

VI

La posesión es una posición avanzada de la propiedad

INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD SIN LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

Paso ahora a exponer mi propia opinión. La comprendo en la proposición siguiente: *La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario.*

La idea de colocar la posesión en relación con la propiedad no es nueva, como lo demuestra la exposición que procede.

La posesión «es el ejercicio de la propiedad» (p. 26), es la propiedad «presunta, posible, que comienza» (p. 32); está en «relación constante con la propiedad», y el mismo Savigny, aun cuando en general no sostiene esta opinión, la ha reconocido un cierto grado de verdad, y probablemente no ha dejado de tener influjo sobre su descubrimiento del *animus domini*. Pero la manera con que hasta aquí se ha procurado motivar esta conexión no es a mi ver satisfactoria; por esta razón he de seguir yo distinto camino en el examen que a continuación va.

Esta nueva tentativa parecerá a primera vista que ha de encontrar obstáculos en la manera como los jurisconsultos roma-

nos rechazan toda confusión de la posesión con la propiedad. *Nihil commune habet proprietas cum possessione*, dice Ulpiano, L. 12, § 1, *de poss.* (41, 2); *permiscere causas possessionis et usufructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas miscere debent*, dice Venulejus en la L. 52, pr. ib; y en la L. 1, § 2 *uti poss.* (43, 17), Ulpiano alega como motivo de la introducción del *interd. uti possidetis*: *Quod separata esse debet possessio a proprietate*. Pero, ¿en qué sentido se emplean esas expresiones? En un sentido en el cual no afectan en nada a nuestra opinión; es decir, en el sentido de la independencia *práctica y dogmática* de la posesión frente a la propiedad. El derecho es indiferente en la cuestión posesoria; toda ingerencia de la cuestión de propiedad se rechaza, en principio, del proceso posesorio—por nuestra parte llegamos a iguales resultados. Pero es cosa muy distinta de ésta, cuando se trata de la relación *legislativa o filosófico-jurídica* de esas dos instituciones, y de tal problema, que quizá nunca se han propuesto los jurisconsultos romanos, es del que aquí se trata.

La protección de la posesión es un postulado de la protección de la propiedad, el complemento indispensable del sistema de la propiedad de los romanos.

Nadie menos dispuesto que yo a mirar la propiedad como la única justificación práctica o lógica de la relación del hombre con las cosas; pero, en mi sentir, desde el momento y siempre que ese sistema se pone en vigor, la protección de la posesión es el complemento indispensable. Yo puedo figurarme un estado jurídico, fundado únicamente sobre la posesión, es decir, un estado en el cual el tenedor de la cosa no es protegido por los remedios posesorios y acciones penales, más que contra aquel que estorbe inmediatamente su relación con la cosa, sin tener la *reivindicatio* contra terceros; eso ocurrirá, 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*, pero yo no puedo concebir en la práctica un estado jurídico, fundado únicamente sobre la propiedad romana, con exclusión de la protección posesoria, es decir, un estado en el cual fuese

necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación (1).

Véase, en efecto, a donde conduciría semejante sistema. En toda perturbación posesoria, el propietario deberá prevalecerse de su *propiedad* y no de su posesión; deberá, por tanto, realizar la prueba, aun en el caso de robo o de *damnum injuria datum*, y el éxito de su acción dependerá de la prueba de su propiedad hasta en la *cond. furtiva* y en la *actio legis Aquiliae*; tanto valdría esto, como proscribir a todos aquellos que no pudiesen probar su propiedad.

Pero—se objetará—el derecho romano liga esas acciones penales a la prueba de la propiedad: la *condictio furtiva* estaba restringida expresamente al propietario (2), y la *ley Aquilia* no concedía la acción del *damnum injuria datum* más que al *herus*, es decir, al *dominus* (3). Ciertamente; pero, ¿se sigue de ahí que el demandante debiera *probar* su propiedad? Esta consecuencia parecía tan necesaria, que mi pregunta hace el efecto de una *quaestio Domitiana*. Y sin embargo, no sólo tengo la cuestión como seria, sino también que no dudo en responder negativamente. Es un error muy extendido el creer que el demandante debiese realizar la prueba de todas las condiciones *positivas* de su acción, de que se hace mención en las fuentes, de manera que el elemento de hecho del asunto fuese siempre acompañado de una proposición de prueba. No se admite en su pro una presunción más que para las condiciones *negativas*: en los obstáculos a su derecho, como, por ejemplo, en la cuestión de saber si la

(1) Arndts, en la *Zeitschr für Civil und Processrecht (Revista de derecho civil y procedimiento)*, Nueva serie, III, pág. 414, se expresa en sentido contrario: un sistema jurídico, que no concediese a la sola posesión, como tal, una protección jurídica, presentaría ciertamente una sensible laguna, pero no sería, sin embargo, imposible de alcanzar el fin de la propiedad, puesto que quedaría siempre la acción reivindicatoria.

(2) L. 1. de *cond. furt.* (13, 1): *In re furtiva soli domino condictio competit.*

(3) L. 11, § 6.º, *ad leg. Aq.* (9, 2); *Legis autem Aquilia actio heri competit s. e domino.*

cosa es susceptible de usucapión o en la de la *bona fides*, en la usucapión. Pero que se intente medir la fuerza de este axioma: una condición del *mutuum*, es la propiedad de las monedas (1); según esa opinión, el demandante tendría que verificar la prueba en la *condictio ex mutuo*. Nadie creerá que juez romano alguno haya impuesto nunca una prueba tan absurda. Mas entonces se dirá, ¿por qué esta condición, si no se tiene en cuenta? Se tenía en cuenta, en verdad, mas no con respecto al demandante, sino por el defensor, es decir, como elemento de la prueba contraria indirecta. Al demandante le basta probar que ha entregado el dinero; es tarea del defensor, si discute la fuerza obligatoria del *mutuum* por defecto de transmisión de la propiedad, producir la prueba (2). Esta excepción, que por lo demás podía ser eliminada (3), como resultado del consumo del dinero y de la transmisión de la propiedad, que hubiera sido la consecuencia ulterior, no se le reservaba para proporcionarle un ardid, sino para prever el caso en que el dinero de otro, remitido por el demandante, hubiera sido despojado por el verdadero propietario (4). Sin la condición de la propiedad, aun en ese caso, el *mutuum* hubiera sido absolutamente obligatorio, y en el antiguo derecho, que, como es sabido, no admitía excepción, el defensor tendría que ser inevitablemente condenado, vista la existencia de las condiciones del *mutuum*. Bajo la condición de propiedad, no había, por tanto, más que una especie de excepción que el antiguo derecho concedía *ipso jure* al defensor en un caso completamente especial (5).

