecto, parece ser el sentido de nuestro Código civil, el cual, en su art. 437, dice: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Artículo que es preciso relacionar con el 338, según el cual, «los bienes son de dominio público o de propiedad privada»; y son de dominio público, según el artículo 339: «1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, torrentes y puentes, construídos por el Estado; las riberas, playas, radas y otros análogos. 2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión». Estas cosas, por tanto, no son susceptibles de posesión *legal*, y que produzca efectos *legales*, porque no son susceptibles de propiedad particular, con lo cual parece que podrá aquí considerarse la posesión según Ihering dice, pero aún sería fácil argumentar que sin atender para nada al dominio, por las mismas razones que se reputan ahí, las cosas, como inadecuadas para la relación total de propiedad, son inadecuadas para aquellos actos que implica la mera posesión (uso, aprovechamiento

tenido por Savigny, esta proposición no puede ser explicada en manera alguna.

En efecto, si la lesión de la posesión no adquiere importan-

de las cosas sin la exclusiva y las consecuencias del dominio pleno). Esto aparte de que, en este caso, al determinar la imposibilidad de la posesión, o más bien, al negar los recursos que la amparan, se restringe naturalmente el concepto de la posesión, por una parte, a la que pueden tener las personas en concepto de tales frente y en distinción respecto del Estado, y por otra a la ordenación social de la misma conforme con el criterio positivo que regula la propiedad. Basta tener en cuenta el cambio sufrido en las legislaciones por las cosas *extra commercium*, cambio que implica la situación temporal de determinados bienes, más que la *incapacidad* natural de los mismos para ser poseídos. En rigor, todo lo que se dice aquí de los bienes susceptibles o no de apropiación, y que es causa de la distinta capacidad en las cosas para ser objeto de posesión con efectos legales, responde a un cierto criterio *positivo* muy limitado de la propiedad; pues declarar cosas *inapropiables*, las de dominio y uso público, o bien las *comunes*, como hacen los autores, es no ver la relación de propiedad que la Nación, como tal, tiene con respecto de los primeros, y no ver que respecto de los segundos se establece en el uso constante de todos los hombres la relación esencial de propiedad, que consiste en «aplicar las condiciones naturales a su fin correspondiente» (Giner), aquí a la satisfacción de nuestras necesidades materiales mediante el desarrollo de la actividad obrando la naturaleza.

Pero, prescindiendo de esta consideración filosófica, lo cierto es que la ley positiva limita el concepto de posesión en la forma dicha, y aún más, consecuencia en el fondo de esto mismo y del criterio *privilegiado* que el Estado tiene, a la vez que los bienes de dominio y uso público *extra commercium*, en la regulación de las relaciones de posesión y de propiedad de la Administración como poder, se rompe con la ley general, y, por ejemplo, no se ampara la posesión de los particulares con el interdicto frente a la Administración, cuando obra ésta en el círculo de sus atribuciones, habiéndose sostenido en el Senado español (*Diario de Sesiones*, 8 de Abril y siguientes, 1892) que en ningún caso deben concederse aquéllos ni aun cuando el particular esté en posesión por más de un año; doctrina que no prosperó, afortunadamente. Acerca de este punto debe verse la discusión habida en el Senado (Abril, 1892). Se ha tratado también por A. Posada, REVISTA DE LEGISLACION, 1892, artículo *Interdictos contra la Administración*. V. Azcárate, *Historia del derecho de Propiedad*, tomo 3.º Véase respecto de Italia, Ricci, *Corso teorico-prattico de Diritto civil*.—(N. DEL T.)

cia jurídica, sino en tanto que encierra una injusticia contra la persona, la cualidad de la cosa no tiene ningún valor; poco importa que sea mueble o inmueble, susceptible o no susceptible de propiedad. Es en rigor tan indiferente, como investigar si un asesinato se ha cometido cerca de una casa o de un seto, bajo un haya o bajo una encina. Si la idea de Savigny fuese exacta, debería aplicarse a la posesión la decisión que contiene la L. 13, párrafo 7.º de *inj.* (47, 10) para la *actio injuriarum*, la cual prescinde por completo de la cualidad jurídica particular de la cosa. Que se me impida hacer uso de mi propia cosa, o de una *res publica* (*in publicum lavare aut in cavea publica sedere, etc.*), o de una *res communes omnium* (*in mari piscari*), es perfectamente indiferente; yo tendré siempre la *actio injuriarum*. Que no se diga: el poseedor de una *res extra commercium* no tiene interés en la cosa, o comete una injusticia poseyéndola y la injusticia no puede ser protegida; porque no se puede decir lo mismo del ladrón o del bandido (1), y, sin embargo, se les conceden los interdictos posesorios. Además, aunque no fuese exacto en cuanto a la *res sacrae publicae*, no se puede decir lo mismo en cuanto a todas las *res extra commercium*. En efecto, la *res religiosa* se encuentra con respecto a quien pertenece (*ad quem pertinet*) en relación análoga a la de propiedad: él tan sólo está autorizado para usar de ella conforme a su destino: tiene, como el poseedor, la facultad de excluir a cualquier otro; en una palabra, tiene en esa relación interés jurídico reconocido y protegido (2). En caso de perturbación violenta de esa relación, concurren en

