

## V

### **El motivo legislativo de la protección posesoria.**

Si es extraño que el Derecho romano niegue la protección posesoria al colono o al inquilino, no lo es menos que se la reconozca al poseedor injusto. ¿Por qué? Savigny, cuya opinión puede considerarse hoy como dominante, responde: en interés del sostenimiento de la paz y del orden público. Esta consideración de *policía*, llamémosla así, parece ser de una notoria evidencia, pero no se armoniza con el aspecto que reviste la protección posesoria en el Derecho romano. Según esta consideración, el poseedor natural y las personas incapaces de poseer deberían tener igualmente un derecho a ser protegidos, porque es perfectamente indiferente que sea en su persona o en la del poseedor jurídico en donde se procura la defensa de la paz y del orden público. Se ha dicho también: la posesión se protege en vista de la personalidad, o bien; en atención a la voluntad de la persona. Atentar o herir una relación posesoria en la cual se ha realizado, y en cierto modo incorporado la personalidad (o la voluntad), es atentar o herir a esta personalidad misma. Dirigir un atentado contra la relación posesoria, es lesionar la personalidad. Lo mismo puede responderse a esta consideración. Puede esti-

mársela como perfectamente exacta desde el punto de vista de la filosofía del Derecho o de la legislación, pero no se armoniza con el Derecho romano. Según ella, los tenedores y los hijos de familia deberían por igual poder reclamar la protección posesoria, porque al fin son tan personas y tan capaces de voluntad como el poseedor jurídico.

Sólo de una manera puede explicarse satisfactoriamente el aspecto de la protección posesoria en el Derecho romano, y es diciendo que ha sido instituída a fin de *aliviar* y *facilitar* la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la *propiedad*, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la *posesión*, frente a aquel que se la ha arrebatado inmediatamente.

¿Puede, según esto, la posesión representar la propiedad? Sí, porque es la propiedad en su estado normal —la posesión es la *exterioridad*, la *visibilidad* de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular, el poseedor es al mismo tiempo el propietario; los casos en que no lo es constituyen una ínfima minoría. Podemos, pues, designar al poseedor como el *propietario presunto* y se comprende muy bien de un lado que el Derecho romano haya declarado esta presunción de propiedad —esta *a prima facie*, como dice el Derecho inglés— suficiente contra el demandado allí donde sólo se trata de rechazar los ataques a la propiedad, y de otro que cuando la cosa se encuentra en manos de un tercero y el demandado tiene a su favor la presunción de la propiedad, haya exigido que tal presunción no pueda destruirse más que por la propiedad. La acción posesoria nos muestra la propiedad a la

*defensiva*, y la reivindicación *a la ofensiva*. Exigir de la defensiva la prueba de la propiedad, sería proclamar que todo individuo que no está en estado de procurar la prueba de su propiedad —lo cual es imposible en muchos casos, quizá en la mayoría, cuando se trata de muebles— se halla fuera de la ley; cualquiera puede arrebatarle su propiedad.

La protección posesoria aparece así como un *complemento indispensable* de la propiedad. El derecho de propiedad sin la acción posesoria sería la cosa más imperfecta del mundo, mientras que la falta de la reivindicación apenas le afectaría, a no considerar la cuestión más que en su aspecto práctico. Nuestro derecho actual la he puesto fuera de uso en un gran número de casos. La organización de la propiedad, de hecho, no descansa tanto en el derecho de la propiedad y en la acción reivindicatoria, como en la seguridad de la posesión, la cual, en verdad, descansa a su vez menos en la acción posesoria de derecho privado que en la pena de derecho criminal. El punto de vista que acabamos de exponer, figurándonos la protección posesoria como una facilidad para proteger la propiedad, expresa perfectamente la idea romana relativa a la significación de la posesión. Resulta esto de la proposición antes anunciada; allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, proposición que de otro modo no tendría sentido. No se explica más que por el hecho de que la posesión se considera como la exterioridad de la propiedad que el derecho debe proteger. Donde no se puede concebir jurídicamente la propiedad, no puede haber cuestión acerca de la presunción de propiedad que constituye la base de la protección posesoria. No creo necesario reproducir aquí las demás razones que para fundar esta opinión he expuesto con gran dete-

nimiento en otra obra (*Grund des Besitzschutzes*, Jena, 1869).<sup>1</sup>

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad. Para evitar tal consecuencia, sería preciso abrir la puerta a la cuestión de derecho, debiendo ocurrir esto en el procedimiento posesorio. El carácter esencial de éste es que la cuestión de derecho quede anulada para las partes. Ninguna de ellas tiene necesidad, para obtener la facilidad de la prueba establecida en atención al propietario, de alegar o de probar su derecho; aun más, no se le oye, si lo alegase. Así el demandado no puede objetar al demandante que es propietario o que tiene un derecho de obligación sobre la cosa (*excepciones petitorias*), y el demandante no puede suplir las lagunas de la prueba de su posesión por la alegación de su derecho de propiedad. En ese sentido, pero sólo en ese sentido, es en el que lo juristas romanos dicen: la propiedad y la posesión no tienen nada de común y no pueden ser confundidas.