(1) L. 2.º § 4.º, De R. Ir. (12, 1).

(2) Arg. L 13, § 1, *ibid.* *Admonitus (creditor) alienos nummos fuisse.*

(3) L. 11, § 2. L 13 de R. ir. (12, 1). L. 56, § 2.º, *de fidei* (46, 1).

(4) V. un ejemplo en la L 1., § 1, *de stip. serv.* (4, 5, 3)... *nummi tui mane bunt vindicando ergo eam pecuniam tu consequi potes.* V. también L 15, *in f. de reb. dub.* (34, 5).

(5) V. en mi *Espíritu de derecho romano*, 3.º, págs. 65 y siguientes, una exposición detallada de esta forma de defensa del antiguo procedimiento; he usado el mismo ejemplo (pág. 73) que aquí. Otro ejemplo que no he citado, está contenido en el principio de que el heredero no res-

La condición de la propiedad tiene el mismo sentido en otros casos todavía, por ejemplo, en el *legatum per vindictionem* (1). Para la validez de ese legado, era preciso que el testador fuese propietario de la cosa (2). Si eso hubiera significado que el legatario que no tuviese en sus manos documento alguno, debía proporcionar esta prueba al heredero, que es quien únicamente podría poseerla, el legado quedaría sin efecto en la mayoría de los casos. Aun aquí, esta regla tenía por objeto ofrecer al heredero una excepción fundada, a saber: que el testador había legado un objeto que no le pertenecía; pero esta excepción no podía limitarse a exponerla, debía probarla.

De la propia manera, la jurisprudencia romana prescribía para la validez de los actos jurídicos que realizara un esclavo por su señor, que éste fuera propietario de él. No se pretenderá que el demandante estuviese obligado a probar la propiedad en la forma ordinaria desde el momento en que se le antojase al defensor como ardid. En otro caso debería decirse lo mismo de las acciones noxales, que se dirigían contra el *dominus* (3). Ahora bien; está fuera de duda que semejante prueba no se exigía, sino que, por el contrario, se consideraba como propietario al simple poseedor del esclavo—el propietario de hecho, según mi sistema (4). Sólo el acreedor y el que tiene en precario se exceptúan: *licet enim iusti possideant, non*

ponde para con el legatario más que en cuanto haya recibido del mismo alguna cosa (L. 1.^a, § 17 *ad le. Trevell.* 39, 1. L. 114, § 3.^o *de leg. I.*, 30). Según el contexto de este principio: *neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenire*, el legatario debería probar que la herencia es suficiente para el pago de los legados, ¡él, que desconoce en absoluto la consistencia de la herencia!; pero bajo esta fórmula se encubre únicamente una excepción que corresponde al heredero hacer valer y probar. Arg. L. 10, § 1.^o, *de leg. 2.* (31), *non est audiendus, si velet computare.*

(1) V. ob. cit. II, págs. 350-351.

(2) Gayo, II, 196.

(3) V. los términos de las XII Tablas en la L. 2, § 1, *de nox. act.* (9, 4) *si serous sciencie DOMINO*, etc., y los numerosos textos de ese título que hablan del *dominus*.

(4) L. 29, *ibid.*, *ipso jure noxales actio contra eum competit.*

tamen opinione domini possident, como dice la L. 22, § 1, es decir, que no ejercen en calidad de propietarios. Síguese de ahí, que únicamente a esta aptitud del demandante, y no a su convicción de propietario, es a lo que se atiende en la condición de propiedad. Lo que además se prueba teniendo en cuenta que el *malae fidei possesor* tiene la acción. L. 13, cit. Lo mismo ocurre con los esclavos; su dueño era considerado sin otra prueba como propietario, y al defensor era a quien correspondía demostrar la no validez de la estipulación, sentando el defecto de la propiedad. Justiniano llegaba hasta negarle completamente esta prueba contraria, declarando absolutamente probatoria la mención hecha en el escrito de la estipulación de que el esclavo pertenecía al demandante (1).

Esas pruebas, que yo podría aumentar con muchas más referentes a otras materias, pueden ofrecer un punto de apoyo para la solución de la cuestión del significado que haya tenido la condición de propiedad en la *cond. furtiva* y en la *act. legis Aquiliae*. Esta condición no tenía otro significado, a mi ver, que el de permitir al defensor sustraerse a la acción, probando que la cosa pertenecía, no al demandante, sino a otro (2). El defensor en sus acciones, probando que la cosa no pertenece al demandante sino a otro, hacía exactamente como el defensor en la *acti furti*, que podía sustraerse de la persecución demostrando que el mismo demandante había robado la cosa (3) y no tenía, por tanto, en ella *ningún interés*.

Me explico muy bien, que esta opinión, precisamente porque no se encuentra directamente enunciada en las fuentes, no sea acogida con agrado por todos aquellos que exigen para todos los asertos una prueba directa en las mismas, así que no nos

(1) L. 14, *Cód. de cont. stip.* (8, 38), *tales scripturos omnitariaum esse credendas*.

(2) Es indiferente, aquí, que luego se haya concedido para el *damnum injuria datum*, aun al *bonae fidei possesor*, una acción *in factum*, es decir, una pretensión independiente que no podía ser contenida por una prueba en contrario. V. L. 11, § 8, ad. l. Aq. (9, 2).

(3) L. 12, § 1, *de furt.* (47, 2).

sorprendería oír a un estudiante en un concurso práctico imponer al demandante la prueba de su propiedad en el caso en que ésta le fuera combatida por el defensor en una acción *mutui* o en una *condictio furtiva* y en la *act. legis Aquiliae*. Pero considero tal error imposible para un práctico, y antes estoy convencido de que, por el contrario, sin hallarse impulsado por nuestra teoría, aplicaría por sí mismo el principio enunciado por el artículo 2230 del Código Napoleón: *On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre* (1).

