

VIII

2. LOS INTERDICTOS «RECUPERANDÆ POSSESSIONIS»

Es casi innecesario recordar que los interdictos recuperatorios no deben ser objeto de nuestro examen más que en tanto que así lo exija el fin de esta disertación, es decir, únicamente mirando a la cuestión de saber si están también en armonía con la idea fundamental de la posesión tal como la presentamos.

Según la teoría reinante, el derecho romano limita a tres casos la protección recuperatoria de la posesión: a la posesión *subtraída, vi o clam, o acordada precario*; para el primero y tercer caso, además de los *interd. retin. poss.*, que eran también aplicables, aunque con una restricción en cuanto al tiempo (*annus utilis y major pars anni*), había interdictos especiales exentos de esta restricción, a saber: el interdicto *unde vi*, y de *precario*, en tanto que la existencia de un interdicto especial, *de clandestina possessione*, es problemático para el derecho anterior (I).

(1) Toda la *organización legal* de los interdictos ha sufrido una profunda transformación de nuestro derecho actual. Se simplificó de un modo grande, no sólo la nomenclatura, sino las diferencias y trámites procesales, sobre todo en la vigente ley de Enjuiciamiento civil. Todos los interdictos que protegen la posesión en sí y a que alude como defensa de la misma el Código civil, se reducen a *dos* principales: de *adquirir* (respecto de las cuales discute Ihering en el VII), y de *retener y recobrar* (fuera por ahora los de *obra nueva y obra ruínosa*). Claro es que esta simplificación entraña luego la complicación natural de las cuestiones prácticas que pueden motivar los interdictos en virtud de las diferentes causas por las que en la vida se disputa la posesión. El texto mismo de la ley.

Una de las proposiciones más fuertemente sentadas de la teoría posesoria, es la de que el interdicto *de precario* es un interdicto *recuperandae possessionis*; yo mismo he participado de esta opinión en la primera edición de esta obra. Desde entonces he llegado a formar sobre ese punto una convicción contraria. A partir de la primera edición he demostrado, y más arriba he sostenido, que no se puede encontrar en el interdicto *de precario* la lesión penable de la posesión de otro, sobre la que Savigny ha edificado toda su teoría de la protección posesoria. Pero los puntos siguientes habían pasado para mí inadvertidos en esa época.

1. En nuestras fuentes el *int. de precario* no se le designa jamás como *int. recup. poss.*

Ningún jurisconsulto romano ha dado ese nombre al *int. de precario*, ninguno se ha servido de la palabra *recuperar* a propósito de este interdicto (1); ni en las Institutas (§ 6, I de int. 4, 15),

deja ver esta complejidad real de las cuestiones que la posesión suscita. He aquí cómo define el interdicto de *retener y recobrar* el art 1651: «El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halla en posesión o en la tenencia de la cosa, haya sido perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido despojado de dicha posesión o tenencia». El art. 1652 dice que «por el demandante se ofrecerá información para acreditar: 1.º, hallarse el reclamante o su causante en la posesión o en la tenencia de la cosa; 2.º, que ha sido inquietado o perturbado en ella, o tiene fundados motivos para creer que lo será; o que ha sido despojado de dicha posesión o tenencia, expresando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación o el conato de perpetrarla o el despojo, y manifestando si lo ejecutó la persona contra quien se dirige la acción, u otra por orden de ésta».

El carácter principal del interdicto aquí, lo fija la ley en el art. 1652, al decir que «la sentencia contendrá (siempre) la fórmula de *sin perjuicio de tercero*, y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.—(N. DEL T.)

(1) Si la expresión *restituir* que se encuentra pudiese bastar, habría muchos interdictos más que debieran recibir el mismo nombre.

ni en las Pandectas (L. 2, § 3, *de int.*, 43, 1), ni en Gayo, (IV, 154), ni en Teófilo (IV, 15, § 6), se le encuentra junto al interdicto *unde vi*, como segundo *int. recep. poss.* en el edicto del Pretor, como en las Pandectas, se halla separado por una porción de interdictos, del interdicto *unde vi*, al cual debiera seguir como segundo interdicto recuperatorio (1).

¿Es todo ello en virtud de un azar? El segundo punto va a responder a la cuestión.

2. El *int. de precario* no tiene en los puntos más esenciales el carácter de los remedios posesorios.
 - a) No supone de un modo necesario la posesión en manos del cedente. L. 18. *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare si, qui possideat.*

El heredero juega al legatario que pide la entrega de la cosa legada que se le deje algún tiempo todavía; el tercer poseedor de mi cosa, a quien yo he dado la prueba de mi derecho de propiedad, lo reconoce, y obtiene de mí una prórroga de la entrega. Apoyándome en ese texto, puedo, por medio del *int. de precario*, obtener la entrega forzosa; y sin embargo, ¡yo no he tenido jamás la posesión de la cosa! ¿Se dirá que yo he obtenido la posesión mediante el *constitutum possessorium*? Pero el *const. poss.* supone la *ditentio* en el representante. El *precario* puede también, es verdad, tener por fin una simple *ditentio* (*ut in possessionem esset*); pero si eso no ha sido expresamente convenido, el tenedor en precario tiene la posesión jurídica, y desde este momento el cedente no puede tener la posesión al mismo tiempo que él. Si se admite en este caso que la posesión pasa al propietario por la cesión del precario, entonces la conservará siempre, mientras no sobrevenga una nueva *causa* que la haga volver al tenedor, o en otros términos, en ese caso la posesión, o bien pasa por el precario al cedente, y entonces la conserva siempre

(1) El *int. unde vi* es tratado en el tit. 16 del lib. 43 de las Pandectas, el *de precario* en el 26.

y el tenedor no tiene ninguna posesión, o bien el tenedor en precario guarda la posesión con mutación de causa, y entonces el cedente no puede adquirirla, ni aún momentáneamente. En suma, el interdicto *de precario* no es un interdicto recuperatorio, porque si bien es cierto que por lo común la posesión pasa del *cedente* al tenedor, no es ésta una condición del precario.

b) Se puede oponer al *int. de precario* la excepción de la propiedad.

L. 4, § 3, *ibid.* *Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non HABEO precario, idcirco quia receptum est rei suae precarium non esse.*

La fórmula del interdicto es *habere precario*.

L. 2, *pr.*, *ibid.* *Quod ab illo precario HABES.*

Si el defensor llegaba a combatir este *habere precario*, por la prueba de su propiedad, el demandante debía ser rechazado. Es verdad que la jurisprudencia romana, más reciente (1), acogió la proposición que el propietario mismo puede tomar su propia cosa en precario del poseedor actual (*precarium* POSSESSIONIS por oposición a *precarium* PROPRIETATIS. L. 4, § 3, *cit.*); pero abstracción hecha de ese caso (cuando se ha estipulado un simple precario, o como dicen las fuentes, cuando el precario está basado sobre la propiedad), si el tenedor en precario ha descubierto en el intervalo que él mismo es el propietario, tiene contra el interdicto la excepción de la propiedad.

¡Cómo conciliar esta excepción con la naturaleza de un interdicto posesorio! Porque la esencia de todos los interdictos posesorios es precisamente que la cuestión de derecho se excluya de él en principio...

(1) El origen reciente de esta proposición resalta de la manera como Ulpiano la motiva en la L. 6, § 4, *mihi verius videtur... et est hoc sententia etiam utilissima.*

- c) Aquel que se hace prometer la restitución del precario (por estipulación) pierde el interdicto *de precario*.
L. 15, § 3, *ibid.* *Cum quis de re sibi restituentia cautum habet, precarium et interdictum non competit;*

mientras que un remedio posesorio, y una acción personal de restitución pueden muy bien existir juntas. El arrendador expulsado por su arrendatario, puede, si quiere, obligarle a la devolución del fundo por medio del *actio locati*; pero ningún juriconsulto romano ha visto en eso un motivo para concederle también el int. *unde vi* (1).

¿Qué queda aún del carácter posesorio en el interdicto *de precario*, si no se le encuentra en ninguno de los puntos esenciales? Nada, a no ser la circunstancia de que tiende a la restitución de la posesión. Pero si esta circunstancia bastase, la reivindicación y la *actio emti* deberían ser también acciones posesorias. Resulta, pues, de esto, que Savigny (antes nadie, que yo sepa, lo ha hecho) ha colocado el interdicto *de precario* entre los interdictos *recup. poss.*, con tan poco fundamento como ha colocado entre los *adsp. poss.* aquellos de que hemos hablado más arriba (2).

Eliminado así el int. *de precario*, podemos en adelante limitarnos a los dos casos que restan: a la sustracción violenta y clandestina de la posesión. Es sabido que el último caso no tiene en el derecho nuevo una importancia tan grande. La posesión de las cosas inmuebles en el derecho moderno (3) no se

(1) L. 12, *de vi* (43, 16). Yo declaro que no puedo comprender por qué la circunstancia de que el precario «no es, en modo alguno, considerado en derecho como una convención», deberá tener por consecuencia que «el int. desaparezca desde el momento en que otra acción se encuentra abierta». (Sad., p. 460.) Lo mismo debería ocurrir con el int. *unde vi*.

(2) No hemos de investigar aquí cómo debe realmente concebirse el int. *de precario*.

(3) Es la doctrina de nuestro Código. Según el art. 444, «los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia, no afectan a la posesión».—(N. DEL T.)

pierde clandestinamente, es decir, sin saberlo el poseedor. Esta pérdida no tiene lugar sino cuando éste adquiere conocimiento de la ocupación por otro. Si entonces el ocupante no cede voluntariamente, se puede intentar contra él, como luego demostraremos, el int. *unde vi*; en otros términos, el derecho moderno ve en esta aprehensión arbitraria de la posesión, cuando no ha quedado reducido a simple tentativa, una *dejectio violenta*. La posesión de las cosas muebles se pierde clandestinamente, pero, por lo general, tal aprehensión cae bajo la noción del *furtum* o de la defensa privada, y los remedios jurídicos que de ella nacen bastarán. Por otra parte, no se puede invocar, en la duda, la posibilidad de obtener la restitución de esas cosas por medio del int. *utrubi*. Por lo demás, sea como sea, en la crítica del sistema romano sobre los medios recuperatorios de protección (int. *unde vi* y *rec. poss.* en su función recuperatoria) deberemos tomar por base los dos modos de pérdida: *vi* y *clam*.

El punto de vista desde el cual considero ese sistema de protección, prosiguiendo el desenvolvimiento de la idea fundamental de esta disertación, difiere del de la doctrina dominante. En efecto, en tanto que en esta última se está al hecho de que el sistema se limita a los dos casos, *vi* y *clam*, como a un punto colocado desde luego al abrigo de toda controversia, yo prefiero preguntarme: ¿de dónde proviene esta limitación; cómo puede justificarse que responde a las necesidades de la vida? Es en verdad muy fácil no preocuparse con nada de eso, pero en mi sentir, es eso una consecuencia del error en que vive la doctrina dominante sobre el alcance e importancia de la protección posesoria.