(1) Así no se les concede ni aun cuando se les ha robado a ellos mismos la cosa, la *actio furtive* (v. la L. 76 § 1.º de *furtive*), 47, 2): *si honesta ex causa interest*, (v. también L. 12, § 1.º *ibid.*, *Nemo improbitate sua consequitur actionem* y la *act.*, *ad exhibendum*. L. 3.ª § 11, *ad exk.* La acción de división de herencia no se extiende a lo adquirido *vel vi out latrocinio aut aggressura*. L. 4.ª § 2.º, *fam. cre*) (10, 2).

(2) Los textos en que me apoyo están en mi *Espíritu del Derecho Romano*, III, pág. 335; se puede añadir el de Orelli, *Corp. inseri.*, número 4358, señalado por Rudorff, sobre Savigny, ley citada, pág. 604, y en el cual se trata de la tradición de un monumento funerario (*in vacuam possessionem— ire aut mittere*).

verdad las condiciones que, según Savigny, bastan para los interdictos posesorios, y, sin embargo, se niegan éstos al derechohabiente (1) concediéndole otros medios de protección. Lo mismo ocurre entre el padre y el hijo. El interés para aquél, así como la injusticia de la parte contraria, ¿eran menores, cuando quien retenía era un hijo, que cuando era un esclavo? Y no obstante, en este último caso se le concedía el *interdictum utrubi*, un interdicto posesorio, mientras que en el primero debía hacer uso de interdictos especiales (*de liberis exhibendis* y *ducendis*).

b) *Capacidad de poseer en las personas*.—Como es sabido, los esclavos y los hijos de familia son en derecho romano (2) incapaces de poseer. Según Savigny (pág. 126), «esta proposición resulta evidente de la regla general por virtud de la que el hijo de familia no puede tener derecho alguno patrimonial». ¡Perfectamente! Pero, ¿cómo armonizar semejante explicación con la idea de Savigny, según la cual en la posesión, no es el patrimonio lo que se protege, sino la persona? Si fuese cierto que los interdictos posesorios nacen del delito, hubiera sido imposible negárselos en absoluto al hijo de familia, pues tendría derecho a ellos con el mismo título que según la L. 9.^a de O. et A. (44, 7). *Suo nomine nullam actionem habet nisi INIURIARUM et QUOD VI AUT CLAM et depositi et commodati*.

3.—PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN DEL «INJUSTUS O MALAE FIDEI POSSESSOR»

He aquí, a mi modo de ver, una contradicción más, todavía, e insoluble, dada la opinión de Savigny. Si se niega al ladrón y al bandido la *act. furti* y la *act. legis Aquiliae* (3), ¿cómo hubieran

(1) L. 30, párrafo 1.º, *de poss.* (41, 2).

(2) L. 49, párrafo 1.º, *de poss.* (41, 2).

(3) L. 12, § 1.º; L. 76, § 1.º, *de furt.*, (47, 2); L. 40 § 6.º, *arg.*; L. 17, *pr. ad leg. Ag.*, (9, 2). Pero se les concedía las acciones de contrato, p. e., la *ad commodati*, L. 15, 16, *Commod.*, (13, 6); la *act. depositi*, L. 31, *Dep.*, (16, 3).