(1) V. también el art. 2279: *En fait de meubles la possession vaut titre*. La presunción de *posséder pour soi*, existía igualmente en la práctica romana. V. una prueba de ello en Paulo, *Sent. Rec. V. L. 1, § 2; sufficit ad probationem si rem corporaliter teneam* (*)

(*) El principio del Código Napoleón se mantuvo en algunos códigos modernos con la misma claridad explícita. Así, por ejemplo, según el art. 481 del Código portugués, la posesión puede adquirirse y ejercerse tanto en propio nombre como en nombre de otro, pero «en cada caso de duda se presume que el poseedor posee en nombre propio». No ocurre así en nuestro Código civil. Esta presunción no aparece en él claramente admitida. Según el art. 439: «Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disputarla, por su representación legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique». Ahora bien; en el caso en que ofrezca duda resolver si la posesión que un poseedor tiene es en nombre propio o en el de otro, no hay el criterio claro del Código Napoleón. El señor Sánchez Román (*Estudios de derecho civil*, T. 3.º, página 471), opina que debe acudirse al art. 445, cuyas reglas para fijar la posesión podrían por analogía aplicarse a la duda indicada.

En cuanto a que en materia de muebles la posesión vale el título, máxima muy generalmente aceptada por los códigos, también se encuentra aplicada en el español. En efecto, el art. 464 dice: «La posesión de los bienes muebles, adquiridos de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posee. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener su restitución sin reembolsar el precio dado por ella...»—(N. DEL T.)

¿Cuál es ahora el resultado de lo que precede para la cuestión de la protección posesoria? He lo aquí, en mi sentir: El Derecho romano concede al *propietario* la *cond. furtiva* y la *act. legis Aquiliæ*, pero le facilita la prueba contentándose con la demostración del simple *estado de hecho*, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión.—*El poseedor se reputa propietario hasta prueba en contrario.*

La facilidad de la prueba que se concede al propietario en la antedicha acción, existe también para la posesión; pero la posibilidad dejada al defensor de debilitar la prueba del demandante atribuyéndose la propiedad, o atribuyéndola a otro, no existe en principio en las acciones posesorias. *La exclusión, en principio, de la cuestión de propiedad, imprime a la posesión su carácter particular* (1). ¿De dónde procede esta diferencia? En las *act. delicti* citadas, el autor del delito que ha restituído la cosa cobrada al propietario supuesto, o que ha prestado una indemnización por daños, no se ha librado por eso de su responsabilidad frente al verdadero propietario; y esta circunstancia, si se le negara la prueba en cuestión, le expondría al peligro de una doble prestación. El defensor, en el posesorio, no tiene nunca que temer semejante peligro. La restitución de la posesión al demandante, aun cuando no sea el propietario, y en otro caso, la cesación de toda perturbación ulterior, le ponen al abrigo de una nueva acción fundada en el hecho mismo.

Conforme a lo que precede, se puede considerar la posesión como una posición avanzada de la propiedad. No es por sí misma por lo que es protegida, sino mirando a la propiedad (2).

(1) En ese rigor está el principio que distingue en nuestra legislación la posesión de la propiedad; pero también puede responder esto a que *en sí mismas*, como *momentos* de la relación jurídica, son diferentes la *posesión* y la *propiedad*.—(N. DEL T.)

(2) Supone éste siempre el concepto romano de la propiedad, pues de otra suerte la posesión puede tener en sí misma derecho a ser protegida. Este aparte de que hay mucho de convencional (de derecho positivo) en esa *separación* de los dos momentos *posesión* y *propiedad*.—(NOTA DEL TRADUCTOR.)

¿Cuál es ahora el resultado de lo que precede para la cuestión de la protección posesoria? Helo aquí, en mi sentir: El Derecho romano concede al *propietario* la *cond. furtiva* y la *act. legis Aquiliæ*, pero le facilita la prueba contentándose con la demostración del simple *estado de hecho*, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión.—*El poseedor se reputa propietario hasta prueba en contrario.*

La facilidad de la prueba que se concede al propietario en la antedicha acción, existe también para la posesión; pero la posibilidad dejada al defensor de debilitar la prueba del demandante atribuyéndose la propiedad, o atribuyéndola a otro, no existe en principio en las acciones posesorias. *La exclusión, en principio, de la cuestión de propiedad, imprime a la posesión su carácter particular* (1). ¿De dónde procede esta diferencia? En las *act. delicti* citadas, el autor del delito que ha restituido la cosa cobrada al propietario supuesto, o que ha prestado una indemnización por daños, no se ha librado por eso de su responsabilidad frente al verdadero propietario; y esta circunstancia, si se le negara la prueba en cuestión, le expondría al peligro de una doble prestación. El defensor, en el posesorio, no tiene nunca que temer semejante peligro. La restitución de la posesión al demandante, aun cuando no sea el propietario, y en otro caso, la cesación de toda perturbación ulterior, le ponen al abrigo de una nueva acción fundada en el hecho mismo.

Conforme a lo que precede, se puede considerar la posesión como una posición avanzada de la propiedad. No es por sí misma por lo que es protegida, sino mirando a la propiedad (2).

(1) En ese rigor está el principio que distingue en nuestra legislación la posesión de la propiedad; pero también puede responder esto a que *en sí mismas*, como *momentos* de la relación jurídica, son diferentes la *posesión* y la *propiedad*.—(N. DEL T.)

(2) Supone éste siempre el concepto romano de la propiedad, pues de otra suerte la posesión puede tener en sí misma derecho a ser protegida. Este aparte de que hay mucho de convencional (de derecho positivo) en esa *separación* de los dos momentos *posesión* y *propiedad*.—(NOTA DEL TRADUCTOR.)

En la posesión, el propietario se defiende contra los primeros ataques dirigidos a su derecho. En ese terreno no se libra la batalla decisiva de la propiedad, sino una simple esearamuza, un combate de las avanzadas, en el cual, para continuar la comparación, no es preciso la gran artillería, sino que basta el arma blanca—¡contra los ladrones y bandidos no se emplea el cañón!

La protección posesoria ha sido, según esto, introducida teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo. Y en efecto; si la prueba realmente necesaria de la propiedad se limita a la demostración de su exterioridad, esta facilidad resulta en pro de todo individuo que esté en situación de prevalerse personalmente de tal elemento. La posesión adquiere de esta manera frente a la propiedad una independencia tal, que no sirve sólo y exclusivamente a la propiedad, sino que puede también volverse contra ella. El mismo servicio que presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al *no propietario* que posee, y también contra el mismo *propietario* que no posee (1).

La exacta inteligencia de esa relación es, en mi opinión, el verdadero *punctum saliens* de toda la teoría posesoria. Si se la considera como el aspecto normal de la posesión, se llega necesariamente a las teorías expuestas que buscan el fin de la posesión en la posesión misma; si, por el contrario, se ve, como yo hago, el fin de la posesión en facilitar la prueba introducida en favor del propietario, tal relación se convierte en un simple *sobreprecio* que el comprador lleva con lo demás. Para los defensores de la primera opinión esa relación es el *fin* de la posesión, para mí es una *peligrosa pero inevitable consecuencia*: el tributo que debe pagar la ley para procurar al propietario la protección más fácil de la propiedad que en su favor ha sido introducida.

