

## II

### LA POSESION

I.	Definición de nuestro derecho positivo .....	46
A.	La posesión como hecho con consecuencias jurídicas	46
B.	Crítica de la doctrina anterior .....	46
a)	Posibilidad de que los hechos que no son ejercicio de derechos tengan, sin embargo, consecuencias jurídicas .....	46
b)	Inaplicabilidad de la doctrina anterior a México	47
1.	Posesión jurídica y detentación subordinada	47
2.	Posesión originaria y posesión derivada ..	48
3.	Posesión jurídica y posesión de hecho ..	51
C.	Doctrina de Ihering implícita en la definición del artículo 790 del Código Civil .....	54
a)	Posibilidad lógica de la doctrina anterior derivada del artículo 790 del Código Civil .....	55
b)	Inaplicabilidad en derecho positivo de la doctrina inferida del artículo 790 del código Civil	56
c)	Abandono y continuidad de la posesión .....	57
II.	Búsqueda de la doctrina aplicable a nuestro derecho ...	62
A.	Nacimiento del derecho de posesión .....	62
B.	Existencia autónoma del derecho de posesión ....	63
C.	La posesión como derecho subordinado y provisional	64
D.	Derecho de posesión y derecho a la posesión .....	66
E.	Esencia del derecho de posesión .....	69
a)	El <i>corpus</i> como objeto del derecho de posesión	73
b)	Forma de la atribución del derecho de posesión	82

## LA POSESION

## I. DEFINICION DE NUESTRO DERECHO POSITIVO

El objeto de este capítulo es descubrir la esencia del derecho de posesión en el derecho positivo mexicano; sus preceptos serán invariablemente los datos condicionantes de mi investigación. Por haber adoptado nuestro derecho la teoría de Ihering, sus enseñanzas deberán ser sobreentendidas al hacer el recorrido del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 790 del Código Civil define: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho..."

A. *La posesión como hecho con consecuencias jurídicas.* Desde luego advertimos que el artículo 790 del Código Civil no nos dice si la posesión es un derecho o un simple hecho con consecuencias jurídicas. Vamos a suponer, en primer lugar, que no es un derecho, ya que semejante suposición se justifica en vista de la redacción del citado artículo. Por otro lado, esta posibilidad está aceptada como interpretación válida por respetables tratadistas: "Poseer una cosa equivale a decir tenerla de hecho en su poder. Esta potestad de hecho puede ser jurídicamente legítima; para el concepto de la posesión esto es indiferente. Cuando nosotros hablamos de posesión hacemos abstracción del derecho de poseer. La posesión, si bien no es un derecho, tiene consecuencias jurídicas."<sup>1</sup> Para esta doctrina la posesión no es un derecho sino un hecho con consecuencias jurídicas.

B. *Crítica de la doctrina anterior.*

a) *Posibilidad de que los hechos que no son ejercicio de derechos tengan, sin embargo, consecuencias jurídicas.*

Existen infinidad de hechos que tienen consecuencias jurídicas, las de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones sin ser por ello ejercicio de derechos. Además, todos los hechos ilícitos son creadores de obligaciones jurídicas y de facultades correlativas; esto es, tienen consecuencias jurídicas y no son el ejercicio sino la violación del derecho. El nacimiento, la mayoría de edad, la

<sup>1</sup> B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, n° 148.

muerte, la accesión y otros muchos hechos son constitutivos de derechos y no son el ejercicio de derechos. De lo anterior se desprende que sí es posible que exista un hecho con consecuencias jurídicas sin que por ello tenga que ser ejercicio de un derecho. Pero toda actividad que es manifestación o ejercicio de un derecho presupone la existencia previa del derecho subjetivo correspondiente.

b) *Inaplicabilidad de la doctrina anterior a México.*

1. *Posesión jurídica y detentación subordinada.* Analicemos el derecho que corresponde al propietario, el derecho al poder de hecho sobre la cosa, independientemente de que lo esté ejercitando o no. Aunque el propietario no esté ejercitando dicho poder de hecho sobre la cosa, tiene derecho a poseer, frente a todas las personas enumeradas en el artículo 793 del Código Civil, o sea frente a todos los que tienen en su poder la cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentran respecto del propietario y que la retienen en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él han recibido. Se trata de la detentación subordinada, la cual no es posesión en derecho. En estos casos (art. 793 del Código Civil) el propietario no ha dejado de poseer ya que las personas que están ejercitando el poder de hecho no son poseedoras. El propietario puede obligarlas a que le entreguen su cosa. *Surge la primera falla de la doctrina que afirma que la posesión no es el ejercicio de un derecho sino el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa como simple hecho con consecuencias jurídicas, supuesto que aquí es poseedor precisamente el que NO está ejercitando el poder de hecho y NO es poseedor precisamente el que lo está ejercitando.* Sin embargo, aunque la definición de la doctrina comentada no es correcta, de la situación anterior (art. 793, Código Civil) no se deriva una definición contraria a la del artículo 790 o a la de la doctrina, como aparentemente lo parece; esto es, que siempre sea poseedor el que no ejercita el poder de hecho y que no lo sea nunca el que lo ejercita; lo que sucede es que *el ejercicio del poder de hecho por sí solo no es suficiente para determinar quién es poseedor*, por la sencilla razón de que el ejercicio del poder de hecho, *por sí solo*, es un hecho, y el Código, a pesar de su definición (art. 790, Código Civil) no tiene por objeto describir los hechos sino *atribuirlos*. Esta situación del propietario frente a los detentadores nos basta para afirmar que el ejercicio del poder de hecho por sí solo no es posesión jurídica.

