

1.ª PARTE

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA

I. Ojeada general.....	29
1. <i>Teorías relativas</i>	32
2. <i>Teorías absolutas</i>	34

PRIMERA PARTE
EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

Ojeada general

¿Por qué se protege la posesión? Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué, pues, se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada a la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien, ¿cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?

Cuando una institución existe después de siglos, ningún hombre dotado de juicio imparcial puede sustraerse a la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos, y de hecho, la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta seriamente en duda. Pero se está muy lejos de haber llegado a un acuerdo unánime respecto de sus motivos.

Algunos autores, especialmente los antiguos, eluden por completo el problema; se conforman, como sucede a menudo, con el hecho consumado. Pero si existe hecho alguno necesitado de explicación, es éste de seguro. Así lo comprendió Savigny y por eso procuró explicarlo. Su respuesta, sin embargo, a pesar de la aprobación que al principio encontrara, no ha podido al fin sostenerse, intentándose en diferentes ocasiones resolver el problema de distinta manera; y así quiero yo ahora intentar a mi vez buscar una nueva solución. El interés del asunto no es en modo alguno privativo de la filosofía del dere-

cho y del arte político legislativo, como a primera vista pudiera creerse, sino que tiene una gran importancia dogmática, y espero demostrar que su solución exacta es no sólo la primer condición para la buena inteligencia de la teoría posesoria toda, sino que también conduce a resultados prácticos importantes.

La circunstancia de que las soluciones dadas a esta cuestión no han sido hasta la fecha reunidas en vista de una crítica general, y para ser sometidas a un juicio exacto, me obliga a dedicarme ante todo a esa tarea (1). He procurado clasificar tales soluciones, análogamente a las teorías del derecho penal, distinguiendo así las teorías *absolutas* y las teorías *relativas*.

Las teorías *relativas* de la posesión investigan el fundamento de su protección, no en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños a ella; no es protegida sino para dar a otros la plenitud de su derecho; por sí misma la posesión no puede concebirse.

Las teorías *absolutas*, por el contrario, tratan de concebir la posesión considerándola en sí misma y por ella misma: La posesión no debe su protección y su importancia a consideraciones y puntos de vista que le sean extraños, sino que por sí misma es por lo que pretende ser reconocida jurídicamente, y el derecho no puede negarle este reconocimiento. Una de estas teorías encuentra el fundamento jurídico de la posesión en la *voluntad*. La posesión es la voluntad en sí, el hecho, pues, por el cual la voluntad humana se realiza sobre las cosas, y que debe ser reconocido y respetado por el derecho sin examinar si es útil o dañoso; es un derecho primordial de la voluntad el de que se reconozca la posesión, tanto por el legislador *in abstracto*, como por el Juez *in concreto*, cuantas veces tengan que ocuparse de ella. En suma, el poseedor puede reclamar el reconocimiento de la protección con el mismo derecho que el propietario. A esta necesidad de proteger la posesión, fundada

(1) Debe hacerse, no obstante, mención especial de Randa. *Der Besitz nach österr. Recht.* (La posesión en el derecho austriaco.)

en el carácter *ético* de la voluntad, se opone otra teoría con la necesidad *económica* de la posesión. La posesión es tan económicamente necesaria como la propiedad; ambas no son sino formas jurídicas bajo las cuales se realiza el destino económico de las cosas para satisfacer las necesidades de la humanidad (1)

Según esos dos puntos de vista diferentes, agrúpanse a continuación las varias opiniones que existen, sin ocultar, por lo demás, que no puede hacerse tal cosa con la precisión y claridad que son posibles cuando se trata de las teorías del derecho penal.

(1) Consideramos oportuno no dejar pasar sin la debida aclaración crítica esta oposición que desde luego se propone entre lo *ético* y lo *económico* de la posesión como de la propiedad por los autores, y que suele servir para que resulten dos conceptos diferentes, según se trate de *jurisconsultos* o de *economistas*.