(1) L. 4, § 26, de *usurp.* (4r, 3). *Si dominus fundi possessorum vi deiecerit... interdicto un de vi restitutus sit possessionem.*

Hay un paralelismo que salta a la vista entre la posesión y los títulos al portador. Estos deben su introducción al mismo motivo de simplificar y de facilitar la prueba que es, en mi sentir, la primera base de la protección posesoria. La prueba de que se es acreedor, está en la simple presentación del título. Pero por esto mismo precisamente, esa ventaja favorece lo mismo al ladrón y al bandido que al verdadero propietario. Aquí también una institución creada en interés del *verdadero* derecho habiente, puede volverse contra él, porque permite al que no tiene el derecho realizar a su costa sus propósitos. Pero nadie pensará fundar sobre esta circunstancia la opinión de que el fin de los títulos sea facilitar a los ladrones la obtención de tales valores. Todos verán aquí la distinción que es necesario establecer entre las consecuencias de una institución que el legislador *ha querido*, y aquellas que él *no ha querido*, pero que *no se pueden evitar* (1). En la práctica esta distinción no tiene, es verdad, importancia alguna, porque todas esas consecuencias gozan de la misma protección. Pero si eleva el jurisperito su mirada hasta las razones legislativas o jurídico-filosóficas de una institución, esta distinción se le impone de una manera tal, que si no la tiene en cuenta, corre el riesgo de cometer los más grandes errores, y de suponer en el legislador las intenciones más absurdas. Trátase entonces, no de la cuestión ¿cómo es el derecho?, sino ¿por qué es el derecho? Y mientras sea verdad afirmar que las instituciones humanas, al lado de las ventajas que se proponen, implican también a menudo inconvenientes y desventajas que se deben sufrir si se quieren aprovechar sus beneficios, también será verdad que el historiador y el jurisperito que quieran penetrar el significado de una institución, deben dejarse guiar en sus apreciaciones por la consideración que hace valer Cicerón cuando aprecia el tribunado romano. *Fac-*

(1) Desenvuelve en la presente edición el punto de vista apenas tocado en la primera. Había creído suficiente indicarlo y justificar a la vez la consideración legislativa que se puede hacer. Pero la experiencia me ha enseñado que estaba en un error, y que no es superfluo desenvolver una verdad que a mí me parece de una evidencia palpable.

teor in ipsa ista potestate, dice en su tratado de *legib.* III, c. 10, *inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quaesitum in ea, sine isto malo non haberemus*. El valor práctico de una institución no está determinado por la circunstancia de que no presenta más que ventajas, sino por el balance entre las ventajas y las desventajas, y la preponderancia de las primeras. Este punto de vista debe ser decisivo, no sólo para el legislador, sino también para el historiador y para el jurisconsulto filósofo.

Si, pues, este último, conforme a lo que precede, recoge las ventajas como consecuencias queridas de la institución y los perjuicios como consecuencias no queridas, pero inevitables (1), ninguna persona ilustrada le discutirá el derecho a hacerlo, ni le exigirá la condición de que justifique su distinción con testimonios legislativos expresos. La concepción legislativa de la mayor parte de las instituciones jurídicas, sería bien difícil, si no fuera posible más que a condición de existir semejantes tes-

(1) También puede haber otro punto de vista. Toda institución que entraña las condiciones en que ha de realizarse un derecho, implica un sujeto activo que lo cumpla, libre y espontáneamente, pero en virtud del elemento psicológico interno que toda actividad jurídica supone, y en virtud del cual ésta se elabora en la conciencia del sujeto, las condiciones *exteriores*, que son a las que inmediatamente se refiere, y las que puede regular la institución como tal (obra externa, sensible), pueden darse sin que el sujeto sea *real* y *positivamente* el sujeto de derecho supuesto en las relaciones. Ahora bien, ateniéndonos a los datos exteriores, las relaciones pueden aparecer como jurídicas en virtud de tales datos; pero como el derecho *social*, o mejor, las garantías que el Estado presta socialmente a nombre del derecho, no van nunca tan adentro que se impongan y conozcan a todo sujeto en su intimidad; de ahí que sin que el *orden exterior* condicionado por la institución, se perturbe (paz material, mecánica), la vida sea o pueda ser vida contraria al derecho. Por todo lo cual, para explicar el fenómeno *humano* del texto, además de atender al balance de ventajas e inconvenientes de la institución jurídica, es necesario atender a esta condición general de las mismas; que se funda en la *ineficacia de las leyes*, y a la *mecánica exterior*, bajo que se cumple (o no se cumple, aunque lo parezca) el derecho. En la vida jurídica del Estado, es de rigor no olvidar nunca que queda por completo fuera de su acción el elemento interno o de conciencia, punto de apoyo de toda relación verdaderamente jurídica.—(N. DEL T.)

timonios: ¿cuál es, por ejemplo, la ley nueva que nos muestre la doble fisonomía de los títulos al portador? Son estos puntos que deben ser determinados por la ciencia, es decir, por la apreciación inteligente de las relaciones de la vida y los fines del comercio. Se puede investigar si en tal o cuál caso particular se ha equivocado; pero negarle el derecho de hacer esa distinción, sería negarle el derecho de hacer otra cosa que repetir servilmente el texto de la ley. Si se llama arbitrario el procedimiento que yo aplico a la posesión, porque yo no alegue ningún texto de la ley en apoyo de mi sistema, yo permito a mis adversarios atrincherarse en la fácil posición siguiente: La posesión del ladrón es protegida en nuestro derecho positivo, lo mismo que la del hombre honrado, y dado esto, la teoría dominante puede sentar su doctrina sobre la posesión del primero, es decir, sobre la noción abstracta de la voluntad (que no es, en realidad, otra cosa que el derecho de ladrones y bandidos), con la misma razón que yo fundo la mía sobre la posesión del segundo.