¿Por qué es poseedor el propietario y no lo son las personas a que se refiere al artículo 793? Sencillamente porque la posesión jurídica es exclusivamente un derecho y no un hecho que en sí y por sí solo tenga consecuencias jurídicas a favor del que lo ejerce. En el caso que estudiamos, es un derecho totalmente integrado, porque es una actividad atribuida directamente al propietario, a pesar de que no la esté ejercitando y a pesar de que otro lo haga. En el caso del artículo 793 del Código Civil el propietario tiene derecho al poder de hecho y a ejercitar el poder de hecho que otros están ejercitando. Aquí la posesión es la atribución directa a favor del propietario, del ejercicio del poder de hecho sobre la cosa. Pero este ejemplo (art. 793, Código Civil) indica que la posesión es una manifestación del derecho de propiedad, el ejercicio del derecho de propiedad. Si la posesión fuera siempre y exclusivamente la manifestación del derecho de propiedad, entonces no sería necesario declarar que es un nuevo derecho.

2. *Posección originaria y posesión derivada.* Vuelven a aparecer contradicciones en la doctrina que comentamos cuando enfrentamos al propietario con otra persona que no sea una de las previstas en el artículo 793 citado. Frente al usufructuario, depositario, arrendatario, etc., y el resto de las personas que tienen derecho a usar, gozar o conservar la cosa, el propietario ha dejado temporalmente, no sólo de tener el ejercicio del poder de hecho, sino el derecho a este ejercicio, en vista de la atribución que la ley hace directamente, no al propietario, sino a las personas antes mencionadas (art. 791 del Código Civil).<sup>1</sup> En estos casos, aunque la ley diga que el propietario tiene posesión originaria y lo llame poseedor, no tiene posesión *actual de la cosa*, porque la tienen las personas antes mencionadas, a quienes la ley se las ha otorgado temporalmente, pero en forma directa. En todos estos casos el propietario no es poseedor actual frente a la posesión derivada, y el arrendatario, usufructuario, etc. podrán impedir que el propietario ejercite el poder de hecho sobre la cosa, por todo el tiempo que duren sus derechos, ya que aquí la posesión es la atribución directa y temporal del ejercicio del poder de hecho a favor

<sup>1</sup> La atribución es directa porque es la norma objetiva (art. 791, Código Civil) la que declara que el usufructuario, arrendatario, etc., son poseedores en derecho. No son poseedores los derivados porque el nudo propietario, arrendador, etc., les permitan serlo, sino que lo son por su propio derecho. En el Código de 84 la misma situación de usufructuario, arrendatario, etc., otorgaba la posesión a nombre de otro.

de las personas antes mencionadas. Estas personas pueden pedir que se les mantenga o restituya; son poseedoras frente a todo el mundo, aún frente al propietario mismo, quien por lo tanto ha dejado de ser poseedor *de la cosa*, temporalmente, frente a ellas (art. 803, Código Civil y 16 a 18 del Código de Procedimientos Civiles).

La consecuencia anterior no queda modificada por el caso previsto en el artículo 792, ya que en tratándose de despojo, el propietario tiene derecho a pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada y solamente que éste no pueda o no quiera recobrarla, se le dará la posesión a aquél. De aquí no se sigue que la posesión derivada sea una atribución indirecta, un derecho personal, supuesto que "el que *posea* en virtud de un derecho personal o en virtud de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario..." (art. 798, Código Civil), pero es poseedor según lo establece el artículo 791 y "todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión frente a aquéllos que no tengan mejor derecho para poseer" (art. 803, Código Civil). Finalmente, cuando el poseedor derivado (art. 791, Código Civil) no pueda o no quiera recuperar, entra a poseer el propietario, no porque la posesión derivada sea una atribución indirecta, un derecho de crédito, sino porque la ley también protege (otorga acción) al propietario cuando su derecho está así mismo amenazado frente al despojo.<sup>1</sup>

No me parece correcta la interpretación de Enneccerus<sup>2</sup> cuando al comentar el Código alemán sostiene que el usufructuario es poseedor a nombre propio de su derecho de usufructo y *poseedor de la cosa* a nombre del propietario. Es un hecho evidente que *el propietario no es poseedor de la cosa* y que el usufructuario sí lo es y que el propietario *no tiene derecho a poseer la cosa* frente al usufructuario. De aquí se deriva la conclusión necesaria de que el usufructuario no puede representar al que no tiene ni la posesión ni el derecho a la posesión *de la cosa*. Debe decirse que el poseedor inmediato o derivado posee la cosa por sí y el propietario es *poseedor* mediato u origi-

<sup>1</sup> Art. 792, Código Civil: "En caso de despojo, el que tiene la posesión originaria goza del derecho de pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada, y si éste no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo."