Si la protección posesoria, como creo haber suficientemente demostrado antes, encuentra su motivo legislativo, no en el delito del *dejiens*, sino en el interés del poseedor, será lógico admitir que se extiende tan allá como este mismo interés. Ahora bien: este último no se limita de ninguna manera a la necesidad de ser garantido contra la sustracción *clandestina* o *violenta* de la posesión, sino que reclama protección contra *toda especie* de sustracción, sin distinguir si implica o no delito. No puede haber

cuestión respecto del delito, cuando uno posee *bona fide* como propia una cosa de otro, que está confundida con las suyas: cuando el comprador de un fundo rural por error cultiva como suya una parcela perteneciente a las posesiones de su vecino, o cuando compra un pedazo de terreno a aquel que supone propietario, pero que no es en realidad más que el colono de otro. En todos estos casos, si la protección recuperatoria de la posesión está ligada a la suposición de la sustracción, *vi aut clam*, el poseedor precedente deberá acudir al petitorio, lo que en muchos casos equivaldría a la pérdida de la cosa, teniendo en cuenta la dificultad de probar la propiedad. Por mi parte no veo ahí más que un rigor injustificable, y por esto me pregunto si este rigor no se escapó al derecho romano, y cuál puede en tal supuesto ser el motivo. No olvidemos, en cuanto al primer miembro de la cuestión, que hasta Justiniano esta laguna no existía para las cosas *muebles*. El *int. utrobi*, por medio del cual las cosas muebles podían ser reclamadas aun contra terceros, no suponía una aprehensión penable de la posesión, y al abolirlo alteró Justiniano esencialmente el antiguo Derecho; al menos así me parece a mí. A lo sumo hubiera podido negarlo contra el tercer poseedor, pero conservándolo contra aquel que es la causa inmediata de la pérdida de la posesión. Los interdictos recuperatorios, en cambio, quedaban, como es sabido, reducidos a los dos casos principales de la sustracción injusta de la posesión, *vi aut clam*. Esto puede explicarlo, pero no justificarlo. Nadie ignora que las nociones jurídicas tienen a menudo, en su primera aparición en la historia, un aspecto limitado, que en circunstancias dadas está lejos de corresponder a su verdadero destino y a su verdadero fin; aspecto de que no llegan a despojarse sino después de un amplio desenvolvimiento (1). Producto de necesidades y de experiencias, no de ideas jurídicas abstractas, esas nociones no traspasan generalmente los móviles prácticos a los cuales deben su existencia y se contentan con un estado de

(1) V. mi *Espíritu del Derecho romano*, II, Lect. 2, pág. 360 (2.ª edición, pág. 321).

hecho que reproduce en sustancia la relación bajo una forma accesible, tangible, pero la mayoría de las veces estrecha en demasía. Citaré, entre una porción de ejemplos, la noción del *damnum injuria datum*. Su forma abstracta, tal como la encontramos en la jurisprudencia posterior, era demasiado elevada para la *Lex Aquilia*, que la formulaba muy concretamente por: *quod usserit, fregerit, vuperit*. El Pretor procedía de la misma manera con respecto a los interdictos posesorios, cuando aplicaba concretamente a los dos casos principales, *vi aut clam*, la noción de la sustracción injusta de la posesión. Esta fórmula podía bastar para la mayor parte de las cosas, porque los jurisconsultos procuraban, mediante una inteligente interpretación, darle la extensión necesaria (1). Pero encontraban, sin embargo, un límite, pues no podían comprender bajo la noción de la *vis* los tres casos antes citados sin transformarla por entero.

Mas lo que no podían los jurisconsultos lo podía la legislación, y, en mi concepto, la legislación posterior ha colmado, en efecto, este vacío. Tal opinión, antes muy extendida, contradicha sólo de una manera esporádica y que podía invocar hasta la autoridad de un Cujas (2), ha debido en el presente siglo retirarse más y más ante la contradicción de que fué objeto por parte de Savigny. Pero esta contradicción no ha logrado en manera alguna convencerme, antes por el contrario, apenas si puede comprender cómo hay quien la sostenga, cuando se examinan sin prevenciones los pasajes que al asunto se refieren en los Códigos de Teodosio y de Justiniano. Es verdad que si se admite con Savigny, como base de toda la teoría posesoria, la opinión preconcebida de que los interdictos posesorios deben ser acciones *delicti*, y que todo el interés jurídico de la posesión consiste en que pueda ser objeto de delito, entonces es natural que

(1) Especialmente por la interpretación de la noción de la *vis*, que no limitaban, como Savigny (pág. 429), a «la violencia que afecta directamente a la persona». V., por ejemplo, L. 1, § 24, 29. L. 3, § 7, 8. L. 18, *de vi* (43, 16), etc.

(2) V. Savigny, pág. 466.

para salvar el principio erróneo se intente lo posible y hasta lo imposible.

Cujas, que el mismo Savigny cita como el defensor principal de esta opinión, ha reunido de una manera breve y sucinta los motivos que se puedan pedir a las fuentes (1), salvo uno o dos pasajes de que ha prescindido, y los cuales es menester recordar para salvar la omisión, que para defenderlos contra las objeciones de Savigny.

Savigny concede una gran importancia a la circunstancia de que Justiniano no tiene en cuenta, ni en las *Institutas*, en las que aún consagra al *int. unde vi* unas seis líneas (§ 6, 1, *de int.*, 4. 15), ni en las *Pandectas*, la supuesta extensión de la protección posesoria en el derecho nuevo; pero cuántas cosas nuevas hay en el Código, de las que no se hace mención alguna en esas recopilaciones! Por otra parte, no se trataba en la innovación de que hablamos de abolir el *int. unde vi* como podría creerse al oír a Savigny, si no de extenderle a casos especialmente determinados. Notemos además que Justiniano no hace mención alguna en las *Institutas* de la innovación radical que, según la opinión de Savigny (v. más adelante), debió introducir en la L. 11, Cód. *unde vi* (8, 11), y por la cual habría abolido un principio fundamental de la teoría posesoria antigua; la condición de existencia actual de la posesión requerida por el *int. unde vi*. Justiniano no hace mención alguna de ella en las *Institutas*, y ni siquiera ha procurado concordar con tal innovación las expresiones empleadas por los jurisconsultos de las *Pandectas*.

Los textos que conciernen a la innovación de que se trata pertenecen todos, con excepción de uno solo, al título del Código *de acquirenda vel amittenda possessione*, y a los títulos *unde vi* de los Códigos de Teodosio (IV, 22) y de Justiniano (VIII, 4). Cuando esos textos ordenan la restitución de la posesión en ciertos casos de pérdida no violenta, no se puede considerar como el remedio aplicable, en el sentido de los redactores de las Colecciones, la *reivindicatio*, como quiere hacer creer Savig-

(1) § ult. I. *de interd.* (4, 15).

ny (v. más adelante) a propósito de la L. 4, *Cod. h. t.*, que tanto le estorba, sino sólo un remedio posesorio, es decir, un remedio que suponga no más que la prueba de la posesión y la sustracción alegada, bien en el mismo int. *unde vi*, bien en cualquier otro análogo: la distinción es una mera cuestión de forma de poca importancia. Conocida es la influencia que ha ejercido la desaparición del *ordo iudiciorum privatorum* sobre la noción de los interdictos (1). La debilitación y obliteración de la antigua noción de los interdictos, que ya se puede notar en los términos empleados por las Constituciones de fines del siglo tercero y de principios del cuarto (2), facilitaban la extensión de la esfera de aplicación del int. *unde vi*, de la misma manera que la aparición de las acciones *in factum* facilitaba la de la *actio legis Aquiliae*. Hasta un nuevo nombre surge, el de *interdictum momentariae possessionis* (L. 8, Cód., *unde vi*, L. 8, Cód. Teod., *de iurisd.* 2, 1), de *actio momenti* (L. 6, Cod. Teod. *ibid.*) o de *momentaneae possessionis actio* (L. 3, Cód. *qui legis, pers.* 3, 6); al expulsado en la *facultas ad repetendum MOMENTUM* (L. 4, Cód. Teod.) el Juez debe restituirle su *momentaria possessio* (L. 1, Cód. Teod.) (3). En una época en que la lengua está corrompida, como ocurre en los últimos años del Imperio, la apa-

(1) V., p. ej., la L. 3, Cód. *de int.* (8, 1): *Interdicta autem licet in extraordinariis proprie locum non habent TAMEN AD exemplum eorum res agitur.* L. 2, Cód. *unde vi* (8, 4), *restituendo esse interdicte* EXEMPLO. L. 4, *ib.* AD INSTAR *interdicte unde vi conveniri potes.* L. 1, Cód., *si per vim* (8, 5) *ACTIONEM recuperandae possessionis.*

(2) V. una cualidad de otros pasajes que contienen expresiones análogas en J. Gothofredo, en el comentario al título citado del Cód. Teod. 6, 1, pág. 449.

(3) Jac. Gothofredo, 1, c., no cita menos de doce. La cuestión de saber si es o no es preciso notar como tercera particularidad la rapidez del procedimiento, puesta de relieve en muchos textos (p. ej., Cód. Teod., L. 5, *de denunt.*; L. 4: *jures suffragium, quod in celeri affirmationem consistit.*; L. 4, *unde vi* 4, 22; *celeri redhibitionem*; L. 1, *utribi*, 4, 23; *celeri reformatione*; L. 3, *ad beg.*, *Ful de vi*, 9, 10. *Amissae possessionis jura reparantur eademque protinus restituta.* Cód. Just., L. 6, *unde vi*, 8, 4, *illico reddatur*; L. 14, *de agric.* II, 47, etc.), depende de la conocida controversia sobre la naturaleza sumaria de los interdictos en el derecho clásico.

rición de expresiones nuevas no es, en verdad, un indicio cierto de la formación de nuevas nociones correspondientes; pero no puede aplicarse esto, sin embargo, al caso presente. En mi opinión, se puede demostrar hasta la evidencia que en esta *actio momentaneae possessionis* no es preciso ver el int. *unde vi*, en el sentido de los jurisconsultos romanos. Hay dos particularidades esenciales que caracterizan esta acción y la distinguen del interdicto *unde vi* del antiguo derecho (1); la *primera*, de que Savigny no hace mención en parte alguna de su libro, ha sido traducida por el edicto de Constantino (V. L. 1, Cód. Teod. h. t.; L. 1, Cód. Just. *si per vim* 8, 5), y resumida brevemente en el edicto de Teodosio y Honorio de la L. 3, Cód. *qui legit* (3, 6): *Momentaneae possessionis actio exerceri potest PER QUAMCUNQUE PERSONAM*. La segunda innovación es la extensión del concepto de la aprehensión injusta de la posesión más allá de la *vis*, extensión de que no nos ocupamos aquí. Está demostrada de la manera más incontestable por una multitud de testimonios. No sólo se reconoció al lado de la *vis* la posibilidad de otra perturbación de la posesión, (2) no sólo la importancia de esa distinción está claramente indicada para las materias criminales, (3) sino que también se encuentra la obligación de restituir la posesión obtenida injustamente reconocida en gran número de casos colocados bajo sus títulos respectivos, y que no pueden en

(1) Este pasaje forma la proposición final de la L. 1, Cód. Teod. *fin sig.* (20, 26).

