

## IX

### La apropiación corporal de la cosa.

Se designa hoy con el nombre de *corpus*, la relación exterior de la persona con la cosa establecida por la aprehensión. Los juristas romanos, por el contrario, no se servían de esta expresión más que para designar la manifestación de la voluntad en el acto de aprehensión. El *corpus*, según la teoría dominante, es el poder físico, o la supremacía *de hecho* sobre la cosa. Tal es la noción fundamental según la teoría actual. Es absolutamente errónea, según puede verse en mi obra ya citada sobre el *Fundamento de la protección posesoria*. Si los romanos se hubieran dejado guiar por ella, hubieran debido admitir la posesión de los hijos de familia; porque precisamente respecto de ellos se ha inventado la expresión técnica para designar el poder, *potestas*, y hubieran debido reconocer en el bandido la posesión sobre el hombre libre que ha hecho prisionero con el fin de obtener un rescate, porque éste se encuentra incontestablemente en su poder. Pero nada de eso han hecho, y bien sabían por qué: no se puede ser propietario de hijos ni de personas libres, y donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es. ¿Por qué? Porque la posesión no es el poder físico, sino la exterioridad de la propiedad.

Este punto de vista decisivo para los casos donde es preciso rechazar la posesión, no lo es menos para aquellos en que es preciso admitirla.

Que se pregunte cómo el propietario suele obrar con sus cosas, y se sabrá cuándo es preciso admitir la posesión y cuándo se debe rechazar. La aptitud del propietario varía según la diversidad de las cosas. Por razones que no hay para qué exponer, tiene en su casa, y las conserva en ella, la mayoría de las cosas muebles: son estas las cosas que se pueden ocultar, Pero ciertas cosas no pueden guardarse de ese modo; su destino económico exige que estén al descubierto: las hierbas, el heno, la paja en el campo, la madera cortada en el bosque, la turba, el carbón al lado de la mina, las piedras en la cantera, los materiales de construcción al pie de la obra. A esta categoría pertenecen también los animales domésticos que van y vienen en libertad, el ganado en los pastos, y entre los romanos los esclavos. En todos esos casos, no hay poder físico sobre la cosa: la seguridad del poseedor no se funda en que se halle en situación "de excluir la acción de las personas extrañas" (Savigny), sino en que la ley prohíbe esta acción: descansa, no sobre un obstáculo *físico*, sino *jurídico*.

Esta diferencia se reproduce también en las cosas *inmuebles*. Las unas se hallan defendidas por obstáculos mecánicos (muros, verjas, empalizadas, etcétera), como las casas, jardines, solares para edificar, etc. Las otras están *abiertas y libres*, accesibles a la acción de los terceros lo mismo que a la del poseedor. Sostener que existe un poder físico sobre las cosas en el poseedor, es decir una enormidad tan diametralmente contraria a la idea que según el lenguaje se tiene de la expresión poder, que me parece excusado refutarla.

## LA POSESIÓN

¿Por qué la posesión se protege por el derecho? No es ciertamente para dar al poseedor la alta satisfacción de tener el poder físico sobre una cosa, sino para hacer posible el *uso económico* de la misma en relación con sus necesidades. A partir de aquí, todo resulta claro. No se recogen en su casa los materiales de construcción, etc., no se depositan en pleno campo el dinero, los muebles, las cosas preciosas y demás. Cada cual sabe lo que debe hacer de esas cosas, según su diversidad, y *este aspecto normal de la relación del propietario con la cosa constituye la posesión*.

Tal es la noción que ha guiado a los romanos, aunque no lo hayan expresado en ninguna parte, ni en sus reglas sobre la adquisición y sobre la extinción de la posesión, ni en sus decisiones jurídicas. Para los que son extraños al Derecho, la exposición de esas reglas y la prueba de que están conformes con la noción indicada, no tendría interés alguno; pero es necesario, sin embargo, que yo demuestre, en dos puntos, la verdad, y al propio tiempo el valor de la misma.

Ante todo, importa poner en claro la ventaja que presenta la noción que acabo de dar sobre el poder físico. Para ciertas cosas, el punto de vista del poder físico es perfectamente exacto. Son aquellas que para asegurarlas se deben tener guardadas, bajo su protección, bajo llave, y para las cuales semejante modo de conservación constituye el aspecto normal de la relación. Estas cosas son las que se pueden *guardar y defender*. Pero si ese punto de vista es exacto, no es a causa de las cosas mismas, sino porque ese modo de tenencia constituye para esas cosas la *forma económicamente obligada* de su relación exterior con la persona. El poder físico y la utilización económica se corresponden por completo en ese caso. No es a este