<sup>2</sup> Enneccerus-Kipp-Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, tomo III-1, pp. 42-43.

nario de la cosa y poseedor actual solamente *de su derecho de propiedad*.

El propietario puede defender su posesión originaria contra el despojo, ya que al ser despojado de la cosa el poseedor derivado, el despojante no solamente puede llegar a ser poseedor jurídico de la cosa, sino propietario y en tal virtud también despoja al propietario, viola su derecho de propiedad. Cuando el artículo 792 del Código Civil establece que el propietario *goza del derecho* de pedir que sea restituído el poseedor derivado, *no está obligando* al propietario a ayudar al poseedor derivado, pues aún tratándose del arrendamiento en que está ligado el propietario con el arrendatario por un vínculo obligacional, el propietario no está obligado a defender al inquilino contra las vías de hecho (art. 2418, Código Civil). Lo que pasa es que el artículo 792 del Código Civil está otorgando al propietario un derecho directo, el que le corresponde como poseedor del derecho de propiedad. "Posee un derecho el que goza de él" (art. 790, Código Civil). Siempre que se otorga a alguien la posesión derivada, el propietario deja de ser poseedor jurídico y de hecho *de la cosa*, pero sigue siendo poseedor de su derecho de propiedad.<sup>1</sup>

Tratándose de la hipoteca, como en el caso anterior tratándose del propietario que no tiene la posesión jurídica de la cosa, es absolutamente innecesaria la inmediatez del titular con la cosa y además en ambos casos es necesario que no exista la inmediatez o sea la posesión de la cosa. Sin embargo, los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero (art. 2894, Código Civil) y la hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero, mientras no sea cancelada su inscripción (art. 2940, Código Civil). Esto no se debe a que el derecho esté adherido a la cosa, como si se tratara de un parásito; tampoco se debe a que la hipoteca sea una especie de copropiedad. El acreedor hipotecario, lo mismo que el propietario en el ejemplo anterior, no tiene ninguna inmediatez con la cosa, *no posee la cosa*, no tiene derecho a poseerla, sino que posee su respectivo derecho, cuya posesión se le atribuye directamente y por eso la puede oponer a todo el mundo. La hipoteca, lo mismo que todos los demás derechos

<sup>1</sup> En su oportunidad se hará un análisis más profundo de la posesión originaria, al tratar de la posesión de derechos, en la sección III del presente capítulo. Por lo pronto nos basta con recordar que el poseedor originario no es poseedor jurídico de la cosa frente a los poseedores derivados.

reales, no es un derecho real porque exista inmediatez o porque sea oponible a todo el mundo, sino que es oponible a todo el mundo y no hay necesidad de intermediario (sujeto pasivo determinado), porque es una atribución directa al titular.

3. *Posesión jurídica y posesión de hecho.* Procede ahora enfrentarse al propietario mismo con un tercero que lo despoja. Ya no lo enfrentaremos con los detentadores subordinados ni con los poseedores derivados, sino con el que no tiene ningún derecho y sólo tiene el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa. Durante un año a partir de la fecha de la amenaza o del despojo, el propietario puede pedir ser mantenido o restituído en virtud de que a él se ha hecho la atribución directa del poder de hecho y el hecho de que lo esté ejercitando o no, es indiferente. El hecho es indiferente porque lo importante es su atribución, el derecho de posesión. Sin embargo, ya sea que el propietario haya abandonado la cosa o permitido que pase un año después del despojo, pierde la posesión (art. 828-I y V del Código Civil). No ha perdido el derecho de propiedad, esto es, no ha perdido su derecho a usar, gozar y disponer de la cosa, ni ha perdido la posesión de su derecho; pero ha perdido el derecho al ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, la posesión jurídica de la cosa. Vimos que este hecho no fue obstáculo para que en cualquier tiempo recuperara su ejercicio en los casos previstos por el artículo 793 del Código Civil, precisamente porque en dichos casos se le sigue atribuyendo a él directamente el derecho al ejercicio, pero en el caso anterior (art. 828 del Código Civil) la ley nos dice que ha perdido la posesión. No debemos entender que la ley ha querido informarnos, simplemente informarnos, de un hecho evidente; que por haber abandonado la cosa, ésta ha sido abandonada por él, que por haber sido despojado, dejó de ejercitar el poder de hecho. Esto ya lo sabemos sin que nos lo diga la ley; lo que pasa es que la ley nos está diciendo que el hecho notorio que ya conocemos tiene una consecuencia jurídica, la pérdida del derecho de posesión; no solamente del ejercicio del poder de hecho, sino del derecho al ejercicio del poder de hecho. Estamos tratando naturalmente, de un despojo en que el poseedor no posee clandestinamente, por la fuerza o a ruego (art. 18 del Código de Procedimientos Civiles); naturalmente que queda entendido que si el que despojó no ha adquirido el derecho de propiedad por prescripción, todavía puede, después de un año, el propietario, reivindicar la cosa; pero

no puede ejercitar el derecho de posesión, porque ya no lo tiene, y por eso prescribió la acción (interdicto) para recuperar la posesión (arts. 18 del Código de Procedimientos Civiles y 828 del Código Civil). Es muy distinto reclamar la cosa como poseedor a reclamarla como propietario.

