

## I.

### **La posesión como objeto de un derecho.**

Uno de los signos por los cuales el jurista se distingue de todo otro hombre, está en la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad. En el lenguaje común se emplean con gran frecuencia esas expresiones como equivalentes. Se habla de retención, de restitución de la propiedad, allí donde, en el lenguaje del jurista, se debería hablar de retención o de restitución de la posesión. Se habla de grande posesiones territoriales, de posesiones, de fundos, etc., cuando se trata de la propiedad, y esta confusión se encuentra también entre los romanos. En el lenguaje de la vida diaria, se servían de la palabra *possessores* para designar los propietarios de inmuebles. Puede inferirse de este hábito del lenguaje cuán poca diferencia se advierte entre la propiedad y la posesión, en cuanto a su manifestación exterior en la vida. Y en realidad, es así. Por lo común, el poseedor de una cosa es al mismo tiempo su propietario; de ordinario el propietario es el poseedor, y mientras subsista tal relación normal, es inútil establecer una distinción. Pero desde el momento en que la propiedad y la posesión se separan, el contraste se produce inmediatamente con una evidencia tal, que

no puede pasar inadvertido, ni siquiera al no jurista. Es evidente, hasta para el espíritu más sencillo, que la sustracción violenta y clandestina de una cosa mueble no hace perder la propiedad al propietario, y aun cuando en su vida haya oído hablar de poseedor ni de propietario sería capaz de definir *de hecho* las posiciones distintas del uno y del otro, con una exactitud tan perfecta que no le quedaría que aprender del jurista más que el lenguaje: la una se llama la propiedad, y la otra la posesión. Para negar el uno el derecho de guardar la cosa y para conceder al otro el derecho de recuperarla, el no jurista ha debido comprender que la relación de esas dos personas en cuanto a la cosa, es enteramente distinta, y no le sería difícil expresar la diferencia con una exactitud perfecta. De hecho, se diría, la cosa se encuentra en manos de uno —he ahí la posesión—, diría el jurista; pero de derecho, sigue perteneciendo al otro como antes —he ahí la propiedad—, diría el jurista; el conflicto resultará entre el no propietario que posee y el propietario que no posee.

El hecho y el derecho; tal es la antítesis a que se reduce la distinción entre la posesión y la propiedad. La posesión es el poder *de hecho*, y la propiedad el poder *de derecho* sobre la cosa. Ambas pueden encontrarse en cabeza del propietario, pero pueden también separarse, pudiendo ocurrir esto de dos maneras. O el propietario transfiere a otro la posesión tan sólo, quedándose con la propiedad; o la posesión le es arrebatada contra su voluntad. En el primero, la posesión es justa (*possessio justa*), y el propietario mismo debe respetarla; en el segundo caso es injusta (*possessio injusta*), y puede aquél acabar con ella por una acción en justicia. Ahora bien; una vez adornado con esta facultad, resulta que tiene el *derecho de po-*

## LA POSESIÓN

seer. En su persona, la posesión no tiene, como en la del poseedor injusto, el carácter de una relación de puro hecho, sino el de una relación jurídica; la posesión del propietario lleva consigo el derecho de poseer (*jus possidendi*).

La importancia práctica que para él presenta ese derecho es evidente. La utilización económica de la propiedad tiene por condición la posesión. La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin llave para abrirlo, un árbol frutal sin la escala necesaria para recoger sus frutos. La utilización económica de la propiedad consiste, según la naturaleza distinta de las cosas, en el *uti, frui, consumere*. El propietario puede realizarla por sí mismo (utilización *inmediata* o *real*), o cederla ya por dinero (arriendo, venta, cambio), ya gratuitamente (préstamo, donación) a otras personas (utilización *mediata* o *jurídica*), siendo necesario clasificar en esta segunda categoría la concesión condicional del derecho de vender, bajo forma de hipoteca. Todos esos actos tienen por condición la posesión. Quien no tiene una cosa no puede consumirla, ni usarla, ni percibir sus frutos, y si la *conclusión* de convenciones (obligatorias) para la cesión de *uti, frui* o de la propiedad a otras personas no supone la existencia actual de la posesión, la *realización* de esas convenciones, por la *ejecución*, la exige. Según el Derecho romano, y según el Derecho común actual, lo dicho es cierto aun para la transmisión de la propiedad, la cual no puede efectuarse sino mediante la transmisión de la posesión.

De donde resulta que el propietario privado de la posesión se encuentra paralizado en cuanto a la utilización económica de su propiedad. La posesión como tal no tiene ningún valor económico, y no lo adquiere más que porque hace posible la utilización

económica (de hecho o de derecho) de la cosa, aun cuando se tratase sólo de la mera contemplación de un cuadro. Si un cuadro me fuera entregado en una caja cerrada, la posesión estaría desprovista de valor para mí. La posesión sin provecho posible sería la cosa más vana del mundo. Su valor consiste únicamente en la función indicada: es *un medio para alcanzar un fin*.

Síguese de aquí que arrebatarse la posesión es paralizar la propiedad, y que el derecho a una protección jurídica contra la desposesión, es un postulado absoluto de la idea de propiedad. Esta no puede existir sin tal protección, por lo cual no es necesario buscar otro fundamento a la protección posesoria; se infiere de la propiedad misma.