En efecto, aun cuando quepa distinguir en la posesión el aspecto *ético* del *económico*, no son fundamentalmente opuestos, a no ser que se tome lo económico en el sentido de la utilidad indiferente de la motivación moral del obrar (de la conducta). Mas como lo económico al cabo se revela como la relación de medio a fin de la actividad humana (exteriorización de la voluntad), con la naturaleza física, para aprovechar los medios que ésta ofrece como condición de que depende la satisfacción de necesidades racionales, no puede aquella actividad ser de cualquier manera, sino siempre según el derecho y la moral, es decir, según las exigencias que impone a la conducta del hombre el ser persona, esto es, ser de razón. Por eso, en cuanto la *posesión* es el primer *paso* de la voluntad *exteriorizándose*, para obtener los medios que son la condición del cumplimiento de una relación jurídica (no *meramente* de la propiedad de las cosas materiales), si por una parte, tratándose de la propiedad, se funda en la exigencia racional económica, por otra se legitima tan sólo en vista del carácter racional de esta misma exigencia, que es la que determina al sujeto de razón a obrar, como ser jurídico. Por donde se ofrece el aspecto *ético* necesario de la posesión, el cual quizá explica, mejor que otras hipótesis examinadas en el texto e inspiradas en el derecho romano y en los prejuicios del derecho positivo, su *protección*, así como sirve para distinguir al ladrón que tiene materialmente la cosa, del que la tiene en justicia (poseedor) o la tiene bajo la creencia sincera de un derecho a ella (*bona fides possessor*).—(N. DEL T.)

Por otra parte, la distinción ha sido hasta aquí tan poco acentuada, que se encuentran en ciertos autores los ecos de los dos sistemas a la vez (I). Quizá este ensayo contribuya a arrojar alguna luz, por lo menos, sobre ese punto.

I.—TEORÍAS RELATIVAS

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino

1) En la interdicción de la *violencia*.

a) Savigny acentúa principalmente el motivo *juridico privado* que asiste al *poseedor*. (La perturbación posesoria es un *delito* contra el poseedor.)

b) Rudorff, por el contrario, se fija más en el motivo *juridico público* que asiste a la *comunidad*. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el *orden juridico*).

2) En el gran principio de derecho, según el cual, «nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su prerrogativa». (Thibaut).

3) En la *prerrogativa de la probidad*, en virtud de la cual se debe suponer hasta prueba en contrario, que el poseedor que *puede* tener un derecho a la posesión, tiene en realidad ese derecho (Röder) (2).

(1) Puchta, *Vermischte Schriften (Misceláneas)*, p. 265; Trendelenburg, *Neuer recht auf dem Grunde der Ethik* (Derecho natural fundado en la Etica), 2.^a edición, Leipzig, 1868, § 95; Gans. V. más adelante.

(2) A esta misma opinión se inclina Ahrens, el cual en su *Curso de derecho natural* dice, después de haber afirmado que la posesión es algo más que el mero poder de hecho, lo siguiente: «No obstante, cuando hay por parte de una persona el poder de hecho sobre un objeto o la *detención* unida con la *intención (animus rem sibi habendi)* de tener el objeto para sí, la reunión de estas dos condiciones esenciales basta para constituir la posesión y ella misma puede regular sus relaciones jurídicas bajo la presunción de que habrá regulado estas relaciones en conformidad con el derecho objetivo; lo que es consecuencia de este otro principio del derecho personal: que cada uno debe ser considerado como hombre honrado y probo mientras no se demuestre lo contrario: *quilibet prae-*

4) En la *propiedad*, la posesión es protegida:

a) Como propiedad *probable* (o posible); tal es la opinión antigua.

sumitur bonus fidei ac justus donec probetur contrarium (pág. 275, traducción española).