En México muchas personas aceptan como cosa axiomática que lo que la ley protege es el hecho de la posesión; esto es, el ejercicio del poder de hecho y no la atribución legal de este ejercicio. Esto se debe a la tremenda presión de la doctrina que les impide descubrir la verdad cuando les afirma que la posesión no es un derecho sino simplemente un hecho con consecuencias jurídicas.

En primer lugar, tratándose del amparo pedido por una persona que está siendo desposeída por una autoridad sin haberse seguido previamente el procedimiento legal en su contra, la Constitución protege al poseedor independientemente de cualquier teoría, en virtud de que nadie puede ser desposeído con violación de las garantías de los artículos 14 y 16. Pero aún en estos casos no siempre se protege la posesión de hecho, pues se niega el amparo al despojante, al que detenta la cosa sin derecho y en forma violenta, ilícita o delictuosa.<sup>1</sup> La Corte no prejuzga acerca de quién tiene el derecho de poseer —no desconoce la atribución del ejercicio que pueda tener otra persona, sino que reserva la resolución de este problema a las autoridades competentes.<sup>2</sup> Finalmente, veamos los interdictos, que han sido considerados como la protección de la posesión de hecho, como la protección del hecho y no del derecho de poseer. En primer lugar, no se otorgan al que obtuvo la posesión por la fuerza, clandestinamente o a ruegos (las personas mencionadas en el artículo 793 del Código Civil), según los artículos 16 y 18 del Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, esto no quiere decir que el propietario pueda hacerse justicia por sí mismo y desalojar por la fuerza a las personas mencionadas en el artículo 793 del Código Civil, o a cualquier tercero sin derecho. El artículo 793 del Código Civil dispone que “Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia...” Ante la negativa de los detentadores subordinados el

<sup>1</sup> *Jurisprudencia*. LI-2447, LII-54, LII-2541, LIV-1272, LVI-2399, LX-2506, LXII-2423, LXIX-1616.

<sup>2</sup> *Jurisprudencia*. LXI-4185, LXII-542, LXVII-2370, 1815; LXVIII-1850, 2442, 3013; LXX-3533, 4529.

propietario no sólo no se hará justicia por sí mismo (art. 17 constitucional) sino que ocurrirá a las autoridades y tendrá que demostrar que los ocupantes están comprendidos en el artículo 793 del Código Civil. Pero la circunstancia de que una persona no pueda ejercer violencia para reclamar su derecho o hacerse justicia por sí misma no significa que el ejercicio del poder de hecho por sí solo sea un derecho, pues de acuerdo con esta interpretación serían derecho todos los hechos. Lo que pasa es que las personas comprendidas en el artículo 793 del Código Civil están violando su deber jurídico cuando se rehusan a desocupar.

En resumen, la protección jurídica se otorga unas veces al que tiene el ejercicio del poder de hecho y otras veces al que no lo tiene frente al que lo tiene; *pero siempre se concede al titular de la atribución del ejercicio del poder de hecho*, al que tiene el derecho de posesión. Por lo expuesto, la posesión no es en México (ni en ningún lugar, ni en ninguna época de la historia) el ejercicio del poder de hecho (un hecho natural con consecuencias jurídicas) sino que es un derecho pleno —*la atribución del ejercicio del poder de hecho*. En su oportunidad precisaremos en qué forma se hace la atribución. Por lo pronto nos interesa haber probado que en México la posesión es un derecho y que las consecuencias jurídicas del hecho son el ejercicio o manifiestación de un derecho.

Al *ejercicio* de actividades en sí cuando recaen sobre los bienes, independientemente de la norma objetiva que atribuye cada una de ellas a una persona determinada, es a lo que se refiere el legislador cuando consagra el derecho de posesión. “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o *posesiones*, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento” (art. 16 de la Constitución). “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho” (art. 17 de la Constitución). He aquí la consagración general del ejercicio de los hechos, del ejercicio de todas las actividades lícitas en sí, independientemente de que sean también el ejercicio de un derecho distinto del de posesión (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.).

Todos los derechos reales y personales son la atribución de actividades determinadas a personas determinadas, *pero la posesión es la atribución del ejercicio de todas las actividades lícitas a todas las personas*, independientemente de que la actividad en sí (facultad

de usar, disfrutar, etc.) haya sido atribuída al mismo tiempo a la misma persona que posee o a otra distinta. La circunstancia de que la mala fe, la violencia y la clandestinidad sean ilícitas, no desvirtúa la afirmación precedente, pues lo que la norma (art. 17 de la Constitución) protege es la apariencia de licitud, la tranquilidad social. El hecho de aprehender, usar, disfrutar, etc., no es ilícito en sí, sino que lo ilícito radica en la violencia, clandestinidad o mala fe. Estos actos ilícitos no otorgan ningún derecho a sus autores y siempre otorgan derecho a sus víctimas.