aspecto de la relación al que se ha referido originariamente la noción de la posesión, según resulta de la misma etimología de la palabra posesión (*possidere*, de *sedere*). El aspecto visible de la relación (*CORPORALIS possessio*, o también *NATURALIS possessio* en el lenguaje romano) es el que ha servido aquí, como en lo demás, de punto de partida al lenguaje. El progreso del pensamiento jurídico ha despojado de un modo creciente la noción de la posesión de este aspecto material, sacando del *corporaliter* o *naturaliter possidere*, un *civiliter possidere* con el mismo sentido, pero sin cuidarse los jurisconsultos romanos de adaptar la *fórmula doctrinal* de la noción de la posesión, al progreso de su aspecto *real*. La doctrina romanista no ha dado un paso más hasta el día: se ha limitado a conservar la noción material originaria. Sus esfuerzos para conciliar ésta con el desenvolvimiento real de la posesión en el derecho nuevo, aseméjase al intento de hacer entrar el cuerpo de un hombre maduro en los vestidos que usara cuando niño; los vestidos estallarían por todos lados. Para no ver esto, sólo hay un medio, el cerrar los ojos, que es lo que la teoría romanista ha hecho, con tan especial cuidado, que, según ella, hay poder físico sobre la cosa en casos en que un hombre con ambos ojos bien abiertos no puede descubrir de la misma ni la más leve apariencia. El error cometido por dicha teoría, podemos ya resumirle en breves palabras: ha dado un valor *absoluto* a un punto de vista que es de una verdad relativa, es decir, limitada a ciertos casos: ha perdido de vista que esta verdad relativa no tiene en sí misma su razón de ser, sino que es *derivada*; es decir, que el punto de vista del poder físico no tiene una significación para la posesión, más que porque ese poder es exigido en ciertos casos para su utilización económica.

## LA POSESIÓN

Tomando, en fin, por base y refiriendo en su virtud la noción de posesión a la existencia de una relación conforme a ese fin, entre la persona y la cosa, obtenemos dos formas de la relación de la posesión.

1) Sobre las cosas que se pueden guardar y defender. — *Relación de poder* (físico) sobre la cosa.

2) Sobre las cosas libres o abiertas. — *No hay* relación de poder.

El otro punto mediante el cual yo quiero mostrar a las personas extrañas al Derecho la exactitud y el valor de mi noción de la posesión, es la posibilidad que ofrece y que sólo ella puede ofrecer a los terceros, para reconocer si hay posesión. Este punto ha pasado completamente inadvertido para la teoría romanista, y si no tiene un gran interés en Derecho privado, tiene una gran importancia en materia penal.

Supongamos dos objetos que se encuentran reunidos en un mismo sitio: unos tordos cogidos por un lazo en un bosque, o en un solar en construcción, los materiales, y al lado una petaca con cigarros. El hombre más ordinario sabe que resultará culpable de un robo, si recoge los tordos, o algunos materiales, pero que nada tiene que temer si recoge los cigarros. El hombre honrado deja en su sitio los tordos y los materiales, y coloca en su bolsillo la petaca con el objeto de buscar al dueño, o, de no poder encontrarle, entrega el objeto a la policía. ¿Cuál es el motivo de este modo distinto de proceder? Respecto de la petaca, cada cual se dirá: se ha *perdido*: ocurre esto contra la voluntad del propietario, y se le vuelve a poner en relación con la cosa, en diciéndole que se ha *encontrado*. Respecto de los tordos y de los materiales, sabido es que la posición en que se encuentran tiene su causa en una disposición tomada por el propietario. Esas cosas no podrán ser *encontradas*, por-

que no están *perdidas*: serían *robadas*. El hecho de recogerlas constituye por sí mismo un ataque a la propiedad, y, por tanto, una violación de la ley penal. El hecho de recoger la petaca con los cigarros es en sí jurídicamente indiferente: la conducta ulterior de su autor es la que puede decidir si ha cometido una violación de la ley, y tal violación constituye en este caso una retención de objetos encontrados, porque el ataque a la propiedad de otro resulta sólo de la apropiación subsiguiente de la cosa.

El hombre extraño al Derecho advierte por sí mismo que la diferencia en la apreciación jurídica de esos dos casos resulta de la diferencia de la relación posesoria, y esta diferencia debe evidentemente ser bastante manifiesta para que no pueda pasar sin ser notada ni aun por el común de los hombres; de otro modo, la ley no hubiese podido tomarla como base de sus disposiciones. Y de hecho, salta a la vista, pero es tan sólo porque la mayoría de las gentes se dejan guiar en esta materia por mi noción, cuya exactitud y simplicidad reciben de este modo la demostración más palmaria.

Afirmando que la petaca está *perdida*, se dice: la relación normal del propietario con la cosa está *perturbada*: hay una situación *anormal*, y quiero hacer por mi parte cuanto pueda para que cese. Al ver los tordos y los materiales, se dice: se encuentran en la posición querida por el propietario, situación *normal*. Ahora bien; lo que eso significa es que hasta el hombre ordinario juzga la cuestión de posesión según el *destino económico* de la cosa, es decir, que aplica en su juicio mi noción de la posesión. Los tordos cogidos en el lazo y la madera al pie de la obra, se encuentran colocados en la posición conforme a su destino económico: la petaca, no; es contra su des-

## LA POSESIÓN

tino económico estar por tierra en pleno campo. Esto basta al hombre ordinario para proceder con una corrección perfecta, sin que tenga la menor idea de la noción de posesión. El jurista le enseña que la ha aplicado de hecho: en el primer caso había posesión, en el segundo no.