(2) Epígrafe del libro 8, 5, Cód.: *SI PER VIM VEL ALIO MODO absentis perturbata sit possessio; L. un. Cód. ubi de poss.* (3, 6); *ubi vis facta dicitur AUT momentaria possessio postulanda est.*

(3) L. 5, *Cod. h. t. Invasor locorum POENE teneatur legitima, si tamen vi loca eadem inoassisse comstiteri Nam si PER ERROREM aut INCUBRIAN DOMINI loca hac aliis possessio sunt. SINE POENA possessio restituit debet.*

L. 8, *ibid. Momentaneae possessionis interdictum, quod NON SEMPER ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur.*

De la palabra *non semper* de este último pasaje, resulta que el interdicto o la acción *momentariae possessiones* abraza también los casos del int. *unde vi*.

modo alguno ser considerados desde el punto de vista de la violencia.

Antes de relacionar esos casos, debo rebatir las objeciones con las cuales Savigny ha intentado debilitar la fuerza probatoria de los cuatro textos que preceden. Por de pronto, cree poder eliminar el primero de la manera siguiente: La L. 2 del título, la única a la cual pueden relacionarse las palabras *vel alieno modo*, dispone que en el caso de una contienda judicial, cuando una de las partes está ausente, el estado de la posesión no podrá ser modificado, ni por un rescripto del Emperador, ni por un decreto del Juez. Es evidente, según Savigny, que esta disposición no concierne más que al procedimiento, y que los compiladores se han equivocado al insertarla ahí, pues no era ese su lugar. He ahí precisamente lo que yo debo discutir. Una disposición que atañe tanto al procedimiento como a la posesión, puede ser aplicada a las dos materias, como así ha sucedido, por parte de los compiladores de Justiniano, para la primera particularidad mencionada más arriba, de la *actio momentanea possessionis*. El texto citado ha sido tomado de la L. 5, Cód. Teod. *unde vi* (4, 22), y de esto resulta que los mismos compiladores del Cód. Teod. consideraban la relación de esta disposición con la posesión como una de las más importantes; lo que se comprende fácilmente después de lo que acabamos de exponer. No es inconsideradamente cómo los redactores del Cod. Just. han seguido este ejemplo: muy lejos de ello, la clasificación sistemática de ese texto ha sido objeto de atención detenida, según resulta por modo evidente, teniendo en cuenta que no lo han dejado bajo el título *unde vi* (8, 4), sino que lo han transportado bajo el título nuevo creado por ellos (1). En sentir de los compiladores del Cód. Teod., el caso a que el texto se refiere corresponde indudablemente a la esfera amplificada del int. *unde vi*. Los compiladores de Justiniano, que tenían ese hecho ante su vista no podían señalar con más claridad la dila-

(1) Los compiladores de las Basílicas lo colocan igualmente en la posesión, lib. 5.º, tít. 23, L. 52.

tación de la esfera de aplicación de este interdicto, sino insertando el título que a él se refiere y en el cual relacionan dos innovaciones de principios con respecto al derecho antiguo, entre el título *unde vi* (8, 4), y el título *uti possidetis* (8, 6).

Savigny no examina el segundo de los textos citados más arriba, y, que yo sepa, no ha sido hasta aquí invocado por ningún autor. En cuanto al tercero, promueve inmediatamente la objeción de una falta de clasificación sistemática; objeción que, dicho sea de paso, es para Savigny un arma de doble filo, porque el único argumento sobre el cual apoya su conocida opinión, de que el int. *unde vi* debió ser ampliado en el derecho nuevo hasta las cosas muebles, es... la clasificación de la L. 7, Cód. 4 t. (sobre las penas de la defensa privada en la substracción de la posesión) bajo el título *unde vi*. Cométese, en verdad, una extraña contradicción al declarar en un caso la inserción del texto, bajo un determinado título, un hecho sin importancia y dar a esa misma inserción en otro una importancia secunda en consecuencias—y además atribuir a los compiladores primero una indiferencia completa en este punto, y en el otro un examen de los más atentos, y una concisión tan extrema que merecería más bien censuras que alabanzas. Savigny ve un apoyo de la objeción que dirige al texto en las palabras: *per errorem vel incuriam DOMINI* (en lugar de *possessoris*), que prueban suficientemente que es la *reivindicatio* a lo que tal pasaje alude. Es difícil comprender cómo Savigny ha podido servirse de una objeción tan insignificante, de que él mismo prescinde en otras ocasiones (1), y que no merece otra refutación, en lo que le concierne, que una simple referencia a los numerosos pasajes en los cuales el *dominus* intenta los interdictos posesorios.

El cuarto pasaje, por fin, querría decir que hay casos donde se podría invocar el antiguo int. *unde vi*; pero en los que no puede haber la *acusatio ex lege Julia*. Savigny no lo ha probado,

(1) Podrá, en efecto, referir con tanta más razón, a la *reivindicatio*, los términos de la L. 12, Cód. de poss. 17, 32: *nihil penitus domino praejudicii generetur*; pero aquí (372) no siento el menor escrúpulo de extenderlo a la continuación de la *posesión*.

porque es una alegación puramente gratuita el decir que no hay *crimen vis* en el ejemplo que él cree poder invocar, si durante la ausencia del poseedor su inmueble es ocupado sin violencia y a su regreso no intenta volver a la posesión. Este aserto no encuentra apoyo alguno en la teoría de los autores de los Pandectas (1), y además pone a Justiniano en contradicción consigo mismo en el mismo título, porque dispone expresamente en la L. 11, ib. que un ocupante tal debe también ser tratado como *prædo*.

Tratemos ahora de enumerar los casos particulares en los cuales el derecho nuevo ha admitido el interdicto o la acción *momentaneae possessionis*. Son los siguientes:

1. El caso DE ERROR. Según la L. 5. Cód. h. t. antes citada, se podía preguntar si la expresión *per errorem* debe ser aplicada sólo al error del poseedor precedente o también al del ocupante: todo depende de la cuestión de saber si el *domini* se refiere a *per errorem* o sólo a *incuriam*. Según la L. 11, ibid., no se puede poner en duda que la obligación de restituir existe también en el caso de error del ocupante, porque Justiniano rechaza expresamente aquí el pretexto que se utilizaba de buen grado, a lo que parece, en la ocupación de los inmuebles de un ausente, a saber, que se había considerado equivocadamente como suyo el fundo del adversario (*ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit, omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere*). El interés práctico de ese caso está manifiesto. En la mutación de la propiedad de los fundos rurales por sucesión o venta puede ocurrir que el nuevo propietario no tenga un conocimiento exacto de la extensión de sus bienes, y tome por error demasiado poco o mucho en su posesión. Si en el primer caso, su vecino se aprovecha de

(1) Comparar, p. ej., los pasajes siguientes del tit. *ad. Leg. Jul. de vi privata* (48, 7), que se ocupan tan sólo de la aprehensión *de hecho* de las cosas de otro sin mencionar la violencia contra el poseedor: L. 3, § 2, *per injuriam EX BONIS ablatum* quid. L. 7, *si in rem debitoris intraverint nulo in concedente*. L. 8, *sine auctoritate judicis res debitoris occupet*.

este error para apropiarse el resto, o si en el segundo caso no lo advierte, la diferencia de este error ocasiona un cambio en las relaciones de posesión, el cual no podía remediarse según el derecho antiguo por los recursos posesorios, y sí por la *reivindicatio* (1). La necesidad de un remedio era aquí indiscutible, porque es, en mi sentir, un rigor injustificable exigir del propietario la prueba de su propiedad frente a un adversario que, según él, puede demostrar le ha sustraído la posesión sin fundamento alguno jurídico. Sólo los que desconocen el verdadero fin de la protección posesoria y ponen por encima de los intereses prácticos de la vida diaria una noción escolástica soberanamente estrecha, que ellos mismos han fabricado, pueden criticar la extensión a ese caso de la noción de la *injuncta possessio* realizada por el derecho nuevo. ¿Qué importa para el interés del poseedor, y el interés deberá ser el único punto decisivo en toda esta materia, que el adversario le haya arrebatado la posesión por violencia o de cualquier otro modo? Basta que eso sea de hecho *injuncto*, contra su voluntad, y que la posesión sea reconocida en principio como una relación que merece y reclama protección. ¡Cuántas veces, por lo demás, no será dudoso si el acto del tercero debe ser calificado aprehensión de la posesión o simple tentativa de aprehensión! Supongamos, en el caso citado, que el propietario que se encuentra presente cerca de sus bienes (y al cual no se puede, por tanto, aplicar los principios concernientes a la pérdida de la posesión de los fundos de personas ausentes), sabe, pero ya en la primavera, que su vecino ha cultivado y cerrado una parcela alejada de sus fundos en el otoño anterior. Su posesión, en este caso, ¿está perturbada simplemente o ha sido arrebatada? Si el juez se decide por la primera alternativa, el posesorio, es decir, la prueba de su *posesión* basta para el demandante; si el juez se decide por la segunda

(1) L. 37, § 1, *D. de usurp.* (41, 3). *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisi possessionem, quod vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit.* La *negligentia domini* en ese pasaje corresponde a la *incurie domini* del pasaje antes citado.

alternativa, el demandante debe acudir al petitorio, esto es, probar su *propiedad*. ¿Cuál será la consecuencia de tal principio? Todo Juez de tacto y práctica se declararía a toda costa a favor de la continuación de la posesión.