El análisis anterior tuvo por objeto establecer que la posesión es un derecho y no un simple hecho con consecuencias jurídicas. *Por lo pronto* aceptaremos el resto de la definición del artículo 790 del Código Civil, inclusive la posesión de derechos. En su oportunidad (*infra*, pp. 88 ss.) se analizará el concepto de la posesión de derechos.

Con el objeto de que el lector siga el orden de la investigación me permito recordarle que inicié el estudio de la posesión con la interpretación del artículo 790 del Código Civil. Hemos rechazado, por ser inaplicable a México, la doctrina que sostiene que la posesión no es un derecho sino un hecho con consecuencias jurídicas. Hemos establecido en forma plena que la posesión es un derecho subjetivo, supuesto que es el otorgamiento de una facultad a una persona determinada y la obligación correlativa de respeto impuesta al resto de las personas. Es, además, un derecho subjetivo absoluto dotado de sanción jurídica: los interdictos. Aún no sabemos exactamente cuál es su esencia, pero sabemos que no es un simple hecho con consecuencias jurídicas, sino un derecho. De aquí en adelante debemos entender la definición del artículo 790 del Código Civil como sigue: es titular del *derecho de posesión* el que está facultado a ejercer un poder de hecho sobre la cosa (bienes). Es poseedor de un derecho el que goza de él; el derecho de posesión es la atribución del ejercicio del poder de hecho sobre las cosas (bienes) y el goce de los derechos.

### C. Doctrina de Ihering implícita en la definición del artículo 790 del Código Civil.

De nuestro derecho positivo se desprende la tesis de que el ejercicio del poder de hecho por sí solo no es posesión jurídica, sino que por el contrario, no es necesario el ejercicio sino exclusivamente su

atribución, según lo vimos al tratar de la detentación subordinada y de la posesión de hecho (ejercicio del hecho sin la atribución) frente a la posesión jurídica (atribución del derecho sin el ejercicio). En México la posesión jurídica es un derecho subjetivo plenamente integrado —es la atribución de facultades a personas determinadas. Así como nuestro derecho positivo consagra a la posesión como derecho subjetivo autónomo, en la misma forma el artículo 790 del Código Civil parece consagrar la doctrina de que el objeto de la posesión es el *ejercicio* del poder de hecho, el *hecho actual*. Nuestro Código parece identificar la actividad atribuida, con su ejercicio.

a) *Posibilidad lógica de la doctrina anterior derivada del artículo 790 del Código Civil*. Veamos cuál es el contenido del derecho de posesión. Del citado artículo se desprende que el contenido u objeto del derecho de posesión es el *ejercicio* del poder de hecho. Esto equivale a decir que se atribuye la actividad solamente cuando se está ejercitando, pero se trata de un derecho, no porque se está ejercitando la actividad sino porque se atribuye. No se atribuye al que la está ejercitando (por ejemplo no se atribuye en la detentación subordinada a las personas mencionadas en el artículo 793) sino al titular de la atribución. Tiene derecho el facultado, *pero sólo lo tiene, según parece, cuando lo está ejercitando* (artículo 790 del Código Civil); esto es, no es poseedor el que no *ejercita* el poder de hecho. Esto significa que el hecho natural no solamente es constitutivo del derecho y ejercicio del derecho (cuando existe) sino *objeto* del derecho una vez constituido u otorgado.

Tratándose del derecho de propiedad, usufructo, arrendamiento y de *todos* los derechos que atribuyen el uso, disfrute y conservación de las cosas, existe el derecho aunque no se ejercite, supuesto que el derecho es la *facultad* y su objeto es la *actividad* facultada. No es el ejercicio requisito para la existencia del derecho. Al contrario, el titular tiene otra facultad fundada en la atribución anterior, la de optar por el ejercicio o no ejercicio (libertad jurídica). En estos derechos la existencia del hecho (su ejercicio) no es necesaria para la existencia del derecho. No desaparece el objeto por el no ejercicio supuesto que el objeto no consiste en el fenómeno natural que es idéntico al ejercicio sino en la posibilidad de realizarlo; la norma atribuye la posibilidad de conducta. Sin embargo, tratándose de la posesión o de cualquier otro derecho no hay imposibilidad lógi-

ca para que la norma jurídica establezca el ejercicio como condición para la existencia presente y futura del derecho, en la misma forma en que exigió su ejercicio actual como condición para su creación u otorgamiento. Precisamente esto es lo que sucedería si consideráramos que el derecho de posesión es el *ejercicio* del poder de hecho y no la facultad de ejercitarlo.