Que se haga ahora la misma experiencia, partiendo del supuesto del poder físico sobre la cosa. Nos deja sin criterio posible: ¿cómo reconocer si hay o no poder físico? Si existe para los tordos y los materiales, es preciso decir lo mismo de los cigarros, porque se encuentran en idéntica posición exterior. Si no existe para la petaca, es necesario afirmar lo mismo para las otras cosas. Supongamos que un hombre cualquiera desea guiarse, en este supuesto, por la noción dominante. Quisiera que se nos dijese lo que haría. El jurista no estaría menos perplejo; pues tampoco podrá saber cómo procederá, si no empieza por abandonar su noción de la posesión, tomando la nuestra. Su conducta real desmentirá su fórmula teórica, según la cual, la posesión es una relación de poder físico.

Añadiré otro ejemplo para comparar las dos nociones de la posesión.

En los pueblos de la montaña, la madera para el fuego que se ha cortado en el bosque se lanza al río: más abajo se recoge con presas y se retira. No puede hablarse aquí de un poder físico del propietario, y sin embargo, la posesión continúa. ¿Por qué? Por la misma razón que para los materiales; la posición en la cual se encuentra la madera que flota, está impuesta por consideraciones económicas, y en este caso, también cualquiera sabe que no puede recogerla sin ser culpable de robo. Pero el río recoge en sus corrientes otros objetos: sillas, mesas, etc. También en

este otro caso el hombre ordinario sabe muy bien que puede retirar esas cosas del agua y ponerlas a buen recaudo sin ser por eso culpable de robo. El motivo de la distinción es el mismo que en los otros casos antes examinados. *Desde el punto de vista económico*, la flotación de la madera es un hecho *normal*, la de las sillas y mesas *anormal*. En el primer caso hay posesión, en el segundo no.

¡La posesión se reconoce así exteriormente! Los terceros pueden saber si la relación posesoria es normal o anormal. Cualquiera puede apreciar de ese modo el valor de la noción que yo he sentado acerca de una de las cuestiones más importantes de la teoría posesoria. La teoría reinante no nos presta auxilio alguno; se limita a enseñar al poseedor si continúa poseyendo, pero nada nos dice de cómo los terceros deben reconocer si posee o no.

He hablado hasta ahora de la perturbación de la relación normal de la persona con la cosa, y estimo necesario añadir todavía una advertencia. Según el Derecho romano, la perturbación normal no hace perder la posesión inmediatamente, sino sólo cuando el poseedor ha abandonado o no ésta en situación de restablecer la relación perturbada con la cosa. Si lo logra, se reputa que la posesión no se ha perdido. Por vía de ejemplo citaré el caso en que ha perdido una cosa, en que la ha dejado olvidada en casa de otro, o en el que su rebaño se ha extraviado. Si deja de hacer las diligencias necesarias para recobrar la posesión, el Derecho romano le priva de ella, resultando así un *abandono* de la posesión; no ha demostrado el verdadero interés que caracteriza al poseedor (pérdida de la posesión *voluntaria*). Si sus diligencias no alcanzan buen éxito, su posesión se *pierde* (pérdida de la posesión *contra* su voluntad). Ocurre exacta-

## LA POSESIÓN

mente lo mismo con el despojo de las cosas inmuebles. Si el poseedor restablece inmediatamente la antigua relación, la posesión se estima como no perdida; si no, se pierde, salvo que en este caso hubiese, según el Derecho romano nuevo, despojo violento.

Hay una fase particular en la existencia de la relación posesoria a la cual no da la teoría reinante toda la importancia que merece, porque los juristas romanos no la señalan *in terminis*, pero que se encuentra perfectamente indicada *de hecho* en el Derecho romano. La posesión está *perturbada* o *amenazada*. El interés jurídico que presenta esta situación consiste en que se le da aquí al poseedor la posibilidad de defender su derecho; es una *situación crítica* en la existencia de la posesión, cuya continuación es todavía incierta, y depende de los acontecimientos ulteriores. En cuanto a las cosas muebles, esta situación basta perfectamente para legitimar la intervención de los terceros; así ocurre en el salvamento de las cosas perdidas; aun cuando la posesión no estaba perdida en el sentido jurídico, el propietario no había realizado ninguna tentativa para rescatar la cosa. Esta situación crítica, es decir, la perturbación de la relación posesoria basta, en mi concepto, para los terceros, porque prestando su ayuda a fin de restablecerla, no hacen más que ponerse en lugar del propietario ausente; hacen por él lo que este mismo hubiera hecho, y no hay en tal caso *ataque* a una relación posesoria existente.