2. *Infidelidad del representante*. Cuando el tenedor *alieno domine* abandonaba a un tercero la posesión del fundo, el propietario no tenía, según el derecho antiguo, protección alguna posesoria contra ese tercero, viéndose reducido a los medios petitorios. Esto constituía un gran daño para el propietario, pues dependía muchas veces del colono hacerle perder su cosa, porque es sabido que la prueba de la propiedad, cosa tan fácil en pluma del teórico, lo es menos en la realidad que sobre el papel. ¿Merece el derecho nuevo una censura por haber colmado este vacío? Ya se hiciera esto por la L. 6, § 1, Cod. h. t. (L. 2, Cod. Teod. h. t.) de Graciano y Valentiniano (382), de la que aún no hemos hecho caso hasta aquí, para el caso especial en que los tutores hubieran por connivencia entre sí cedido al adversario la posesión de su pupilo. Este no debía sufrir por esta *culpa temeritates alienae*, «*sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est reddatur*». Se trata aquí de un remedio posesorio, como lo prueba la clasificación del pasaje bajo el título *unde vi* y la alusión a la celeridad del procedimiento (*ILLICO reddatur*), que, según la última terminología, es el signo distintivo cierto de la *act. mom. poss.* (1). Diocleciano había hecho lo mismo en la L. 5, Cód. de poss., para el caso de venta por parte del colono. La expresión *DOMINI tui jus non convelli* puede, en verdad, ser entendida para la *revindicatio*, pero el emperador tenía presente sin duda la protección posesoria; así resulta, no sólo del título *de acquirenda et retinenda possessione*, sino también de la proposición enunciada al principio del pasaje: *nemo causam possessionis sibi mutare potest*, sin contar que la expresión resultaría una trivialidad: a saber, que el colono no puede privar al propietario de su *propiedad*. Justiniano en la L. 12,

(1) V los pasajes citados por J. Gothofredus, l. cit

C6d. de poss. (T. 32), ampliaba esta disposición a la representación posesoria en general:

Ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel aiii prodiderit desidia forte aut dolo, ut locus apenatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus dominu praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

El propietario no sufrirá, pues, daño alguno, es decir, se le restituirá la cosa, y no a causa de su propiedad—lo que nadie, que yo sepa, ha sostenido todavía, aunque Savigny hubiera podido sostenerlo con tanta razón como respecto a la L. 5, Código *unde vi*, fundándose en la palabra *domino*—sino a causa de la posesión. Pero hay una gran divergencia de opiniones que se remonta hasta la época de los glosadores sobre la naturaleza jurídica de esa relación posesoria. ¿Qué ha de admitirse, que la posesión *continúa* o que *ha cesado*? (1). Apenas si hace falta decir que Savigny defiende la primera opinión, porque la segunda está en contradicción abierta con su idea de la naturaleza restringida de la protección recuperatoria de la posesión. El único punto de apoyo para esta opinión es la L. 3, § 6-9 de *poss.* (41, 2) de Paulo, en cuanto trata de inducir que, en la opinión de este jurisconsulto, la posesión no continúa sólo en el caso que él menciona expresamente, es decir, cuando el representante se limite a alejarse, sino también en el caso en que le ha entregado a otro. Pero Africano y Papiniano enseñan lo contrario para este último caso en la L. 40, § 1, 44, § 2, *ibid.* (2), sin dejar siquiera la posibilidad de sostener la opinión contraria.

(1) Savigny, p. 374.

(2) La L. 33, § 4 *di usurp.* (41, 3), parece no haber tenido en cuenta más que las cosas muebles. Ahora bien; ya se sabe que para esas cosas, la pérdida de la posesión estaba regulada de un modo diferente.

Por otra parte, la supuesta opinión contraria de Paulo, si se ha de entender según Savigny, se expresa en términos que responden mal a una divergencia tan importante (§ 9 cit., *nam constat nos possidere donec*, etc.) Rudorff (en Savigny, p. 636) añade a los testimonios apuntados la cita tomada por Gelio (XI, 18, párrafo 13) de la obra de Sabino *de furtis* sobre la condenación por robo de un colono que había vendido el fundo, de ahí: *POSSESSIONE ejus dominum INTERVERTISSET*: y yo puedo aún añadir una prueba nueva, a saber: la L. 3, § 1, Cód. *unde vñ* de que más arriba se ha tratado, que hace resultar de la entrega dolosa de la posesión por el tutor la pérdida de la posesión en la persona del pupilo (*possessio ei, a quo ABLATA est reddatur*).

El interés práctico de esta diferencia no deja de tener su importancia para la cuestión de la protección posesoria, aun hecha abstracción de la usucapión. Las dos opiniones tienden en verdad a hacer recobrar al poseedor la posesión que le había sido de hecho arrebatada. Pero, en opinión de Savigny, el poseedor debe en el instante mismo en que sabe el estado de las cosas, tomar sus medidas judiciales o extrajudiciales para representar la posesión como *todavía existente*; sin eso la pierde, y, por consiguiente, como no hay violencia, pierde al propio tiempo el remedio recuperatorio: la opinión opuesta, por el contrario, le deja abierto el int. *unde vi*, durante todo el término de la prescripción, permitiéndole intentarlo aun en el caso de enajenación (1), en tanto que el int. *uti possidetis* supone la posesión actual en la persona del defensor.

3. *Disposición judicial ilegal*. El principio de la invalidación de un cambio de posesión realizado por una decisión judicial ilegal, es reconocido por el Código de Justiniano en dos pasajes, en la L. 2, Cód. *si per vim* (8, 5), y en la L. 3, Cód. *quid legit* (3, 6). Según los términos del primer pasaje, un rescripto imperial o una disposición judicial que deciden la transmisión de la posesión no pueden ser ejecutados en ausencia del poseedor

(1) Y aun contra aquél que no ha hecho más que despojar al poseedor, sin apropiarse él mismo la posesión. L. 4, § 22 *de usurp.* (41, 3).

actual (1). La contravención de esta prohibición cae bajo la expresión del título: *Si (per vim) vel ALIIO MODO absentis PERTURBATA sit possessio*, por donde la consecuencia de la restitución de la cosa a causa de la simple posesión, y no de la propiedad, resulta de la posición y de la contextura del título (2). El segundo pasaje dispone que la entrega en posesión judicial obtenida por sorpresa (*sub colere adipiscendae possessionis obreptitia petitio*), sobre todo, cuando el adversario no ha sido oído, no puede causar perjuicio a este último, y la ejecución eventual de la orden de entrega puede ser invalidada por medio de la *actio momentaneae possessionis* (3). El encadenamiento de este pasaje no parece, a primera vista, completamente claro. Pero llega a ser indudable cuando se le relaciona con la ordenanza de Constantino, mencionada ya, que contiene la L. 1, Cód. Teod. h. t. Constantino había dispuesto que si *possessio absentis, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat, quolibet pacto ablata sit*, esos tenedores deberían ser autorizados para intentar la acción *moment. poss.*, y la L. de *ibid.* concedía esta facultad a todos los allegados del ausente (*servis, amicis, parentibus, proximis vel libertis*), aun independientemente de la condición de la detención. Ahora bien: la L. 3 citada, por lo mismo que coloca en primer lugar esta propiedad de la acción de ser una acción popular (*momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam*), hace aplicación de ella al caso en que se trata de una entrega de posesión judicial obtenida por sorpresa, caso que los dos pasajes no excluyen, aun cuando no los

(1) V. J. Gothofredus sobre la L. 1, Cód. Teod. *unde vi* (T. 1, p. 452), acerca de la necesidad de proteger a los ausentes contra esas medidas y otras semejantes, que tiendan a arrebatarles subrepticamente la posesión.

(2) En el *Cod. Teod.* este pasaje figura como L. 5, en el título *unde vi* y el siguiente como L. 6.

(3) V. Bruns, l. c., p. 72 y 73, acerca de la cuestión ya debatida de si el int. *unde vi* es admisible también contra las ejecuciones ilegales de la autoridad. Bruns está por la afirmativa, y con razón, por analogía con L. 3, § 1 *quod med.* (4, 2).

mencionen expresamente (1). La acción que en ausencia del poseedor se concede al tercero, corresponde con mayor razón al poseedor mismo, importando poco que estuviese presente o ausente en el momento de la toma de posesión por el contrario.

La L. 2, Cód. Teod. *unde vi* (4, 22) contiene también otro caso análogo de aprehensión subrepticia de la posesión, so capa de derecho: es el caso en que se ha abusado de un rescripto imperial (*neque vulgata rescripta neque adversario sollemniter intimato*) o bien alegado falsamente un juicio ya concluído a fin de intimidar al poseedor (2). Igualmente había lugar en ese caso a una acción posesoria, como lo prueba la inserción del pasaje, bajo el título *unde vi*. En la L. 6, pr. del título correspondiente del Código de Justiniano, ese pasaje quedó desconocido.

4. *Aprehensión de la posesión de un ausente*. En la L. 11, Cap. *unde vi* (8, 4), Justiniano dispone que aquellos *que vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt*, serán considerados como *praedones*, debiendo observarse respecto de ellos todo lo que se observaba con respecto a éstos en lo concerniente a la restitución de la posesión. Que eso alude al interdicto *unde vi*, no se discute ni aun por Savigny. Pero no existe acuerdo acerca del sentido que es preciso dar a *VACUA possessio*. Se ha de ver, como quiere Savigny (3) (p. 469), una posesión perdida por la sola ausencia del poseedor (la *possessio* de la L. 37, § 1, *de usurp.* 41, 3); *quae ex negligentia domini vacat*, o bien es una posesión que dura actualmente, aun cuando no sea

(1) En efecto, aunque la L. cit. empleaba también los términos *dijec-ti* y *violentia*, las demás expresiones son completamente generales: *Cujuslibet rei possessione PRIVATI, QUOLIBET PACTO poss. ablata*: tal es la versión de Hänel, según los mejores manuscritos; otros ponen en relación *quolibet pacto* y *peregrinatus*, como hace la L. 1, *Cod. si per vim* (8, 5), *Status, qui PER INJURIAM SUBLATOS est*. Lo mismo ocurre con las expresiones de la L. 4: *si perturbatus possessionis status sit vel disepulum aliquid, quae probantur ablata*.

(2) V. para lo demás Jac. Gothofredus, sobre ese pasaje, p. 454.

(3) Según Bruns, en los *Anales* de Berkher y Muther, IV, p. 65, esta opinión está «*hoy fuera de duda*».

ejercida ni por el poseedor, ni siquiera por representante, como en el caso en que el colono o los esclavos se han ausentado (1). Por mi parte estimo esta última opinión exacta. La opinión de Savigny atribuye a Justiniano esta monstruosidad de haber creado una protección para la posesión abandonada por el poseedor mismo, lo que no puede conciliarse en manera alguna con lo que él mismo dice del derecho anterior. Este, dice, no concedía ninguna protección al poseedor, *VIOLENTIA in ablatam possessionem minim praecedente*. Ahora bien, en un caso en el cual faltaba la posesión misma, un jurisconsulto antiguo no hubiera dejado de mencionar ese motivo tan decisivo de imposibilidad de la protección posesoria, en lugar de ir a buscarlo en la *vis*, que aquí no era posible. Nos hace pensar esto en la actitud de un hombre que para defenderse de la acusación de haber matado a una persona ya muerta por otro, no alegase que esta persona estaba ya muerta, sino que el golpe que ella le había dado no podía ocasionarle la muerte. Buscar en el caso a que nos referimos el impedimento en la imposibilidad de la *vis*, es confesar o reconocer implícitamente la existencia de la posesión. Añádase, además, la excusa que Justiniano pone en boca de los ocupantes: *quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint*, en tanto que en el supuesto de que la cosa no estuviese en la posesión de nadie, tendrían una justificación completamente distinta y perfectamente legal, con la alegación de ese hecho (2). Ambas consideraciones producen la

(1) En ese caso, según la teoría de los jurisconsultos romanos, la posesión continuaba *provisionalmente* (V. más abajo, XIV).