Si decimos que la posesión es el ejercicio del poder de hecho ello no significa que se trate de un deber jurídico alegando que la norma al imponer el ejercicio como condición para la atribución impone una obligación. El poseedor no estaría obligado a ejercitar su derecho, pero como el ejercicio es condición para su existencia, diríamos que al no ejercitarlo renunciaba a su derecho, a lo cual tiene derecho. El ejercicio no sería obligatorio (deber jurídico) sino que sería supuesto jurídico para la existencia del derecho en la misma forma que el *hecho* es generador del derecho de posesión cuando alguien posee por más de un año en la forma legal.

b) *Inaplicabilidad en derecho positivo de la doctrina inferida del artículo 790 del Código Civil.* Se comprende que no sea poseedor jurídico el poseedor de hecho a pesar de que esté ejercitando el poder de hecho (objeto del derecho) por la sencilla razón de que a él no se le hizo la atribución del hecho y el derecho es la atribución. Se comprende que no sean poseedores los detentadores subordinados (art. 793, Código Civil) por la misma razón. Pero lo que no puede comprenderse es cómo puede seguir siendo poseedor el poseedor jurídico si el objeto de su derecho es el *ejercicio* del poder de hecho. Nos encontraríamos con una atribución o derecho sin objeto, en el supuesto de que el objeto del derecho fuera el fenómeno natural y no la posibilidad de su realización. Si el objeto de la posesión fuera el hecho natural, al desaparecer el hecho desaparecería el objeto y necesariamente desaparecería el derecho. Por lo expuesto no podemos aceptar que el objeto del derecho de posesión sea el ejercicio *actual* del poder de hecho. Ya ha quedado establecido plenamente que la posesión es un derecho, la atribución de algo, y ahora descubrimos que este algo, el objeto o contenido de la posesión, no es el fenómeno natural llamado ejercicio del poder de hecho.

Parece confirmarse la tesis del artículo 790 del Código Civil (de que el objeto del derecho es el hecho *actual*) cuando enfrentamos al propietario con el poseedor jurídico (con el tercero que ha poseído por más de un año en la forma legal). Existe aquí una clara distin-

ción entre el titular de la actividad, el facultado a hacer, el propietario, que tiene un derecho cuyo objeto es la posibilidad de ejercitar determinada conducta y el poseedor jurídico que tiene un derecho cuyo objeto es el *ejercicio* del poder de hecho. El propietario tiene la facultad de usar, disfrutar y disponer aunque no esté haciéndolo, *pero cuando no es poseedor no tiene la facultad de estar usando o disfrutando, supuesto que la posesión es un impedimento jurídico al ejercicio de sus derechos*. Sin embargo, ya dijimos que esta doctrina —la que sostiene que la posesión tiene por objeto el *ejercicio* del poder de hecho— no es aplicable en nuestro derecho positivo. Por otro lado, el ejemplo anterior es perfectamente explicable sin recurrir a dicha doctrina. En primer lugar, el poseedor también tiene derecho a no ejercitar el poder de hecho sin dejar por ello de ser poseedor, mientras que para encontrar el contenido u objeto de su derecho frente al propietario no es necesario que dicho objeto sea el fenómeno natural, el *ejercicio* del poder de hecho. En ambos casos, propiedad frente a posesión jurídica, el contenido puede ser la actividad como posibilidad de conducta y pueden jurídicamente coexistir. En caso de controversia, cuando se enfrentan estos dos derechos, el juez dará preferencia al propietario; esto es, al que tiene derecho a la posesión frente al que tiene el derecho *de* posesión. Es el caso común en el cual dos derechos pueden entrar en conflicto al coexistir y en que el derecho prefiere al derecho superior y sacrifica al derecho de valor inferior.<sup>1</sup>

La prueba definitiva de que el objeto del derecho de posesión no es el hecho actual, la encontraremos en el inciso siguiente, al estudiar el concepto de abandono y continuidad en la posesión. Se descubre plenamente que el objeto del derecho de posesión es un objeto ideal y no el ejercicio actual cuando enfrentamos al poseedor jurídico con el despojante. Durante un año sigue siendo titular de su derecho el poseedor despojado —el que no *ejercita* el poder de hecho y no lo es precisamente el que lo *ejercita*, el despojante. El despojado no tiene necesidad jurídica de estar ejercitando su derecho, por la sencilla razón de que dicho hecho no es supuesto jurídico o condición necesaria para la existencia de su derecho. El hecho actual no es el objeto del derecho de posesión.

c) *Abandono y continuidad en la posesión*. He afirmado que la posesión es en México un derecho subjetivo y que no tiene por

<sup>1</sup> Este aspecto se tratará con la amplitud debida *infra*, pp. 64 ss.

objeto el hecho actual sino la posibilidad de su ejercicio otorgada como facultad (derecho) al poseedor jurídico. Esto significa que el titular tiene la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio del poder de hecho. Esta característica es esencial a todo derecho fundante, ya que si no se tiene derecho al no ejercicio se trata más bien de un deber jurídico que de un derecho. Sin embargo, existen cuatro posibilidades con relación al ejercicio o no ejercicio: 1) que el ejercicio sea obligatorio, en cuyo caso claramente se trata de un deber jurídico y no de un derecho, de una actividad permitida obligatoria y no de una actividad permitida potestativa; 2) que la actividad como hecho actual sea el objeto del derecho, en cuyo caso la actividad no es obligatoria, pero su no ejercicio produce la inexistencia del objeto del derecho y como consecuencia la del derecho; 3) que el no ejercicio sea obligatorio, en cuyo caso se trata de una prohibición atribuida como deber jurídico de abstención y, finalmente 4) que la actividad se otorgue como facultad potestativa; esto es, que se otorgue junto con la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio.