podido concedérseles los interdictos posesorios si se hubiera visto en éstos acciones penales? Que se compare la manera de expresarse los jurisconsultos en la L. 12, § 1.º, y en la L. 76, § 1.º, *de furt. cit. Furti actio*—dice la L. 12—*malae fidei possessori non datur, quam vis interest ejus rem non subripi, quippe, cum res periculo ejus sit, seã nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam melae fidei furti actio datur*; y la L. 76, § 1.º: *nam licet inter sit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem si HONESTA EX CAUSA INTEREST*. Aquí todavía nos pone Savigny frente a un enigma irresoluble, no habiendo hecho tentativa alguna para conciliar con su idea esos pasajes, de los cuales, por lo demás, se sirve él mismo con otro fin contra sus adversarios (p. 65). Si el propietario se apodera clandestinamente o por violencia de la cosa de manos del *malae fidei possessor*, o si la destruye, este último no tiene contra aquél ni la *condictio furtiva*, porque presupone la propiedad, ni la *act. furti*, porque presupone el interés; ni la *act. legis Aquiliae* porque presupone un derecho sobre la cosa, o a lo menos la *bonae fidei possessio*: el propietario robado rechazará la acción del delito prevaliéndose simplemente de su propiedad (1). Si, por el contrario, el *malae fidei possessor* se sirve de un interdicto posesorio, según puede hoy hacerlo para los muebles como para los inmuebles, despues que Justiniano equipara por completo los *interdictum uti possidetis* y *utrubi*, entonces el defensor no será admitido a exceptuar su propiedad, y la *malae fidei possessio* del demandante no será cuestionable sino en tanto que la *exceptio vitiosae possessionis* sea fundada frente a él. ¿Quién no percibe ya que el punto de vista de la apreciación es diferente en ambos casos? En el primero, es el del delito el que impera; en el segundo, otro bien distinto.

(1) De la propia suerte rechaza *act deposite* del Candrou, L. 31, párrafo 1.º; *Dep.* (16, 3), i. f.

4.—FALTA DE DELITO EN TODOS LOS INTERDICTOS POSESORIOS

No puede reconocerse materia de delito sino en un solo interdicto, en el *interd. unde vi*; debe negarse en todos los demás. Savigny (p. 31) quiere justificar su existencia en el *interd. de precario*, diciendo que «es injusto en sí abusar de la buena voluntad de otro, como es injusto recurrir a la violencia para apoderarse de una cosa». Pero si tal aserto fuera exacto, también se deberían llamar acciones penales la *condictio ex mutuo*, la *act. commodati* y la *act. praescriptis verbis* posible, fundada en el *Precario*. El *interdictum de precario* puede, ciertamente, revestir carácter penal por el *dolus* del que tiene la cosa en precario (1), lo mismo que en la reivindicación (por el *dolus praeteritus* del poseedor); pero esta simple posibilidad no convierte el interdicto ni la reivindicación en acciones penales. Prescindiendo de tal circunstancia, aquél se dirige de la propia suerte contra el heredero que contra el testador. (2)

¿Podrá afirmarse que la negativa de restituir encierra necesariamente *dolus*? De ningún modo. Supongamos, por ejemplo, que el heredero o tutor del que tiene en precario y el cual se ha vuelto loco, no tienen noticia del mismo, o que el que tiene la cosa en precario aprende entre tanto que es el propietario. En este último caso, está en su pleno derecho al negar la restitución, *ideirco quia receptum est, rei suae precarium non esse*. (3).

(1) Resulta que el heredero de quien tiene la cosa en precario no responde aquí, como en los demás casos, del delito del testador sino de la riqueza. L. 8.^a, § 8.^o, *de prec.*, (43, 26).

(2) L. 8.^a § 8.^o, cit. *heres ejus, qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse*.

(3) L. 4.^a § 3.^o, *ibid.*; L. 45, pr. De R. J., (150, 17); L. 21, *de usuc* (41, 3); L. 31 § 1.^o, *Dep.*, (16, 3). La prueba de la propiedad establecía *ipso jure* la falta de fundamento del *intd.* V. mi *Geist des R. R.* (Espíritu, del derecho romano), III, págs. 65, 66.

De los dos interdictos *retinendae possessionis*, hay uno el *interd. utrubi*, bajo la forma que tenía antes de Justiniano, que resiste a cuantos esfuerzos pudieran hacerse para ponerle en armonía con la idea de Savigny. Sabido es que este interdicto podía dirigirse, no sólo contra aquel que inmediatamente había sustraído la posesión al demandante, sino también contra tercero, aun contra el *bonæ fidei possessor*: la única condición exigida era que el demandante hubiera poseído durante el año anterior más tiempo que el defensor, a contar desde el momento en que la acción se insinuase. Savigny no se ha pronunciado nunca, que yo sepa, sobre la manera de conciliar este interdicto con su opinión; si lo hubiera intentado se habría convencido de la imposibilidad de su empresa. En los dos sitios donde debería haberlo hecho (págs. 31 y 49), deja nuestro interdicto en silencio; y cuando caracteriza los *interdicta retinendae possessionis*, insiste sobre la condición de la *lesión violenta* de la posesión (pág. 400), e invoca en lo que concierne al *interd. utrubi* las palabras *vim fieri veto*, de la fórmula de la L. 1. *pr. utrubi* (43, 31); al tratar más singularmente de este último interdicto, añade que no encuentra acerca de este punto «nada especial que hacer notar» (1). Pero ¿cuál era el sentido de las palabras *vim fieri veto*? No era evidentemente necesario que ocurriese una violencia para que se pudiera intentar el interdicto, sino más bien que el defensor no pudiese oponer violencia alguna al demandante cuando éste quisiera apoderarse de la cosa (*quominus is eum ducat*). La violencia no era, pues, una condición de este interdicto, como no lo era para los numerosos interdictos no posesorios que estaban provistos de la misma fórmula. De otra suerte, el Pretor, en lugar de hablar para el porvenir, hubiera debido hablar del pasado, como, por ejemplo, en el *interd. quod vi*