Ahora bien; según advierten los señores Giner y Calderón (*Resumen de filosofía del derecho*, pág. 218), en el supuesto de las opiniones de Röder y Ahrens, la posesión vendrá a ser un caso de presunción jurídica (presunción *juris tantum*). Y así parecen ver la posesión los mismos citados filósofos españoles. «La relación, dicen, en que el sujeto se coloca respecto del objeto de que dispone, es una manifestación de voluntad. Ahora bien, debe suponerse conforme al principio general que presume *intachable* a toda persona... que esa manifestación subjetiva concuerda con el orden de derecho, que es justa. Esto constituye una presunción jurídica de las que denominan los jurisconsultos presunciones *juris tantum*, susceptible como tal de ser destruída por una prueba en contrario. Pero en tanto que esta prueba no se produce, subsiste la presunción de esa armonía entre el hecho y el derecho, y en ella se funda el amparo de la posesión». Sobre esto de la *presunción* hablaremos más adelante; ahora diremos que, en rigor, si bien la posesión en sí misma encuentra su fundamento, según ya dijimos en la nota anterior, en cuanto es condición necesaria en general para cumplir el fin de la vida racional en el derecho y en cuanto es, dentro de toda relación jurídica, el primer momento, y en la de propiedad, el comienzo de ésta, como dice Gans, la posesión no tiene derecho a ser amparada y protegida, sino en cuanto *es* efectivamente el sujeto de ella *intachable, proba*, como dicen Röder, Ahrens y Giner. Si no lo *es* no hay posesión. Es preciso distinguir en la protección: 1.º, la de la posesión en general, que descansa en la consideración de que la posesión es un momento esencial, una circunstancia precisa de la vida jurídica; 2.º, la del poseedor en *concreto*, que se funda: a), en la necesidad de respetar los efectos que de la posesión como momento esencial jurídico nacen, y que sólo el sujeto activo del derecho (persona) puede reconocer; y b), no en la *presunción*, sino en la *necesidad de ver* la probidad de la persona que posee, porque no se revela a la apreciación de otra suerte. Téngase en cuenta que la protección al poseedor se le dispensa *siempre que sea* o resulte (como si lo fuese para el caso) poseedor de *buena fe*, y mientras resulte realmente en la producción exterior de la conducta que lo es. Es decir, que si por una parte la protección posesoria atiende a la institución de la posesión en sí misma, en la manifestación *concreta* de cada posesión (*el hecho*) se funda en el aspecto *ético* que se revela por los datos al sentido.—(N. DEL T.)

- b) Como propiedad que *empieza*. (Gans).
 c) Como complemento necesario de la protección de la propiedad; tal es mi opinión.

2.—TEORÍAS ABSOLUTAS

La posesión es protegida por sí misma, en atención a que:

- 1) Es la *voluntad* en su encarnación real. (Gans, Puchta y Bruns).
 2) Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las necesidades de la humanidad por medio de las cosas y por el poder libre que sobre ellas se ejerce—su fin es conservar el estado de hecho de las cosas», (Stahl) (1).

(1) Puede quizá afirmarse que todas estas teorías, unas más otras menos, se formulan bajo la preocupación natural (presión) del derecho romano. Para sentar bien el punto de vista crítico respecto de ellas e interpretar la legislación positiva filosóficamente, conviene insistir en las indicaciones de la nota anterior. Supuesta la idea de la posesión, la dificultad estriba, para el derecho positivo, en determinar adecuadamente: 1.º, qué relaciones internas presupone la posesión; 2.º, qué datos del sentido bastan para que ésta se revele, y de hecho subjetivo personal, pase a ser reconocida, declarada y protegida socialmente. El problema aquí está en si la posesión consiste en la mera posibilidad de disponer del objeto (tenencia material, si se trata de cosas físicas, *ponición de pies*, que dicen las *Partidas*), en cuyo caso todos los seres poseen, o si se necesita la voluntad (*animus*) de tener el objeto por suyo. Indudablemente, en cuanto la posesión entra en la esfera social, esta última condición es necesaria, por más que el alcance de esa intención haya sido apreciado de muy diverso modo por las legislaciones y por los autores, y por lo que pudiera implicar el *animus possidendi* o bien el *animus domini*, y todavía limitando la intención al *animus possidendi*, la intensidad con que el tal se determina, dió lugar a muy distintos criterios, especialmente al amplio y *objetivo* de la concepción germánica (*la Gewere*), y al más ceñido y *subjetivo* de la concepción romana, y dentro de ésta a la mera *detención de las cosas*, a la posesión *ad interdicta* y *ad usucapionem*.

Según advierte Ernesto Lehr (*Traité élémentaire de Droit civil germanique*, Allemagne y Autriche, tomo 1.º, pág. 142, edic., 1892) «entre los juris-