(2) L. 37, § 1, de *usurp.* (41, 3). *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, etc.* L. 4, § 28, *ibid.* *Item si occupaveris VACUAM possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi posse disse.* Hay más, la L. 8, Cód. de *omni agr. des.* (11, 58) autoriza a toda persona que lo desee a cultivar los *agrorum domino cessante desertos*, esto es, los fundos incultos, y, por consiguiente, fuera de la posesión del propietario (V. más adelante, XIII). Justiniano no podía, sin cometer la más grosera contradicción, excitar aquí a un acto contra el cual impone en otro lugar las penas más severas. No se puede además conciliar con esta opinión la L. 4, Cód. de *poss.* (7, 32), que

convicción de que en la cuestión sometida a la decisión del Emperador, se trataba de una relación de posesión *existente*, y su alegación, que el derecho antiguo en ese caso no concedía protección alguna posesoria al poseedor, porque la noción de la *vis* no puede aplicarse a las cosas, merece en mi sentir adhesión plena, mientras no se señale ningún testimonio favorable a la opinión contraria. Yo no conozco ninguno (1). Entre los pasajes todos que se refieren a ese caso, no hay uno en que se conceda el int. *unde vi* al poseedor despojado que se resignó a soportar la substracción después de haber tenido conocimiento de ella. Lejos de eso, para conceder este interdicto, se supone siempre que el poseedor se presente en los lugares mismos, colocándose así ante una resistencia contra él dirigida; Savigny precisamente es el que ha indicado la «violencia personal inmediata» como condición de este interdicto. El derecho antiguo no concedía ningún recurso posesorio a aquel que temiese dar ese paso, no siempre exento de peligros, o que no podía darle por estar ausente: no quedaba entonces más que la reivindicación.

Mas no es sólo sobre el testimonio de Justiniano en lo que yo fundo esta opinión: la encuentro aún más claramente perfilada en las expresiones de que los jurisconsultos romanos se sirven, con respecto a los dos casos de pérdida de la posesión, en los pasajes citados en una nota anterior. En la L. 3, § 8, cit., el jurisconsulto habla del caso en que el poseedor no se mostrara, por miedo, y dice: *amisisse eum possessionem*, en tanto que hubiera bastado dos letras para añadir *vi*. En la L. 7, *ibid.* se encuentra la misma expresión, y aquí sobre todo la omisión de la palabra *vi* es muy significativa, porque la 6, § 1, que tiene con este pasaje una conexión íntima, añade expresamente la pa-

reconoce expresamente que, abstracción hecha del caso de la *metus necessitas*, el abandono prolongado de los fundos cede en *perjuicio* del poseedor, es decir, acarrea la pérdida de la posesión.

(1) El mismo Bruns, l. c., p. 70, que participa de la opinión contraria, tuvo que admitir que los pasajes que se alegan, de la L. 3, § 8; L. 7; L. 25, § 2, D. 41, no hablan «en realidad más que de la pérdida de la posesión», y no de «la admisión del interdicto».

labra *vi* para el caso *si revertentem dominum non admiserit (vi magis intelligi possideri, non clam)*, y en fin, la L. 25, § 2, *ibid.*, designa la manera con que tiene lugar en el caso aludido la pérdida de la posesión por estas palabras: *ANIMO desinamus possideri*. ¿Cómo conciliar esta expresión en el caso de una *disjectio*; en la cual se sabe que la posesión se pierde *corpori* y no *animo*? Y yo añadiría todavía: ¿cómo conciliar esta hipótesis con la teoría de Savigny? Desconociendo la relación de que aquí se trata, se ha puesto en una pendiente muy resbaladiza. Y en efecto, se ve obligado desde luego (p. 229) a contradecirse, hasta el punto de destruir por completo la definición que él mismo ha dado de la *vis* como condición del *int. unde vi: una violencia que afecte directamente a la persona*.

Si la ocupación arbitraria del fundo supone de una manera absoluta, presentese o no el poseedor, una violencia inmediatamente personal, ¿qué especie de violencia habrá que no merezca esta calificación? ¿Por qué acentuar añadiendo *inmediata*, la dirección personal de la violencia? «Pero, dice Savigny (p. 431), importa poco que la violencia haya sido realmente ejercida o que un temor fundado haya podido evitarla, siempre que haya sido, no por temor de un peligro *por venir*, sino de un peligro *actual e inmediato*. Del mismo modo, es indiferente que el poseedor haya sido expulsado de su casa o que sólo se le haya impedido entrar en ella», y esto supuesto, se encuentra evidente que «cuando la casa ha sido ocupada durante la ausencia del poseedor, este último podrá como *dejectus*, invocar el interdicto, aunque no hubiere hecho esfuerzo alguno por volver a su posesión». En verdad, si la obra en que se encuentra ese razonamiento no llevase al frente el nombre de Savigny, no podría admitir que tal cosa saliese de su pluma. De suerte, que cuando recibo aviso de que otro ha tomado posesión de una cosa—con la firme intención de defender la posesión a mano armada—¿no hay ahí para mí un daño *por venir*, sino un daño *actual e inmediato*? Si eso es verdad, vuelvo a preguntar, ¿cuál será el peligro *venidero* que no sea actual e inmediato? No hay, pues, más que *violencia personal o inmediata*. Toda aprehensión violenta de la

posesión, en caso de ausencia, contiene, por tanto, una violencia personal contra mí, y un peligro personal inmediato para mí. Pero, ¿cómo sabemos entonces que el ocupante tiene realmente la intención de sostener su posesión con las armas? Una familia pobre ha sentado sus reales en un pabellón, tendejón, almacén, bodega dependiente de mi jardín, o bien, el comprador de un terreno se ha puesto a cultivar por puro error una parcela de tierra contigua que me pertenece, ¿cuál es el peligro que me amenaza, si yo me acerco a esos sitios para defender mi posesión?: «*facile expulsurus finibus, simulatque sciero*», como dice la L. 18, § 3, *De poss.* (41, 2). Pero supongamos que yo sea un hombre temeroso hasta el exceso y que yo tenga miedo de hacerlo, mi miedo no sufre en realidad la *vis*, en la persona de un contrario. Ahora bien: ¿cómo probar yo esta *vis*, si yo no le doy la posibilidad de traducirse en hecho? ¿Cómo podré probar mi propio miedo? Y sin embargo, no es necesario, porque «si yo me abstengo por un motivo que no sea el temor de hacer valer mi posesión, la de mi contrario no es una *vitirosa possessio*, porque comienza por mi propia voluntad». Es el mismo Savigny quien tal dice en la p. 350. ¿Quién será el hombre que no renuncie por completo al interdicto *unde vi*, antes de enfrascarse en dos pruebas tan imposibles la una como la otra?: la prueba de que mi contrario llegaría hasta una resistencia violenta si yo me presentase, y la prueba de que el motivo de mi abstención no se encontraba en mis conveniencias, sino en el miedo de ser personalmente maltratado. El interdicto en esta forma no se mueve en el mundo exterior, sino en el alma de las dos partes, y el juez que hubiera de decidir necesitaría el don de leer en los corazones y presentir los pensamientos y resoluciones futuras.

Los juriconsultos romanos evitaban estas dificultades sencillamente, no haciendo mención del interdicto para ese caso.

Justiniano, al colmar vacío tan indudable, ahorrando al poseedor la pena y el peligro de ser expulsado personalmente, ha obrado, en mi opinión, muy bien, y cuando Puchta (*Pandectas*, § 135, nota), llama la vía seguida por el Emperador, la *vía de la*

arbitrariédad, a causa de la falta de las dos condiciones esenciales, la violencia sufrida y la pérdida de la posesión, formula una censura que cae antes sobre él mismo que sobre el Emperador. En efecto; en cuanto a esta última condición, olvida Puchta que la posesión se pierde cuando el poseedor no ha hecho nada por conservarla (XIII), y en cuanto a la primera, su opinión se reduce en el fondo a la pretensión ingenua de que los poseedores colocarán su piel en peligro y verterán su sangre para procurarse el interdicto, tan sólo por salvar la noción escolástica de la *vis*. En la vida se estima de muy distinto modo el valor, que es preciso dar a los bienes de que aquí se trata.

Termino aquí la exposición del desenvolvimiento del *int. unde vi* en el derecho nuevo. Poco importa que se le designe como extensión por analogía de este interdicto, o bien por la expresión conforme a las fuentes, como interdicto o acción *momentaneae possessionis*. El nombre no hace la cosa. Lo que yo no puedo comprender es cómo se puede ignorar o combatir ese desenvolvimiento, y si Savigny lo hizo, y con éxito tal, que ya no hay cuestión para la mayoría de sus sucesores (1), yo no veo en ello más que una prueba sorprendente de la potencia de las opiniones preconcebidas y de la fatal influencia que puede ejercer la autoridad de un nombre célebre, aun en nuestra época tan celosa de su espíritu crítico. Y digo influencia fatal, porque la extensión dada por el derecho nuevo, y que de tal manera se echa a un lado, es en mi opinión uno de los raros progresos de la legislación en la última crisis del Imperio. La evolución que ahí se completa, es el peso de la forma de la injusticia circumscripita a la simple *vis*, o la idea de la injusticia pura, de la *quaecumque injusta causae amissionis*, como se dice a propósito de la *actio spoli*. La analogía entre esta acción y el remedio jurídico de

(1) A lo sumo podría citarse Sintenis *Gem. Civilrechts (Derecho civil común)*, II, § 124, nota 48, que trata de poner en relación la *actio spoli* y la *moment. poss.*, pero sin tener una idea clara de esta última. V. Brinz, *Pandectas*, I, pág. 86.

que nosotros tratamos es evidente (1), y esta circunstancia precisamente, que basta para desacreditarla a los ojos de algunos autores, es la que se recomienda a la acción. En efecto: si no se considera, por virtud de un prejuicio, toda transformación de la teoría de la posesión romana, en épocas posteriores, como una composición y un disfraz, resultado de ignorancias y errores, como una apostasía al único evangelio salvador de la teoría posesoria romana; y, por el contrario, se penetra uno (como yo lo estoy) de la convicción, según la cual, una forma jurídica, que no se limita a aparecer un momento para desaparecer inmediatamente, sino que se extiende por varios siglos y se mantiene enérgicamente a pesar de todas las oposiciones, debe haber nacido de una irresistible impulsión práctica, se verá una prueba luminosa de autoridad interna y de fuerza incontrastable en la circunstancia de que la idea a que nos referimos haya sabido impónerse dos veces en épocas diferentes, tan lejanas una de otra, y la segunda vez de una manera por completo independiente de la primera. ¿Cómo desconocer esta autoridad? Que se olvide por un momento el llamado interés científico, que se siente llevado con exceso a ver sus propios peligros en las nociones que hemos heredado de los juristas romanos, y que se pregunte, sin prejuicios, si se puede justificar de cualquier modo que en el caso en que la substracción de la posesión cae bajo la noción de la *vis*, la prueba de la simple posesión basta, mientras en todos los demás casos sería preciso la prueba de la propiedad. Si se reconoce que la posesión es una relación que es necesario proteger jurídicamente, ¿por qué quedarse a la mitad del camino y no concederle una protección entera? ¿Es que acaso esta semiprotección, que no se le puede menos de reconocer en el antiguo interdicto *unde vi*, era una ventaja tal del derecho romano antiguo, que era necesario mantenerla a toda