(1) El mismo Rudorff, que es tan versado en el conocimiento del sistema formulario romano, y de quien se habría debido esperar una demostración más concluyente de la inadmisibilidad de este argumento sacado de la fórmula, no encuentra nada que decir en ella; a lo menos yo no encuentro observación alguna por su parte en la continuación del pasaje citado (pág. 400, nota).

aut clam: quod—FACTUM EST, o en el *interd. unde vi: unde*—DEJECISTI.

Habr  de permitirse ser breve en cuanto al *int uti possidetis*, en atención a las diligentes investigaciones de que ha sido objeto en estos últimos tiempos (1). No es verdad que «la lesión violenta de la posesión» sea una de las condiciones de este interdicto (Savigny, pág. 400). La investigación del Juez: *num vis facta sit contra edictum Pr toris* no es para *antes*, sino para *después* del otorgamiento del interdicto. Este podía invocarse sin dificultad por ambas partes en el caso de una controversia sobre posesión (*controversia de possessione*) completamente pacífica y exenta de todo género de violencia, como, por ejemplo, si se tratase de saber, entre dos pretendientes a una herencia, cuál había tomado primero la posesión de un fundo hereditario, ejemplo éste en el que Ulpiano (L. 1.   3, *uti poss.*, (43, 17) igual que Gayo (IV, 148) encuentran el punto de partida para la exposición de este interdicto. Según Savigny, si se invocase en este caso debería ser rechazado.

5.—INUTILIDAD DE LOS INTERDICTOS POSESORIOS CONSIDERADOS COMO ACCIONES PENALES ESPECIALES AL LADO DE LAS YA EXISTENTES.

Si fuese cierto que el Pret r quería por los interdictos posesorios crear tan sólo una nueva especie de acciones contra delitos, en vano sería que se tratase de justificar la utilidad de su innovación, puesto que las acciones existentes bastaban de un modo suficiente: para la perturbación en la posesión, el *interdicto quod vi aut clam* y la *actio injuriarum* (2); para la sustrac-

(1) Véase sobre todo Hermann Witte. El *Interdictum uti possidetis*, Leipzig, 1863, y especialmente, págs. 40 y siguientes.

(2) Véanse ejemplos del primero en L. 7.   5, 6, 9, 10, L. 6, 11, etc., *Quod vi* (43, 24); de la segunda en L. 13,   7, *de inj.* (47, 10) y Paulo S. R. V. 6,   5.

ción de la posesión la *actio furti*, que en el derecho antiguo se extendía hasta las mismas cosas inmuebles (1), y abarcaba a la vez la sustracción clandestina y la violenta (2), pudiendo en caso de necesidad comprender hasta el mismo tenedor de una cosa en precario (3).

6.—LAS «CONDICIONES» Y LA RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN

Nadie hasta Bruns (4), en estos últimos tiempos, ha llamado la atención sobre ellas, habiendo hecho notar, (pág. 416) «que no se concilian con la teoría de Savigny». La posesión aparece ahí como objeto y base independientes de la acción, y fuera de toda violencia; por lo cual es absolutamente imposible sostener que en el pensamiento de los romanos sólo la violencia es la que da a la posesión su importancia jurídica.

Resumiendo todo lo que precede, en una sola proposición, diremos que la teoría de Savigny atribuye al Pretor la creación de *acciones penales*.

1) Que eran *perfectamente superfluas* al lado de las introducidas ya por el derecho civil (núm. 5).

2) Esas acciones no eran *concedidas* a aquellos a quienes debieran *concederse*, según los principios que se refieren a las acciones (núms. 1 y 2).

3) Por otra parte, se *concedían* a aquellos a quienes hubieran debido ser *negadas*, según los mismos principios (núm. 31); y, por último,

4) Exceptuando una sola, en ninguna puede descubrirse el más leve rastro de un *delito*.

(1) Gellio XI, 18, § 13.

(2) L. 1, *vi bon* (47, 8) Gayo, III, 209.

(3) Gof. Gell. Loc. cit. con L. 66, pr. 67, pr. *de furt.* (472).

(4) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.*—Tübinga, 1848, págs. 27 y siguientes.