Sobre la aplicación rigurosa de esta regla descansa la diferencia del posesorio y del petitorio (*interdicta possessoria* y *petitorium iudicium*). En aquél se trata sólo de la cuestión de la *posesión*; en éste se trata exclusivamente de la cuestión de *derecho*, por

---

<sup>1</sup> En español: *Teoría de la Posesión. Del fundamento de la protección posesoria*, traducción con prólogo y notas de A. Posada, 1892.—(N. del T.).

## LA POSESIÓN

lo que se comprende, hablando el lenguaje de la práctica, que la decisión del posesorio no *prejuzga* la del petitorio; es decir, que la parte que ha sido vencida en el primero puede aún triunfar en el segundo, y viceversa. De este modo es posible que el no propietario triunfe en el posesorio contra el propietario. La institución hecha *para éste* se resuelve en *su* contra. Pero no sucumbe, porque la reivindicación le proporciona el modo de dar fin en cualquier momento a la posesión provisionalmente protegida de su adversario. Esos efectos que exceden del fin legal de las instituciones jurídicas, son, hay que reconocerlo, incorrecciones que el legislador debe aceptar sin remedio; es como la lluvia, que riega lo mismo a los que la necesitan que a los que no la necesitan. Semejantes incorrecciones se reproducen en más de una institución, sobre todo en aquellas que tienen por objeto facilitar la prueba. A modo de ejemplo citaré los títulos al portador y los certificados. Introducidos a favor del interesado, para facilitarle la prueba de su derecho, aprovechan también a quien se ha procurado los títulos de una manera injusta. Cuando se trata de semejante falsedad en las pruebas, hay que elegir entre dejar que el que no tiene derecho se escurra al lado del derechohabiente, o para excluir a aquél negar a éste la inapreciable ventaja que supone el empleo de una prueba fácil. Los casos de la primera categoría, son tan escasos en número, comparados con los de la segunda, que no deben tenerse en cuenta. La concesión, pues, de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una *consecuencia* no querida, pero inevitable.

La teoría reinante sobre la posesión trastorna por completo la relación. Hace del reverso el anverso,

y del anverso el reverso. Según ella, la protección posesoria no ha sido introducida para el propietario, sino para el poseedor como tal. Lo cual implicaba la necesidad de justificarla desde ese punto de vista. Ahora bien; acabamos de ver cuán poco concuerdan las consideraciones que al efecto se hacen (orden público, personalidad, voluntad) con el aspecto que el Derecho romano ha dado a la protección posesoria, único punto que por el momento importa. La protección posesoria del Derecho romano no puede ser comprendida más que desde el punto de vista de la propiedad, y poniéndola en relación con la seguridad necesaria de la propiedad. La especiosa objeción que se ha formulado teniendo en cuenta que los juristas previenen contra toda confusión entre la posesión y la propiedad, se destruye con advertir que no se refieren más que a la separación práctica en la *aplicación judicial*, que yo mismo acabo de justificar, de ningún modo a la correlación de las dos instituciones, en que ni siquiera se ocupan. He ahí una cuestión abierta para la ciencia: el desenvolvimiento histórico de la protección posesoria, así como la organización dogmática de la teoría posesoria por parte de los juristas romanos, bastan para demostrar, con toda la claridad y certeza de que puede desearse, la existencia de esta relación legislativa entre la propiedad y la posesión.

Nuestro examen de la protección posesoria ha establecido, pues, la misma relación íntima de la posesión con la propiedad que hemos encontrado desde el principio, y que al fin se ha de encontrar al examinar ulteriormente la cuestión de la existencia concreta de la posesión.

Resumiendo lo expuesto, las proposiciones sentadas hasta este momento son las siguientes:

## LA POSESIÓN

1) La posesión constituye la condición *de hecho* de la utilización económica de la propiedad.

2) Así, el derecho de poseer es un *elemento indispensable* de la propiedad.

3) La posesión es la puerta que conduce a la propiedad.

4) La protección posesoria se presenta como una *posición defensiva* del propietario, desde la cual puede rechazar más fácilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica.

5) Por consiguiente, se niega dondequiera que la propiedad es jurídicamente excluída.

En todas partes, pues, se reproduce la relación de la posesión con la propiedad.