(1) Es expresamente reconocida aun por los antiguos jurisconsultos. p. ej., Cujas, Obs. XIX, 16: *Generale interdictum restitutorium momentaneae possessionis, quod hodie beneficium redintegrandae possessionis vocamus.*

costa, o es más bien una imperfección, a la cual no se puede conceder autoridad histórica sino porque los jurisconsultos romanos, atados por la fórmula del interdicto, no estaban en situación, cuando interpretaban este último, de dar a la noción de la *vis* una extensión que la hubiera hecho desaparecer? Si la jurisprudencia romana no ha llegado más allá en la posesión de las nociones de *vi, clam, precario*, yo no veo en eso la expresión de la convicción de que esos límites sean trazados por la misma naturaleza de la posesión, según quieren muchos autores; lo que veo únicamente es el resultado de condiciones históricas dadas, de la fijación tradicional de los interdictos posesorios en relación con los tres *vitia possessionis*. Si se reflexiona que esta *tripartición* ha crecido con el sistema entero, en sus detalles más íntimos y más pequeños, que se producen en todas las fórmulas, se comprenderá fácilmente que no se podía echarla por tierra en una época donde el sistema de procedimiento estaba todavía en pleno vigor, sin destruir a éste en todas sus partes: Este obstáculo ha desaparecido en la época imperial posterior, y si la jurisprudencia ha usado de esta libertad para retirar los límites de la protección posesoria más allá de la noción de la *vis*, este esfuerzo merece más bien la aprobación y una acogida benévola que la censura y la oposición; yo voy más lejos aún, y no vacilo en sostener que, lejos de ponerse así en contra de la idea de posesión, tal como había sido concebida y expresada por el derecho anterior, la ha librado, por el contrario, de una contradicción interna. Y en efecto, no puedo menos de ver una contradicción íntima en el hecho de que el heredero es tratado con más consideración que su autor. Ya he puesto de relieve más arriba la función posesoria de la *hereditatis petitio*; lo que allí he dicho se aplica también a los interdictos *adipiscendae possessionis*, del heredero, es decir, al interdictum *quorum bonorum, quod legaturum*, y al *Remedium ex lege ult., Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo*.

Ahora bien: que se compare la posición jurídica en que esos remedios del derecho colocan al heredero con lo que los interdictos proporcionan al *de cuius*. Mientras el heredero ob-

tiene los remedios posesorios (1) contra todas las personas que se han apropiado la posesión de las cosas hereditarias, el interdicto *quod legatorum*, contra quien se le ha apropiado en virtud de un legado supuesto o real, la *hereditatis petitio* el interdicto *quorum bonorum* y el *remedium* antedicho, con quienes se las han apropiado en virtud de un supuesto derecho de herencia o sin derecho alguno; el *de cuius*, por el contrario, no se halla protegido más que contra aquel que le ha arrebatado *violentemente* la posesión. Que no se diga que esos remedios jurídicos de los herederos son *adipiscendae possessionis*, en tanto que los del *de cuius* son *recuperandae possessionis*. En efecto; la *adipisci*, en la persona del heredero, tiende tan sólo a *recuperare* la posesión del *de cuius*, y la readquisición que él persigue no recibe la forma de adquisición más que porque, conforme a la teoría romana de la posesión, la posesión cesa con la muerte del *de cuius* y no pasa, *ipso jure*, a sus herederos (2). Pero el fundamento de su protección no es otro que la posesión procedente del *de cuius*, y es esta posesión, no la propiedad, lo que forma el objeto de la prueba. Mas si el *de cuius* mismo, o el heredero después de haber tomado posesión, llega a encontrarse, en situación de reclamar la restitución de la posesión que le ha sido injustamente quitada, esa facilidad de la prueba no le será concedida sino en el caso en que la sustracción de la posesión de parte del contrario pueda ser considerada desde el punto de vista de la *vis*. Supongamos, por ejemplo, un legatario, verdadero o supuesto, que se apropia la posesión de la cosa, por ejemplo, haciéndose entregar el fundo entregado por el colono, antes de que el heredero haya tomado posesión de la masa; en ese caso, este último podrá obligarle por medio del int. *quod legatorum* a restituir la posesión, porque los términos generales

(1) Ya me he explicado antes acerca del derecho que se tiene de darles ese nombre.

(2) Lo mismo ocurre con el int. *adip. poss.*, de que se hace mención en la L. 2, § 3, *de interd.* (42, 1): *quo itineri venditor unus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto*. V., además, la L. 1, § 37, *de aqua* (43, 20).

de este interdicto son aquí aplicables: *quod quis legatorum nomine non est voluntate heredis occupavit* (L. I. § 2, *quod leg.* 43, 3). Pero si eso ocurre en vida del testador, o después que el heredero ha tomado posesión de la herencia, uno y otro están obligados a acudir al petitorio, a menos que puedan alegar una violencia por parte de su contrario. ¡Qué contradicción! ¡Es necesario que el hombre muera para que la idea de la protección posesoria sea plenamente reconocida en derecho; es preciso que la posesión, y con ella la posibilidad de limitar la protección a la condición de *vis*, cese, para que el principio citado: *quod quis non ex voluntate (ejus ad quem res pertinet) occupavit, restituat*, sea eficaz! ¡Si eso es cierto, la posesión pasada es más eficaz que la actual; su cesación es una ventaja, su continuación una carga! ¡Es preciso morir para tener la plenitud de la protección posesoria! Nos hace pensar esto en aquel puesto de policía que obligaba a entrar a la gente provista de pasaporte en una sala de espera, a fin de examinarla, y dejaba pasar libremente a los que *no le tenían!*

Y tan palmaria desproporción entre los efectos de la posesión pasada y de la actual, ¿habrá sido sugerida por la idea de la posesión? Puedo conceder que la había en el derecho romano antiguo. Si los jurisconsultos romanos no se han opuesto, no es porque no *quisieran*, sino porque no *podían*, según ya lo hemos advertido. Pero nuestra ciencia moderna, que en virtud del desenvolvimiento indicado más arriba de los remedios posesorios en la época imperial posterior, ha conquistado la libertad suficiente para emanciparse de los obstáculos históricos, peca contra sí misma y contra la vida práctica, cuando se somete a las cadenas antiguas, por una adhesión ciega a la teoría de los jurisconsultos romanos; y cuando en lugar de reconocer esas cadenas como tales, y de regocijarse porque han sido rotas, emplea toda su sagacidad para justificarlas y presentarlas como necesarias.

Por nuestra parte, ponemos ahora esta simple proposición: la posesión, una vez reconocida como relación jurídica, exige, no una *media*, sino una *total* protección; para el interés y el de-

recho de la posesión, debe ser indiferente por completo que haya sido lesionada de esta o de la otra manera, por violencia o de otro modo, y aquella misma generalidad de protección que se realiza en el int. *retinendae possessionis*, en lo que concierne al reconocimiento y al mantenimiento de la posesión, ha de ser reclamada para el int. *recuperandae possessionis*. De esta manera tan sólo es cómo la posesión obtiene una solución armónica, y como llega a ser lo que debe ser y lo que es, un baluarte al servicio del propietario contra todos aquellos que invadan inmediatamente la exterioridad de su derecho.

El caso de la *hered. pet.*, en que nos hemos ocupado hasta aquí, no era el único en el cual el mismo derecho antiguo se despojara de las tres condiciones tradicionales de los interdictos posesorios: *vi, clam aut precario*, para entender la noción de los vicios de la posesión de una manera completamente general. Había otra relación en la que se nota el mismo fenómeno: la posesión de la libertad por parte de un esclavo. La fórmula no dice: *vi, clam, precario*; sino *sine DOLO MALO impossessionem libertatis fuisse*, punto de vista este tan general como el *PRO POSSESSORE possidere* de la *hered. pet.* (I).

Réstanos ya determinar y formular de una manera más exacta, el principio de la protección recuperatoria de la posesión, tal como ha sido realizada en las decisiones aisladas que más arriba citamos, de la época imperial posterior. Los tres motivos especiales conocidos del antiguo derecho, *vi, clam, precario*, amplíanse en la noción general de la *injusta possessio*, que constituye la base de la posesión del *pro possessore possidens* en la *hered. pet.*, y la *actio spoli* de la Edad Media (*quaequunque injusta causa omissionis possessionis*), pudiendo emplearse aquí exactamente la misma fórmula que aquella de que el Pretor se servía en el int. *quod legatorum: quod qui non ex voluntate (actoris) occupavit*.—*Aprehensión contra la voluntad del poseedor*. Desde este punto de vista se comprenden todos estos casos: el error,

(1) V. la L. 6, § 5; L. 10, 11, 12, de *lib. causae* (40, 10).

tanto del ocupante como del poseedor precedente (mientras se trata de *sustracción* unilateral de la posesión, pero no de *transmisión* de la posesión ocasionada por error); la toma de posesión subrepticia en virtud de connivencia con el representante o de una decisión ilegal; la apropiación de fondos pertenecientes a ausentes. Quedan, por el contrario, excluidos todos los casos de pérdida de posesión que se apoyan sobre la tradición por parte del poseedor, importando poco que haya sido efectuada de modo que pueda ser atacada con otros remedios jurídicos, por ejemplo, por coacción o por dolo. Los límites pueden ciertamente ser dudosos en los casos particulares, principalmente en el caso de coacción. ¿Hay, en verdad, *metus* o *vis* cuando uno nos obliga, por amenazas de pasar a vías de hecho, a abandonar la posesión de nuestra casa? En el primer caso habría lugar a la acción *quod metus causa*, en el segundo al int. *unde vi*. El interés de la distinción es bastante grande, como es sabido, porque la primera acción permite oponer las excepciones petitorias (1), y el segundo no. Desde el punto de vista del procedimiento, el int. *unde vi* alcanzaría su fin en la mayoría de los casos, porque para probar la *vis* basta la amenaza de pasar a vías de hecho, como se presenta en estos dos casos (2), quedándole entonces al defensor el recurso de presentar la prueba de que él ha tenido efectivamente la tradición. Ocurriría lo propio con el despojo realizado en virtud de una decisión judicial ilegal: aquí también *vis* y *metus* se confunden, pero ya no se puede discutir la admisibilidad del int. *unde vi* contra el posesionado, puesto que el implorante ha prevenido los actos de violencia por una evacuación voluntaria.

La protección recuperatoria de la época imperial no está limitada al caso del delito, es decir, a la imposición de una falta en la persona del defensor. Aquel que persuadido de su buen

(1) V., por ejemplo, L. 12, § 2, *quod met.* (4, 2).