Cuando el objeto del derecho es el hecho actual y no la posibilidad de realizarlo, nos encontramos con el caso señalado en el inciso 2). Hasta este momento hemos visto confirmada en todo nuestro derecho positivo la tesis de que el objeto del derecho de posesión es la actividad atribuida como posibilidad normativa. Pero la confirmación plena de mi teoría en derecho positivo mexicano debe encontrarse precisamente en el concepto de abandono y de continuidad adoptado por el Código. Si el objeto del derecho es el hecho actual, entonces el abandono —falta del ejercicio del poder de hecho— traerá consigo la pérdida del derecho; y así mismo, si el hecho actual es el objeto del derecho de posesión, el Código considerará que el simple abandono constituye falta de continuidad en la posesión.

A primera vista parece que el Código acepta, en relación con el abandono, la tesis materialista del objeto como hecho actual. El artículo 828-I del Código Civil expresamente dispone que se pierde la posesión por el abandono. Desde luego que si se renuncia expresa o tácitamente al derecho, arrojando la cosa poseída a la calle o dejándola tirada al caerse, podemos hablar del abandono como hecho extintivo del derecho, por extinción o desaparición de la cosa poseída, del objeto mediato del derecho. Al desaparecer la cosa por voluntad del titular, desaparece *la posibilidad* de ejercitar el poder de hecho sobre ella y nos encontramos con que la renuncia eviden-

temente constituye una forma de abandono que produce la pérdida del derecho. Esta clase de abandono es una verdadera renuncia del derecho que afecta a su existencia tanto cuando el objeto es la posibilidad de realizar el hecho como cuando es el hecho actual mismo.

Pero si en vez de renunciar a su derecho, el poseedor se limita a "abandonar" la cosa, desocupando su casa o no cultivando su terreno, sin que nadie entre a ocuparlos de hecho, es decisivo determinar si esta falta de ejercicio del poder de hecho es extintiva del derecho de posesión. ¿Constituye el simple abandono una interrupción de la posesión o por el contrario, la ley requiere que el abandono esté acompañado de actos de tercero? Si el simple abandono equivale a interrupción en la posesión, o sea, a falta de continuidad, entonces es evidente que nuestro derecho considera que el objeto del derecho de posesión es el hecho actual; en caso contrario acepta mi tesis de que el objeto es la posibilidad normativa de ejercitar el poder de hecho. Desde luego que el significado literal o gramatical de la palabra *continuidad* supone la no interrupción del ejercicio por parte del poseedor, independientemente de que otro tome la cosa en su poder. Pero es el Código y no la gramática el que tiene la última palabra. El artículo 824 del Código Civil dispone: "Posesión continua es la que no se ha interrumpido por alguno de los medios enumerados en el Capítulo V, Título VII, de este Libro." Si el Código acepta la tesis de que el objeto es el hecho actual, encontraremos que el simple abandono será considerado como interrupción. El artículo 1168 del Código Civil define la interrupción, *sinónimo de falta de continuidad*, (según el artículo 824 citado) en la forma siguiente: "La prescripción se interrumpe: *I.* Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año; *II.* Por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso. Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda; *III.* Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe..." *En ninguna parte se dispone que el simple abandono constituya interrupción o falta de continuidad, sino que por el contrario, expresamente se dice que existe abandono (falta de continuidad) cuando el poseedor es privado de la posesión por más de un año. En consecuencia, el hecho actual no es*

necesario para la existencia del derecho de posesión. Lo único que es indispensable es que un tercero no llegue a adquirir el derecho mediante la posesión de hecho, porque así como el hecho actual no es objeto del derecho de posesión sí es un hecho generador del derecho.

A pesar de que esta consecuencia salta a la vista al estudiar la continuidad en nuestro derecho, veamos qué interpretación le dan los autores que tratan el mismo problema en México: "*Entonces se optó por sacrificar la lógica en vista de intereses prácticos, y se invirtió la situación para determinar que es posesión continua aquélla que no es interrumpida, y que sólo podía interrumpirse la prescripción por determinados medios específicamente enumerados en la ley. Ya no se requiere, por consiguiente, que haya una permanencia, una reiteración de actos para que la posesión sea continua...* Se presumía la continuidad, salvo prueba en contrario que demostrara la interrupción, y quien tenía que rendir esa prueba era aquél que invocaba el vicio de interrupción.. Conforme a este principio, que adoptan los códigos de 70 y 84, *podía darse el caso de que fuera posesión continua aquélla que, sin haber sido interrumpida, no se había ejercido constantemente por el poseedor*, lo que implica desde luego una situación que desvirtúa la característica de continuidad, tanto en su acepción gramatical como lógica, porque bastaba con que no se hubiera ejercido la posesión, durante años, para que legalmente fuera una posesión continua; en cambio, se daba la situación contraria: una posesión ejercida continuamente, día a día, y que no era continua por el solo hecho de ser interrumpida por una demanda, por una notificación interpelando al poseedor, lo que también implicaba una situación contraria a la lógica misma... En la definición de posesión continua se sigue la tradición jurídica y se dice que es continua la posesión que no haya sido interrumpida".<sup>1</sup> Si consideramos, de acuerdo con mi teoría, que la continuidad consiste en la circunstancia de que el derecho de posesión se le siga atribuyendo al titular y la discontinuidad en la circunstancia de que la posesión de hecho de tercero extinga el derecho del poseedor (hecho generador y extintivo del derecho) llegamos a la conclusión de que el artículo comentado (824 del Código Civil) es perfectamente lógico y que en él coinciden las