Siendo esto así, vamos a ver ahora cómo se defenderá contra el razonamiento siguiente, forjado según la misma indicación. Una sentencia judicial tiene vigor aun cuando convierta el derecho en injusticia y la injusticia en derecho. De ahí se sigue, podría decirse, que el fin de las sentencias judiciales es convertir la injusticia en derecho y el derecho en injusticia, y lo mismo que se cree encontrar en la protección de la posesión del ladrón y del bandido el triunfo de la voluntad abstracta, lo mismo se puede ver en este efecto del juicio el triunfo de la omnipotencia judicial, la omnipotencia victoriosa de la ley que vence toda resistencia. ¿Y por qué no ha de poder hablarse también del derecho del juez a colgar a un inocente y elegir precisamente ese caso como punto de partida del estudio de las funciones judiciales? Pero prosigamos nuestro examen. El fin del tribunalado romano era trastornar el Estado (revolución), porque el acto de los tribunales *podía* tener esta consecuencia: se puede, pues, afirmar que tales eran la intención del legislador y el fin de la institución. El fin del derecho de gracia es sustraer los delin-

cuentes a la pena que han merecido. Uno de los fines de la ley alemana sobre el cambio, es favorecer las falsificaciones y trastornos de las letras de cambio; porque según el art. 13, «todo tenedor de una letra de cambio tiene el derecho de llenar los endosos en blanco que haya en ella»; hasta los robos, porque según el art. 18, «la simple tenencia de la letra de cambio autoriza para la presentación», y según el art. 36, «el que paga no está obligado a examinar la autenticidad de los endosos». Se ve que la legislación alemana, sobre el cambio, ha seguido con decisión el camino que le señalaba el derecho romano en la protección posesoria de bandidos y ladrones; y si se piensa en las facilidades que la creación de los títulos al portador ofrece a esos individuos, siente uno tentaciones de creer que el derecho alemán tiende ante todo a hacer lo más agradable posible la vida de los ladrones y bandidos.

Y, sin embargo, esta afirmación de que las disposiciones del derecho moderno alemán están tomadas en interés de las personas *no autorizadas*, es tan justa, a mi ver, como la opinión dominante acerca del fundamento de la protección posesoria. Ambas elevan a la categoría de fines los inconvenientes de la institución que la ley no podía evitar si había de alcanzar el electo deseado. En un caso y en otro, el interés de la prueba, la intención de facilitar aquella que el rigor de la ley exige, es lo que procura, aun a las personas sin derecho, la posibilidad de mantener sus pretensiones: en un caso y en el otro, la ley no declara expresamente nada acerca del motivo y fin de sus disposiciones; pero en ambos basta una apreciación inteligente y sin prejuicios, para aclarar lo relativo al fin y a las inevitables consecuencias de la institución. ¡Y con cuánta fuerza se necesita mantener esa apreciación y evitar los prejuicios en la posesión! Todos estamos educados en la falsa idea según la cual la noción de la posesión no alcanza su verdadero punto culminante más que en el ladrón o el bandido, y hay en nuestra ciencia pocas ideas que como esa hayan penetrado en nuestra propia sustancia y que hayan obtenido de modo tan perfecto la apariencia de verdad, gracias a los sofismas de la falsa filosofía.

Comprendo perfectamente que una idea con tan profundo arraigo no pueda ser arrancada por medio de las observaciones que preceden: la necesidad de distinguir entre los efectos queridos y no queridos de una institución y el paralelo que me ha inspirado nuestro derecho moderno, sobre los títulos al portador. En efecto, queda siempre a mis adversarios la falsa salida de admitir la distinción en principio y en los casos del derecho moderno, pero rechazar su aplicación a la posesión. Pues bien, yo les concedo esta excepción, y yo creo poder aún desbaratar este último recurso, no por motivos generales, que no servirían de nada, sino por medio de testimonios positivos del derecho romano. Y esto decidirá ya definitivamente.

Es sabido que los jurisconsultos romanos no se pronuncian jamás sobre el fin legislativo de una institución, y, por tanto, sería inútil buscar una explicación de ese género relativa a nuestro asunto. Pero, en cambio, nuestras fuentes nos proporcionan dos argumentos para probar indirectamente la exactitud de mi opinión. Reservaré uno de esos argumentos la (relación del *interd. retinendæ possessionis* con la propiedad) para una exposición ulterior (VII), y ahora sólo voy a referirme al otro. Ya he hecho notar antes que el derecho romano niega al ladrón, al bandido, y en general al *malæ fidei possessor*, las acciones personales por causa de sustracción clandestina o violenta y en virtud de daño causado a la cosa de otro poseída por ellos. Y sin embargo, el derecho les concede la protección posesoria. ¿Cómo conciliar esto y explicar que la misma persona pueda ser declarada ya digna, ya indigna de protección? (I). Si el misterio de la voluntad replegada sobre sí misma, que se realiza en la posesión y

(1) La respuesta parece clara en la teoría que fragmentariamente venimos sosteniendo. La protección de la posesión no va más allá del estado *real* (aparente a veces, cuando resulta la posesión injusta), en que se ofrece en el hecho, y según los datos exteriores de su manifestación. La protección posesoria no puede suponer que el protegido sea un ladrón; no entra a debatirlo siquiera. El poseedor *es*, según todo o que se sabe, *digno* de ser protegido.—(N. DEL T.)

afirma su derecho primordial, tiene fuerza para elevar la posesión del ladrón hasta ser una relación digna de ser protegida, ¿por qué esa relación no se protege lo mismo por las *acciones delicti* que por los remedios posesorios? Si el ladrón dice: «mi adversario me ha substraído la posesión», se le protege; si dice: «me ha robado la cosa», se le niega la protección. Siento verdadera curiosidad de ver si un defensor de la teoría en boga podría darme sobre este punto una respuesta satisfactoria. En lo que a mí toca no tengo dificultad alguna; *la protección posesoria ha sido introducida en favor de las gentes honradas*, lo mismo que las facilidades del procedimiento proporcionadas por los títulos al portador; pero los *pillos se aprovechan necesariamente también de ellas*. Para excluirlos sería preciso, en verdad, dedicarse a la investigación que se ha querido eliminar para abreviar el procedimiento, y ver si el poseedor tiene o no un derecho. Trayendo la cuestión de derecho al debate se privaría por completo al propietario de las facilidades que la protección posesoria está llamada a proporcionarle: el *possessorium* se convertiría para él en *petitorium*. Y vale más, ciertamente, que un indigno participe *por excepción* del beneficio de la ley, que ver ese beneficio negado a aquel que lo merece por excluir al primero.