(2) También se encuentra la expresión *vis* empleada para el acto *quod mortis causa*, así como la expresión *metus* para el int. *unde vi*, V., por ejemplo, L. 11, § 2, *quod met.* (4, 2) y L. 1, § 29 *de vi*, (43, 16).

derecho, ha obtenido del tutor la entrega de las cosas que se encontraban en posesión del menor, no cae en falta (1), como no cae tampoco aquel que, ignorante de los límites, se pone a cultivar una parcela del terreno de su vecino (2). Según los principios generales bien conocidos no se les puede imponer la obligación de reparar todo el daño, expresado en el int. *unde vi*, como no se puede imponerla al heredero de aquel que se ha hecho culpable de una violencia frustrada; esta obligación supone la existencia de una falta. Allí donde esta última no existe, la obligación se reduce a la restitución de lo que el defensor detiene todavía. La necesidad de la falta no se limita al caso de violencia, no hace falta advertirlo casi; aquel que se apodera de un fundo/a sabiendas de que es de un ausente, no comete violencia alguna; lo cual no impide que según la L. 11, Cód. h. t., sea considerado como *praedo*, y que todas las disposiciones del antiguo derecho dictadas en odio a estos últimos deban aplicársele.

Dejo al lector libre de prejuicios que juzgue si la teoría que acabo de exponer, y que en el fondo reproduce enteramente la antigua doctrina de Cujas sobre el *generale restitutorium interdictum*, con el mérito sólo de haberla motivado más cuidadosamente, merece la censura que Savigny ha dirigido a ésta (página 466), porque según ella, «la nueva teoría de las acciones posesorias, sería tan vaga y arbitraria como precisa y consecuente era la antigua».—Vaga no lo es, ni más ni menos que la teoría de la *hered. pet.* y la de los interdictos posesorios del heredero de que ya hemos hablado, no tiene otro fin que el de dar a la protección posesoria de los vivos la misma extensión que esos remedios jurídicos contenían para el caso de muerte, y en verdad que no conozco a nadie que haya motejado esta última

(1) La L. 7, § 1, Código *unde vi* (8), no se aplica sólo al caso de la colisión; así resulta de las palabras: *habito PLERUMQUE colludio*.

(2) La L. 11, Cod. h. t., no es evidentemente contraria. Justiniano no tiene presente a aquellos que ocupan terreno de otro por error, sino a los que le ocupan a sabiendas y se sirven del error como pretexto.

de vaga. La noción de *pro possessore possidere* es más amplia que la de *vi possidere*, pero *amplio* y *vago* no son la misma cosa, y por mi parte encuentro la idea desenvuelta hasta aquí, es decir, la apropiación de la posesión *sin* o *contra* la voluntad del poseedor, infinitamente más precisa que la idea de la violencia desenvuelta por Savigny, mucho más si se tiene en cuenta que¹ después de haberla definido una *violencia que afecta directamente a la persona* (p. 429), la hace bastante elástica tres pasajes más lejos (p. 431), para admitir un caso en el que no se encuentra rastro alguno de violencia personal (V. antes). En cuanto a la censura de arbitraria que Savigny lanza contra nuestra teoría, es igualmente insostenible. Todo hombre que no lleve por adelantado¹ la idea fija de que el mundo no puede prescindir del int. *unde vi* del Pretor romano, sino que, por el contrario, el edicto pretorio debe fijar por siempre la regla a la cual deben someterse el pensamiento y el movimiento jurídicos, todo aquel, repito, que no lleve tal idea fija, verá en la emancipación de la protección recuperatoria de la condición de violencia un gran progreso justificado por los intereses de la vida práctica y por la idea de la protección posesoria, y en cambio, no verá lo arbitrario más que en la restricción de esta protección a la estrecha condición de la violencia. En efecto, si la posesión debe ser protegida, ¿por qué no habrá de serlo más que contra la violencia? (1), ¿qué importa al poseedor la manera como se le priva

(1) Significando *violencia*, coacción material física, y no acción de perturbación, la teoría de Ihering es la que priva en nuestro derecho. En efecto, la protección posesoria actual, según se desprende primero del Código civil (Lib. II, tít. V) y además de la ley de Enjuiciamiento civil, atiende a proteger la posesión en sí misma, sea cual fuere el motivo por virtud del cual es perturbada o desconocida. Por este lado parece como que ve nuestro derecho en la posesión la exterioridad de la propiedad de que habla Ihering; pero no sería difícil mostrar algunas disposiciones y mejor aún, mirando el espíritu de la institución de los interdictos, no sería difícil mostrar que lo que al cabo se protege es la *integridad* de la persona en una de las condiciones fundamentales de su vida de relación con la naturaleza para la satisfacción de sus necesidades, mediante la acción de su libre actividad.—(N. DEL T.)

de la posesión? El centro de gravedad de la posesión está, creo yo, en el poseedor mismo, y no en el contrario (1). Pero si se cambia esta proposición y si toma a la inversa la relación natural, como hace la teoría de Savigny, entonces se comprende fácilmente que lo que es natural no lo parezca, y viceversa. El mismo Savigny, que rechaza con desdén la opinión que hemos expuesto, como una inconcebible corruptela de la teoría posesoria romana, estira y retuerce, según vimos, la noción de la violencia, hasta el punto de aniquilar su propia definición, y no encuentra censura que lanzar contra Justiniano, por haber concedido en la L. II, Cód. *unde vi*, el int. *unde vi* en el caso de una posesión ya *anteriormente perdida*. ¡Un remedio posesorio sin posesión! En presencia de esta enormidad que sacrifica la idea fundamental de toda la posesión, y protege la posesión allí donde no existe, no tiene por qué temer nuestra tesis del desenvolvimiento del int. *unde vi* la censura de *arbitraria*.

Quédanos, en fin, por ver si el resultado que hemos obtenido se refiere sólo a las cosas inmuebles, o si se refiere también a las muebles. Si fuera exacto decir, con Savigny que el int. *unde vi* había sido establecido tácitamente para las cosas muebles, lo cual resultaría de que se haya puesto bajo el título *unde vi*, la L. 7, Cód. *unde vi*, relativa a la pena de la defensa privada, la cual se aplica a las dos categorías de cosas; si eso fuere exacto, la extensión de la protección posesoria que venimos demostrando debería aplicarse a las cosas muebles. Considero este aserto, con casi todos los demás jurisconsultos, como insostenible (2). Sin embargo de esto, la necesidad de esta extensión de la protección me parece tan urgente respecto de las cosas mue-

(1) Tal parece ser el espíritu del art. 446 del Código civil, el cual dice: «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 las leyes de procedimientos establecen». — (N. DEL T.)

(2) Las objeciones importantes que han sido opuestas de diferentes lados (en último término por Bruns. l. c., p. 74-77), no han sido vistas ni por Savigny mismo (p. 438), ni por Rudorff (70).

bles como para las inmuebles. Con qué facilidad no puede caer una cosa mueble injustamente en posesión de otro sin que se encuentre la condición de una *vitirosa possessio*, en el sentido técnico de los jurisconsultos romanos! Palomas extrañas entran en mi palomar; un perro extraño me ha seguido a mi casa; un paraguas, que pertenece a otro, se quedó olvidado en mi domicilio; un paquete destinado a otra persona me ha sido entregado a mí por error. En todos estos casos, yo no me he apropiado la posesión ni *vi ni clam*; si tal fuese, pues, la condición de la protección posesoria para mi contrario, le faltaría en ese caso. El derecho antiguo tenía para esto el int. *utrubi*; pero después que este interdicto se asimiló al int. *uti possidetis*, tal medio falta. ¿Podría suplirse este defecto por otras acciones? ¡Difícilmente! Las *actio dilecti*, en el caso de apropiación injusta de las cosas de otro (*cond. furt.*, *act. furti.*, *act. vi bon. rapt.*), no bastan; la retención de la cosa de otro no cae siempre bajo el *furtum*; reflexiónese, p. ej., en el caso siguiente: mi contrario me dice que mi perro le ha seguido, pero se niega bajo cualquier pretexto a devolvérmele, p. ej., en virtud de una acción noxal, o porque afirma que es él mismo el propietario. Es dudoso que la *act. ad exhibendum* pueda conducir al objeto en semejante caso, porque no ofrece las ventajas decisivas de las acciones posesorias de dejar fuera de debate el interés del demandante y el derecho del defensor (1). Las mismas dudas experimento con respecto de la *condictio possessionis* que invoca Bruns (l. c., p. 75). No hay, en verdad, duda de que como toda *condictio* la *condictio ob injustam causam* o *sine causa*, no puede apoyarse en la posesión, en lugar de estarlo sobre la propiedad (2), y la noción de la *injusta causa* o de la falta completa de causa (*sine causa*) puede aplicarse también a los casos de situación injusta

(1) L. 3, § 11 *ad exh.* (10, 4)... *alio quin et fur et raptor (ad. exhibendum agere) poterit, quod nequaquam verum est.* L. 31, § 1 *Dep.* (16, 3)... *non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli.*

(2) L. 1, § 1, L. 2 *de cond. trit.* (13, 3). L. 25, párrafo 1 *de furt.* (47, 2).

o sin fundamento de la cosa. Pero en esta acción, tampoco se puede negar al defensor, ni la excepción de falta de interés de parte del demandante, p. ej., cuando él mismo ha robado la cosa (1), ni la excepción de la propiedad en su propio nombre, y de esta suerte desaparece una vez más una de las ventajas más principales de los remedios posesorios; el defensor tiene ocasión de retener las cosas oponiendo excepciones desprovistas de todo fundamento, y que no se recibirían en una instancia posesoria. La necesidad de acudir en favor del poseedor con remedios posesorios, reviste y conserva aquí toda su importancia.

Nuestra práctica ha reconocido desde hace tiempo esa necesidad y ha tratado de encontrar un remedio en la *actio spoli* que se extendió a todos los casos de apropiación ilegítima de la posesión (2) y las nuevas legislaciones la han seguido (3). Es verdad que en nuestro siglo la *actio spoli* ha caído en descrédito, a consecuencia de la condenación pronunciada contra ella por Savigny, desde el punto de vista de su teoría del derecho romano, y puede parecer temerario intentar rehabilitarle. No vacilo, a pesar de esto, en expresar mi convicción de que la extensión de la prestación posesoria efectuada por medio de esta acción a todos los casos de pérdida de posesión, sin o contra la voluntad del poseedor, era un pensamiento eminentemente sano y práctico, infinitamente más que este empeño doctrinario que quiere mantener a toda costa la teoría de la posesión de los jurisconsultos romanos, sin pensar que la desaparición del int. *utrobi* en su forma originaria, ha producido una laguna en el derecho romano mismo, laguna que no puede quedar abierta sin comprometer los intereses de la vida. Para las cosas muebles, la protección de la propiedad no descansa, en la mayor parte de los casos, sino sobre la posesión: la negación de la protección posesoria equivale a menudo a la pérdida de la propiedad. Sería difi-

(1) No puedo comprender de qué manera Rudorff (Savigny, p. 712) quiere apoyar la opinión contraria sobre la L. 1, § I. L. 2, *de cond. trit.* (13, 3). L. 13, § 1, *dep.* (16, 3). L. 25, § 1, *de fur.* (47, 2).