Pero el Derecho romano ha dado al derecho de poseer del propietario una extensión infinitamente más amplia que la que se supone en el caso indicado, en el cual no se advierte más que la antítesis de la posesión y de la propiedad reducidas a su expresión más simple. El Derecho romano da al propietario el medio de recuperar la posesión de todo individuo en cuyas manos encuentra su cosa, y sea cual fuese la manera cómo este individuo ha recibido la posesión. Ese medio, que consistía en la época primitiva en un acto solemne de recurrir a la fuerza privada, y que no conducía a una instancia judicial más que en caso de resistencia, es la *reivindicatio*. Encierra el signo particular de la noción romana de la propiedad, comparada con el aspecto que reviste en el derecho de los demás pueblos. Como en ninguna otra parte, encuéntrase ahí la idea que los romanos se formaban de la importancia de la posesión para la propiedad. Propiedad y derecho a la posesión son sinónimos. Para hacerse restituir la posesión, el propietario no

## LA POSESIÓN

tenía más que probar la propiedad en su persona por uno de los modos de adquisición legalmente prescriptos, y la existencia de la posesión en la persona del demandado. La propiedad y la posesión se miden aquí sin mezcla de ningún otro elemento, pudiera decirse que casi en toda la pureza de su principio; y de ahí lo que distingue esta lucha por la posesión, de la disputa señalada antes, donde se encuentra además, en la persona del demandado el elemento de la injusticia subjetiva que aquí falta. En razón de este elemento, el autor de la injusticia subsiste como tal aun cuando cese de poseer. Para que la acción sea admisible, no es preciso que el demandado tenga todavía en sus manos la cosa, mientras que la reivindicación, fundada únicamente en el hecho de que otro posee, supone la existencia de la posesión *en el momento que se intenta*.

Las explicaciones que preceden no han indicado siquiera la importancia jurídica particular que se da a la posesión como tal, en el Derecho romano y en todas las legislaciones que de él se derivan. Hemos considerado la posesión en su relación con la propiedad, y podemos resumir lo expuesto en las proposiciones siguientes:

1) La posesión es indispensable al propietario para la utilización económica de su propiedad.

2) Resulta de esto que la noción de propiedad entraña necesariamente el derecho del propietario a la posesión.

3) Ese derecho no podría existir si el propietario no estuviese protegido contra el despojo injusto de la posesión. La protección jurídica contra todos los atentados injustos a la posesión del propietario, y los cuales consisten en el despojo o en la perturbación.

de esta última, forma un postulado absoluto de la organización de la propiedad.

4) La cuestión de saber si al modo del Derecho romano, la protección del derecho de poseer del propietario debe ampliarse aun contra los terceros poseedores, es para el legislador una cuestión abierta, que puede decidir y que ha decidido en uno o en otro sentido.

Ese derecho de reclamar la restitución de la posesión contra los terceros, lo ha extendido el Derecho romano más tarde a otros derechos. Ha extendido la *reivindicatio* (como *utilis vindicatio* o *in rem actio*) a otras personas distintas del propietario. Tales son, en primer lugar, las personas a las cuales el propietario mismo, sin despojarse de su propiedad, ha concedido el derecho de utilizar la cosa, ya para procurarles el goce económico de propiedades edificadas o de bienes rurales (*superficies, enfiteusis*, una y otra concedidos a perpetuidad o por largo plazo), ya para asegurar el pago de sus créditos (hipoteca con el derecho de vender eventualmente la cosa, *pignus, hypotheca*). Aparte de esas personas, cuya posición jurídica caracteriza el jurista atribuyéndoles un *jus in re*, la acción ha sido concedida de una manera más restringida (como *actio publicana*) al *bonae fidei possessor* o poseedor de buena fe (propietario putativo); es decir, a aquel que sin ser propietario en realidad, tiene, sin embargo, motivos suficientes y razones para creerse tal, porque ha adquirido la cosa de un modo regular y propio para procurarle la propiedad, pero cuyo efecto no se ha realizado en su persona, a consecuencia de obstáculos particulares para él desconocidos. Inútil en un conflicto con el propietario o con las personas que al mismo están asimiladas, la acción le presta, frente a todas las demás,

## LA POSESIÓN

el mismo servicio que al propietario y a las personas que se le consideran asimiladas: le devuelve y pone en sus manos la cosa perdida.

Todas estas relaciones se refieren a la propiedad, de la cual los *jure in re* son ramificaciones y la *bonae fidei possessio* un reflejo. En todos se reproduce la idea fundamental de la propiedad: el derecho a la restitución de la cosa encontrada en manos de otro, la vuelta de la posesión al derechohabiente, la invocación del *jus possidendi* contra quienes no lo tienen.

La importancia de la posesión consiste en ser el contenido del *jus possidendi*. La posesión es el contenido o el objeto de un *derecho*. Si no tuviese otra importancia, ofrecería desde el punto de vista del Derecho escaso interés, porque todas las cosas, por ejemplo, andar a pie o ir en coche, beber agua, prestar servicios, pueden ser el objeto de un derecho.

En tal concepto, una definición de la posesión no sería para el jurista más necesaria que las de todos esos otros actos; pero desde luego puede asegurarse que la cosa no es tan fácil ni sencilla como parece.

La posesión, en efecto, debe ser considerada desde otros dos puntos de vista. En primer lugar, es la condición del nacimiento de ciertos derechos, y además, concede por sí misma la protección posesoria (*jus possessionis* por oposición al *jus possidendi*); es, por tanto, la base de un derecho.