Digo *por excepción*, y es necesario que añada aún algunas explicaciones. En la teoría posesoria, el poseedor legítimo y el ilegítimo están, en verdad, en la misma línea; no hay ni para uno ni para otro regla ni excepción. Pero en la vida pasan las cosas de muy diversa manera. Que se compare los casos en que se encuentra la relación normal de propiedad, es decir, cuando la posesión está en manos del propietario o de aquel a quien éste hubiera designado, con los casos en los cuales se trata de personas que no son las que debieran ser, y no se pondrá en duda que estos últimos casos constituyen, al lado de los primeros, una excepción. Además, la mayoría de los casos excepcionales, los que conciernen a las cosas muebles, deben desaparecer de la estadística de las acciones posesorias, porque las acciones penales sustituyen regularmente a los remedios pose-

sorios. Sólo quedan las cosas inmuebles (1). Ahora bien, yo pregunto: ¿cuántas cosas inmuebles hay que se encuentren en manos de una persona a quien no corresponde, en lugar de estar en las del derecho-habiente? No creo haya el uno por ciento, ni el uno por mil. Siendo esto exacto, afirmo que el resultado corresponde a la idea desenvuelta más arriba de que la protección posesoria redunda en beneficio del propietario, porque normalmente es el propietario verdadero quien de ella se aprovecha. En tal sentido puede muy bien justificarse la opinión que ve en la posesión una propiedad que empieza (mantengo las reservas hechas más arriba, en cuanto a la presunción); la mayor parte de los *fundos* están en manos de los verdaderos propietarios. El único defecto de ésta está en que, en lugar de alegar ese motivo estadístico en su apoyo, ve en él el verdadero *fundamento* de la protección posesoria.

Quiero ahora resumir el resultado de las deducciones que preceden; lo formulo en tesis, a fin de facilitar la tarea de aquellos que quieran examinar y hasta refutar mi opinión:

1. Ni la teoría del derecho, ni el derecho romano piden que los ladrones y bandidos puedan tener la pretensión a ser protegidos en el goce pacífico de los bienes ilegítimamente adquiridos (2). El Estado puede tener todo género de motivos para prohibir los actos de violación; pero de aquí no resulta en manera alguna un derecho en favor de las personas violentadas contra aquellos que han quebrantado esa prohibición. La con-

(1) La glosa era de opinión de que sólo las cosas inmuebles podían ser objeto de una verdadera posesión (Savigny, loc. cit., pág. 105), y debió contribuir a sentar esta opinión el uso lingüístico, que aplicaba la palabra *possessiones* en el sentido de fundos, y la misma etimología de la palabra *possidere*, según lo hace notar Savigny, pág. 99.

(2) Opónese *en principio* la índole misma del derecho que pide siempre una exigencia *racional* que ha de ser cumplida por un ser libre (obligado). El ladrón no puede manifestar esta exigencia racional de protección de lo que no es suyo. Nadie puede verse obligado a respetarlo.—
(N. DEL T.)

travención puede ser reprimida por vía de policía o por vía criminal (1). En una contravención de los reglamentos sobre los fuegos y luces, el vecino amenazado no puede encontrar el origen de una acción.

2. Si, no obstante, aquellas personas participan de la protección posesoria, el motivo está, no en ellas mismas, sino en las necesidades de la organización de la propiedad (2).

3. La propiedad dejada a sí misma, es decir, a la prueba de su existencia, sería la institución del mundo más incompleta y más defectuosa (3). Según la diversidad de circunstancias puede haber y hay grados en la prueba de la propiedad:

1. Prueba de un *modo de adquisición lejano*.
 - a) Prueba de las condiciones internas y externas: *reivindicatio, negatoria*.
 - b) De las *externas* sólo: *publiciana actio*.
2. Prueba de la *existencia actual en el hecho de la propiedad*, es decir, de la *posesión*; ya
 - a) Con reserva de la *prueba contraria* de la propiedad de otro; como excepción fundada sobre la falta de interés: *cond. furtiva*, y *act. legis Aquiliæ*; ya
 - b) Sin esta reserva: *acciones posesorias*.

(1) Un ejemplo se encuentra en L. 1. C. *per vim* (8, 5), que ordena al Juez proteger de oficio la posesión de la persona ausente (*judicis absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure persone*).

(2) Quizá el motivo radica también en lo limitado de la acción de la *ley escrita* y del derecho social que penetran con dificultad en el *fuero interno* del derecho, y que por esta razón tienen que reputar como relaciones jurídicas efectivas algunas que, *con más datos*, se ve que no lo son. Así, para el derecho social, hay más personas decentes y honradas que las que efectivamente existen, pero que el derecho social tiene que aceptar y proteger necesariamente como tales, porque no le *consta nada* en contrario.—(N. DEL T.)

(3) Ihering tiene siempre presente el concepto absoluto, romano, de la propiedad. En sí misma la propiedad y la posesión no entrañan una diferencia tan radical como ahí se supone. *Socialmente* se mantiene esta diferencia.—(N. DEL T.)

4. La facilidad de la prueba contenida en la protección posesoria, *atiende a favorecer* al propietario (1).

5. Por lo general aprovecha sólo al propietario.

6. El fin de tal facilidad en la prueba se frustraría si se introdujese en la controversia la cuestión de saber si el demandante es o no propietario.

7. Una consecuencia inevitable de esta exclusión de la cuestión de derecho es que participe de la protección posesoria el poseedor ilegítimo (2).

8. La expresión, la más exacta, según esto, para dar a la posesión toda su importancia, es decir, que es una posición avanzada de la propiedad (3). La posesión es una obra avanzada en la cual el propietario se defiende todo el tiempo que puede.

A estas tesis, que no hacen sino reproducir en sustancia las deducciones precedentes, se une la siguiente, como consecuencia de la idea fundamental en aquéllas contenida (4).

9. La posesión es un *valor patrimonial*. El mismo interés que tiene el sitiador de apoderarse de la obra avanzada, y el sitiado de defenderla, lo tiene el no propietario de adquirir la posesión y el propietario de conservarla. A menudo la suerte de la propiedad es casi enteramente decidida en la posesión, como con la posesión del título está decidida la suerte del valor al portador. Quien pierda o gane la posesión, pierde o gana en la práctica, en la mayoría de los casos la propiedad, lo que la propiedad está llamada a procurarle: la seguridad del goce. Precisamente por esto tiene la posesión un *valor patrimonial*, tanto para el propietario

(1) Y a *respetar* el estado de hecho del poseedor que se ofrece como legítimo. —(N. DEL T.)

(2) En el fondo la ineficacia natural de la ley positiva y la condición de *inasible* de la conciencia personal.—(N. DEL T.)

(3) O también que es un momento esencial de la relación jurídica por el que se llega a realizar ésta, esto es, a poner libremente los medios en los fines, para que éstos queden cumplidos. (V. Giner, obra citada).—(N. DEL T.)