(2) V. en Bruns, § 44-45, el resultado de su desenvolvimiento.

(3) Especialmente el derecho prusiano, Bruns, p. 441-442.

cil no estar de acuerdo acerca de la desgraciada manera cómo la protección posesoria está organizada para las cosas muebles en la teoría dominante. Se concede allí donde es superflua y se niega donde es necesaria. El int. *utrubi* sirve, según Savigny, para proteger una posesión perturbada, pero todavía subsiste contra perturbaciones posteriores. ¡Yo quisiera saber cuándo y dónde ha sido aplicado jamás! ¿Se dirá que contra los ladrones o los bandidos que han hecho una tentativa para apropiarse nuestras cosas? El único caso posible de su aplicación es el de la *controversia de possessione*, y es preciso en ese caso, según la teoría de Savigny, una perturbación anterior para que eso sea posible. Quedan los casos de substracción violenta o clandestina de la posesión, a los cuales Savigny atiende con el int. *unde vi* y las acciones *delicti*, mientras la nueva teoría, que sabe dar al int. *retinendae poss.* una función recuperatoria por medio de una aplicación consecuente de la duplicidad, sustituye al primero con el *utrubi*, asegurándole así a lo menos, cierta utilidad práctica. Pero también manteniendo en ese caso la condición de la posesión viciosa en el sentido de la teoría romana, restringe este interdicto a los casos que no tienen un valor especial a causa de las acciones penales aplicables, y lo niega en aquellos otros en que precisamente, por virtud de la inadmisibilidad de estas últimas, sería doblemente necesario.

Bruns intentó (1) últimamente colmar este vacío e investigar para la *actio spoli* (2), tal como la consideramos aquí, un punto de apoyo en el derecho de Justiniano. Creyó haberlo encontrado en la L. II, Cod. *unde vi* (13, 4), que refiere como Savigny a una posesión perdida y en la cual ve la prueba de que los romanos consideraban como compatible con la esencia de una acción posesoria y hasta con el int. *unde vi*, que se pudiese intentarla aun para una posesión perdida sin culpa del otro y ocupada por un

(1) *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts (Anales de derecho común alemán)*, Bekker y Muther, IV, pág. 65.

(2) Había ya reconocido la importancia histórica en su obra sobre la posesión, pág. 503.

tercero después de ésta perdida.» Aunque Justiniano en esta ley no haya visto más que las cosas inmuebles, sin embargo, el principio de la ley, así como sus términos, se aplican a los muebles igual que a los inmuebles, y «de ahí resulta que la admisión de las acciones posesorias, en caso de pérdida de la posesión, sin violencia extraña no excede en manera alguna de la esencia de las mismas, según la idea del derecho romano posterior, debiendo ser considerada hasta como un principio del derecho romano».

Aun cuando yo no sea capaz de darme cuenta de los motivos (V. antes), ya no puedo menos de desear que la práctica adopte de nuevo, para las cosas muebles, la *actio spoli* que tiene a su favor la experiencia y la jurisprudencia de medio siglo. Como según las investigaciones que he hecho más arriba, eso fué plenamente efectuado en el derecho nuevo, con respecto a las cosas inmuebles mediante la transformación del int. *unde vi*, no queda más que encontrar un punto de vista que permita aplicar a las cosas muebles el principio realizado por su desenvolvimiento para los inmuebles. Y se preguntará: si la legislación posterior lo encontró oportuno, ¿por qué no lo habrá hecho? He aquí mi respuesta.

Para las cosas muebles había en esta época el int. *utrubi* en su forma antigua (1), que concedía al poseedor protección contra toda pérdida de posesión, suponiendo que fuese propuesta en justicia y en tiempo oportuno. Las cosas muebles gozaban así de una mayor protección que las inmuebles, y el desenvolvimiento entero del int. *unde vi* no tenía otro fin, por decirlo así, que borrar esa ventaja. Ahora bien: la asimilación (para mí siempre enigmática) de los interdictos *utrubi* y *uti poss.*, ¿ha trastornado completamente esa relación? Justiniano no se ha pronunciado sobre este punto, pero yo apenas puedo creerlo. Podría quizá concebirse de la manera siguiente: para dar a las cosas muebles el lugar que han perdido en apariencia. Según las nuevas investigaciones el *possessor justus* puede pedir al *posses-*

(1) V., p. ej., la L. 1, Cod. Teod. *utrubi* (4, 23) del año 400.

sor injustus restitución de la posesión por medio de un int. *reuperatorio*, y también por medio del *retinendae poss.* (1) Pero la ampliación, más arriba demostrada, de la noción de la violencia, reemplazada por la de *possessio injusta* en un sentido totalmente abstracto, debe ser aplicable, tanto en el int. *uti poss.* como en el int. *unde vi*, y como es preciso aplicar al int. *utrubi* las mismas reglas que a este último, es preciso también aplicarlas al int. *uti poss.* La idea de la protección de la posesión contra toda substracción injusta, tal como se ha realizado en el último des-
 envolvimiento del int. *unde vi*, es una idea completamente general. Para restringirla a las cosas inmuebles, no se puede invocar otro motivo que su relación histórica con el int. *unde vi*. Esta restricción se explica bien para la protección posesoria ampliamente suficiente de que gozaban entonces las cosas muebles, y se puede considerar como abandonada para los interdictos *retinendae possessionis*, a consecuencia de la completa asimilación de las cosas muebles e inmuebles efectuada en el derecho de Justiniano.

En suma, he aquí el resultado al cual hemos llegado. En el derecho moderno se reconocía, como regla aplicable tanto a los muebles como a los inmuebles, y en virtud de principios del derecho de Justiniano, que el poseedor puede pretender la protección posesoria contra toda apropiación de la posesión por parte de un tercero, que no se la puede hacer remontar hasta su *propia* voluntad (como en el caso de *dolus* o de *metus*); las circunstancias particulares de esta apreciación, la violencia, el error, el dolo o falta de un tercero, son completamente indiferentes; el demandante no tiene más que probar su posesión hasta ese momento y la manera cómo ha pasado al defensor (2).

(1) Si fuera eso verdad para el caso en que el defensor posee todavía, deberá serlo también para el caso en que no abandonara la posesión, la tesis contraria (se olvida esto con frecuencia) está en contradicción con el principio: *dolus pro possessionis est*.

(2) No hemos querido interrumpir con demasiada frecuencia la disertación de Ihering, llamando la atención al lector acerca de las modificaciones que en materia tan compleja como el sistema de las acciones po-

sesorias romanas introdujo en el derecho moderno. Es materia que se ha simplificado de un modo notable bajo la ley del tiempo y en virtud de las influencias generales que han destruído el formalismo lógico del derecho romano, y que han esclarecido las relaciones de posesión y de propiedad. De Paricu, en sus *Estudios históricos y críticos sobre las acciones posesorias*, advierte muy adecuadamente que «la defensa de la posesión organizada por el Derecho romano en un gran número de interdictos diferentes, ha sido ulteriormente resumido en un número mucho menor de acciones posesorias, cuyas condiciones se han ido equiparando y confundiendo, de manera que al fin no han quedado subsistentes hoy sino una sola, la *complainte*, con lo cual la *reintegranda* y la denuncia de obra nueva se relacionan como ramas apenas distintas del tronco principal». Explican esta tendencia a *unificarse* las acciones posesorias algunos tratadistas, como Scialoja (*Trattato sulle azioni possessoria*) y Lomonaco (*Diritto civile italiano*), por la tendencia a no ver en la posesión y en la propiedad relaciones distintas, a lo cual ayuda muchísimo la manera de ser *pública* de la propiedad de cada persona en virtud de la necesidad de la inscripción de la misma en los Registros de la propiedad. En la hipótesis de esta tendencia, Scialoja llega a afirmar que las precitadas acciones se transformarán, parte en acciones vindicatorias y parte en acciones penales (p. 661 y 660). El Código civil francés, por ejemplo, ha llegado ya en materia de unificación de los remedios posesorios a un punto que puede considerarse como culminante, hasta decir Troplong que con su laconismo, en vez de simplificar en la vida real las relaciones posesorias, produce el efecto contrario de avivar las disensiones y disputas. Según el artículo 23 del Código de procedimiento francés, *las acciones possessoires/ ne seront recevables, qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année étaient en possession paisible par eux, ou les leurs a titre non précaire.*

Uno de los Códigos modernos en que aparecen mejor sistematizadas las acciones, según el criterio de la simplificación, es el italiano. En los artículos 694 a 697, regula las acciones de *manutensione* y de *reintegrastione*. Son éstas las dos acciones posesorias reconocidas. Hay las denuncias de obra nueva y la *azione di danno temuto* (artículos 698, 699); pero algún comentarista afirma que no pueden considerarse como acciones posesorias propiamente dichas; son, dicen, medidas extraordinarias que el magistrado tiene facultad de dictar, en casos urgentes, y que tanto se refieren a la posesión como a la propiedad. Así parecen opinar los Tribunales de aquel país.

En cuanto a las otras dos acciones posesorias de *mantener* la posesión y de *reintegrar*, establécense diferencias muy importantes, pero se caracterizan por referirse ambas a proteger la posesión, que en un caso *se tiene* y en el otro se ha *perdido* y se pide.

En el derecho español, también se debe señalar la misma tendencia a simplificar el sistema de las acciones posesorias. Ya dijimos cómo el Código civil conceptúa la posesión (natural y civil) en el art. 430, como luego en el art. 446 señala los modos de protección del estado posesorio, refiriéndose a la Ley de Procedimiento. Ahora bien; en ésta, según repetidas veces hemos indicado, se resumen las garantías en defensa de la posesión en *dos* que en rigor, y a pesar de lo que la ley dice, son tres distintas, pues tres son los estados en que el hecho de la posesión puede encontrarse cuando necesite ser protegido, a saber: posesión que no se tiene, pero que se puede adquirir, que se tiene y se perdió, y que se tiene y se ve amenazada, a los cuales estados corresponden las acciones de *adquirir*, de *recobrar* y de *reservar*. La ley española, según indicamos, reduce esas acciones en el título de los interdictos (tít. 20 del libro 2.º) a dos: para adquirir la posesión y para retenerla o recobrarla, señalando de conformidad con la naturaleza del derecho que se reclama, un estado de hecho de la relación posesoria, trámites breves de facilitación de la prueba, y dejando siempre a salvo el derecho de propiedad y su acción reivindicatoria. Pero acerca de esto ya hicimos alguna indicación en otras notas.—(N. DEL T.)