(4) Son estas adiciones a esta segunda edición.

como para el no propietario (1). El lado *económico* que salta a la vista, en mi opinión, no está puesto de relieve en las teorías posesorias que fundan la posesión, ya en la persona y su voluntad, ya en la interdicción de la violencia. Y en efecto, ¿cómo la posesión puede llegar a ser una relación de derecho patrimonial, un *valor*, si al tenor de una de esas opiniones no es otra cosa que el lugar donde la voluntad ejerce su imperio—la sensibilidad de la voluntad herida en su derecho primordial de libre disposición de sí misma, no tiene medida equivalente en el valor de las cosas—, y al tenor de la otra no tiene importancia más que por propocionar la realización de una especie determinada de perturbación del orden público?

10. Si la posesión es un objeto de valor patrimonial, la noción de *pertenencia* jurídica puede aplicársele:

Tertius possessionem suam contendat. L. 3, § 12, *ad exh.*
(10, 4),

y además la pérdida de la misma implica un daño en el *patrimonio*:

Ne langvor animi damnum etiam in bonis afferat, L. 44, § 6.
'De usuc. (41,3).

11. Una última consecuencia de ese carácter, es la posibilidad de una pura *controversia de possessione*, es decir, de un debate jurídico que tiene por objeto saber cuál de los dos pretendientes es el verdadero poseedor, sin que ni de una ni de

(1) L. 21, § 2, *quod met.* (4, 2). *Qui possessionem non sui fundi tradidit* (p. e., el acreedor hipotecario) *non quantifundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequitur; astimatur enim quod restitui oportet id est, quod ab est autem nuda possessio cum fructibus.* L. 3, § 11 (43, 17)... «*Quanti res est*» *sic accipimus quanti unius cujusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem astimandam, quanti ipsa res est, sed hoc nequaquam optinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.* En la L. 74 *Je furt.* (47, 2) se concede al *b. f. possessor* a quien la cosa ha sido robada, y al propietario, la *ac furt.* contra el ladrón; *emiori ejus POSSESSIONIS, domino ipsius PROPIETATIS causa proestanda est.*

otra parte se haya cometido de antemano la perturbación posesoria. Ya veremos a continuación que el derecho romano admite en efecto para la posesión una acción parecida, prejudicial, reivindicatoria o como se quiera denominarla.

12. De esta manera tienen también una explicación satisfactoria los *interd. adipiscendæ possessionis*, que Savigny, en todas las ediciones de su obra, quiere excluir de la esfera de la posesión. Si la posesión como tal, tiene un valor jurídico, el derecho puede también reconocer la pretensión a la concesión de la posesión. La circunstancia de que los datos a los cuales el derecho supedita esta pretensión son *exteriores* a la posesión, ha inducido a Savigny a colocar esos medios del derecho en la misma línea que las acciones posesorias que tienden a la liberación de la posesión. La posesión, dice, tanto en éstas como en aquéllos, no es el fundamento, sino tan sólo el fin, el objeto de la acción: La *her. petitio* y el *interd. quorum bonorum*, tenía por completo la misma tendencia: la posesión es el fin, y el derecho hereditario (civil y pretorio), el fundamento. Es cierto; pero la enorme diferencia que los separa es que la acción petitoria regula definitivamente la situación, en tanto que el *interd. adipisc. poss.* la regula sólo de un modo provisional, porque concierne sólo a la posesión, dejando la puerta abierta al *petitorum*, al igual que en las otras dos especies de interdictos posesorios. Si el demandante es vencido en la *her. pet.*, no puede intentarla por segunda vez: pero si es rechazado por el *interd. quorum bon., quod legatorum* o por el *remedium ex lege ult. Cod de edicto Divi Hadriani toll.*, le queda siempre la posibilidad de volver a empezar y hasta ganar quizá el *petitorium*, y si ha ganado queda abierta la misma vía a su adversario (1). Así tras de cada *interd. adipiscendæ possessionis*, hay todavía el remedio jurídico del petitorio: tras los interdictos

(1) L. un Cod Theod. Inor. bon. (4, 21). *Quid jam planius, quam ut heredibus tradarentur, quoe in ultimum usque difuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui DE PROPRIETATE ENETAMEN? Fubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis in petilorem corpora transferantur, SE-GUNDA ACTIONE PROPRIETATIS non excluse.*

citados hay la *hered. petit.* y la *reivindicatio*, sin exceptuar el *interd. quem fundum* y *quam hereditatem*, mediante el cual la posesión de los fundos o de la herencia disputada, o no asegurada, por el defensor, pasaba al demandante, sin que por eso el defensor perdiese la posibilidad de apelar o servirse del *petitorio*. De igual suerte, tras el *interd. Salvianum* se encuentra la *act. Serviana*, tras el *interd. quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto*, la *act. negatoria* del adversario (1).

Para la mayoría de esos interdictos, la relación entre el *petitorium* y el *possessorium* está fuera de duda por textos expresos que no es necesario alegar aquí; se indica como regla general en la

L. 14, § 3.º, *De exc. rei jud.* (44, 2). *Si quis interdicto egerit de possessione postea in rem agens non repellitur per exceptionem; quoniam in interdicto POSSESSIO, in actione PROPRIETAS vertitur.*

Es inútil hacer notar que esta observación se aplica, no sólo a ciertos interdictos, a saber: a los *interd. retinendæ* y *recup. poss.*, sino a todos los interdictos, mediante los cuales se puede «de *possessione agere*»; entre ellos se encuentran también, como es sabido, los *interd. adip. poss.*, l. 2., § 3., *De interd.*, 43; Gayo, IV, 143.

En lugar de hacer descansar la noción de los interdictos posesorios sobre ese carácter especial, que los distingue a los ojos de los jurisconsultos romanos, de todas las demás acciones de no contener más que un arreglo provisional, Savigny (§ 35) encuentra su criterio característico en la circunstancia por la que la posesión es el *fundamento* de la pretensión del demandante, y partiendo de ahí, no le es ya difícil demostrar que los *interd. adipiscendæ possessionis*, no se refieren de ningún modo a esta

(1) Von Vangerow, *Manual* I, § 390: II, § 509; (7.ª edic. p. 897. 360). Debe ocurrir lo mismo en los dos interdictos de que habla Gayo, IV, § 145, 146. Es decir, que los demandantes debían poder reclamar la liberación provisional de todas las cosas y que los defensores debían ser rechazados al *petitorio* con sus excepciones de propiedad.

noción de las acciones posesorias (p. 383). Y añade (384), como «motivo decisivo contra la opinión ordinaria», que «los verdaderos interdictos posesorios se fundan en los delitos» — el cual motivo ya queda dicho más arriba, es completamente inadmisibile. «Los interdictos *retinendæ* y *recuperandæ possessionis*, son, pues, las únicas acciones posesorias, y los interdictos *adipiscendæ possessionis* no tienen nada de común con ellas (l). Hay más: estos últimos no tienen entre sí nada de común (l). Para probarlo, basta enumerarlos, y por otra parte, resulta también de que están tratados en las fuentes en lugares completamente distintos» (p. 385). La modificación que Savigny ha introducido en una adición a la edición 6.^a (p. 385-388), no cambia en el fondo sus opiniones. Rompe una nueva lanza contra la reunión de esas tres clases de interdictos por parte de los jurisconsultos romanos; está, dice, desprovista de *valor científico*, por cuanto descansa únicamente en el fin de adquirir, ya recobrando, ya conservando la posesión, fin accidental por completo e indiferente desde el punto de vista de la esencia misma de la acción» (p. 387). No insistiré sobre la circunstancia de que Savigny, ligado y encadenado por el *πρωτον φειδος* de toda su teoría posesoria: la naturaleza penal de las acciones posesorias no podía jamás librarse de este grave error referente al interdicto *adipiscendæ possessionis*; error que le obligaba a atribuir a los jurisconsultos romanos la invención y la aceptación espontánea de una noción desprovista de valor científico. Pero es muy difícil reprimir un movimiento de extrañeza al ver que este error, lejos de ser reconocido como tal por la ciencia, ha encontrado la más calurosa adhesión. Si se exceptúa a Von Vangerow, no recuerdo (sin haber hecho, ciertamente, investigaciones especiales en el asunto) ningún nuevo tratado de Pandectas que ponga a los interdictos *adip. poss.* en su verdadero lugar. No hablo naturalmente de la clasificación sistemática de esos interdictos, sino de la prueba de que han sido científicamente concebidos como verdaderos remedios posesorios que deben ser colocados en el mismo lugar que las otras dos especies de interdictos posesorios. En lugar de

levantar en la teoría de la posesión la importancia de esos interdictos y mostrar que los rasgos fundamentales del posesorio se reproducen en ellos, al igual que en los otros interdictos posesorios, y de acentuar convenientemente la exclusión de la cuestión de derecho y la posibilidad ulterior del petitorio, se acostumbra a pasar tales interdictos en silencio en la teoría posesoria, y si se hace mención de ellos, es para rechazarlos como intrusos, que no pueden tener ni la más remota pretensión de ser remedios posesorios (1).

El mismo error que ha determinado a Savigny a rechazar en el interdicto *adip. poss.* el carácter de verdadero remedio posesorio, le ha inducido también a admitir entre esos últimos interdictos, que, según lo que precede, no pueden en manera alguna aspirar a esta cualidad, por cuanto no tienen por objeto la *possessio*, sino la *res*, es decir, no tienen por objeto la tenencia pasajera de la cosa, sino la definitiva. Tal es el interdicto *De glaude legenda* (2). Ningún jurisconsulto romano lo ha compren-

(1) He sentido cierto rubor encontrando una apreciación más exacta de la importancia práctica de los interdictos posesorios en las obras hoy tan completamente desacreditadas del período que precedió a Savigny, por ejemplo, en Hellfeld, *Jurisp. for.*, § 165 y Höpfner, *Comentario*, § 1202. Los interdictos *adip. poss.*, dice este último autor, son muy señalados por los prácticos; en efecto, sabemos que es una de las ventajas de la posesión que el poseedor no sea obligado a probar que la cosa que posee le pertenece, sino que el adversario debe presentar la prueba de lo contrario. Se debe, por consiguiente, aconsejar primero adquirir la posesión de la cosa por medio de un interdicto, a fin de echar así el peso de la prueba sobre el adversario.

(2) Savigny, l. c., pág. 385; los autores anteriores habían hecho lo mismo, por ejemplo, Höpfner, l. c. Por lo demás, no se comprende por qué Savigny no coloca este interdicto entre los *retinendae* o *recuperandae possessionis*, desde el momento en que quiere hacerlo pasar por interdicto posesorio. En efecto, según Savigny mismo (pág. 278), la posesión del fruto separado de la cosa principal sin la intervención del hombre, pertenece al poseedor de la cosa principal. Desde el momento en que la manzana se desprende de su rama, yo adquiero sobre esta manzana, que se hizo cosa independiente, la posesión separada; que se diga después de esto: esta posesión cesa de nuevo si la manzana cae sobre el predio del

dido entre los interdictos posesorios, y con razón, porque después de este interdicto no puede ya haber petitorio; decide definitivamente la cuestión relativa a los frutos caídos; no hay necesidad alguna de reservar el petitorio al defensor; el juez, en este interdicto, se pronunciaba acerca de la *res*, sobre la conservación definitiva de los frutos, no sobre la *possessio*. Otro tanto es preciso decir del *int. fraudatorium*, que debe igualmente su enumeración en los interdictos posesorios (Savigny. l. c.) a la opinión errónea de Savigny. Los interdictos *De migrando* y *de thesauro* (L. 15, *ad exh.*, 10, 4), tienen también por objeto el rescate de la posesión, y si esta circunstancia bastase por sí sola, se debería contarlos entre los *int. retinendae* o *recup. poss.*, lo que el mismo Savigny no ha hecho, aun cuando sea más fácil ver ahí acciones penales que en los *int. uti poss. y utrubi*. Es inútil, ante lo que precede, demostrar que no pueden aspirar a tal cualidad.

Quiero ahora intentar probar mi aserto por medio de las fuentes, y desde un doble punto de vista: primero, con relación a los *medios de protección* (*Schutzmitte*), y después, con respecto a su *configuración material*. Si mi aserto es exacto, deberemos mantenernos siempre del lado de la propiedad, en tanto que la perderemos por completo de vista si una de las opuestas teorías es verdadera. Y vamos a nuestro trabajo.

vecino, cuyo predio me es inaccesible, o que la posesión *continúa* a pesar de eso — en el primer caso el interdicto *De Glande legenda* no puede calificarse más que de interdicto *recuperandae possessionis*, y en el segundo de interdicto *retinendae possessionis*; pero yo no puedo comprender cómo Savigny puede, sin ser infiel a su propia teoría, hacer de aquél un interdicto *adipiscendae possessionis*.