<sup>1</sup> Rafael Rojina Villegas, "Bienes, Derechos Reales y Posesión", *El Nacional*, México, D. F., pp. 424 a 427. Me he permitido subrayar para facilitar el comentario.

consideraciones prácticas y la teoría. Si el objeto de la posesión jurídica es el ejercicio del poder de hecho atribuido como *posibilidad normativa*, como derecho subjetivo, es lógico que el titular tenga derecho a optar por el ejercicio o no ejercicio (siempre que éste no constituya una renuncia de su derecho). Entonces sería ilógico considerar que el no ejercicio es falta de continuidad. Finalmente, también es lógica la presunción del Código que obliga al tercero (el despojante, por ejemplo) a probar el hecho de la interrupción ya que el que invoca un hecho constitutivo de su derecho y extintivo del derecho del contrario, lógicamente está obligado a probarlo. El mismo autor<sup>1</sup> afirma que el artículo 1152 del Código Civil prueba el propósito del legislador de que la posesión siga ejercitándose continuamente, al alargar el plazo para la prescripción cuando el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél. Ya hemos visto que el abandono no afecta la continuidad ni práctica, ni jurídica, ni lógicamente, mientras que aquí la falta de aprovechamiento de la riqueza tiene una finalidad social y política que no afecta a la esencia del derecho de posesión, finalidad parecida a la que inspira el artículo 840 del Código Civil cuando dispone: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario."

El mismo autor<sup>2</sup> comenta el artículo 805 del Código Civil en la siguiente forma: "Una segunda presunción declara que el poseedor que ha sido despojado, pero después restituído en la posesión, se considera como nunca despojado o como nunca perturbado para los efectos de la continuidad, no importando que haya habido una interrupción por el despojo, si logró el poseedor ser restituído legalmente, *pues por una ficción retroactiva se considera como nunca despojado.*" Desde luego que el despojo no puede negarse como hecho, pero no se trata de ninguna ficción cuando la ley dispone que dicho despojo, por ser un acto antijurídico, no tiene el efecto de interrumpir la prescripción, en la misma forma que sin apelar a ninguna ficción el artículo 793 del Código Civil dispone que los detentadores subor-

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, p. 427.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, p. 428. Subrayado mío.

dinados no son poseedores en derecho. Probablemente el artículo pudo haberse redactado con mayor corrección gramatical, pero desde luego que no está negando la existencia del hecho sino que está negando consecuencias jurídicas a dicho hecho, lo cual es muy distinto. Aquí el Código, por otro lado, no está estableciendo ninguna presunción sino que dispone que no tendrá efectos de interrupción el despojo desautorizado por una resolución judicial.

Por lo expuesto, ha quedado plenamente establecida la tesis de que el objeto del derecho de posesión no es el hecho actual sino su atribución como posibilidad normativa.

## II. BUSQUEDA DE LA DOCTRINA APLICABLE A NUESTRO DERECHO

De acuerdo con el análisis precedente, de aquí en adelante debemos entender que el artículo 790 del Código Civil consagra los siguientes principios: *a)* que la posesión es un derecho y no un simple hecho con consecuencias jurídicas; *b)* que el objeto inmediato del derecho de posesión no es el ejercicio del poder de hecho como hecho *actual*, como fenómeno natural, sino la posibilidad jurídica de su realización otorgada al poseedor jurídico. De aquí en adelante no podremos someternos a la doctrina de Ihering o de sus comentaristas (Saleilles, etc.) en vista de los principios descubiertos al analizar nuestro Código. Para nosotros, de aquí en adelante, el objeto del derecho de posesión (como el de todos los derechos subjetivos) será un objeto ideal: la posibilidad de ejercitar actividades facultadas por la norma; mientras que el ejercicio actual será la manifestación o ejercicio del derecho, un *hecho*. Sin embargo, me permito repetir que las enseñanzas de los insignes juristas antes mencionados quedarán sobreentendidas al hacer el análisis del resto de nuestro derecho. Ahora seguiremos señalando las características del derecho de posesión en México con el objeto de descubrir su esencia, la atribución o facultad y su objeto o contenido específico.

*A. Nacimiento del derecho de posesión.* Si bien el ejercicio del poder de hecho (fenómeno natural) no es el objeto del derecho de posesión, en cambio sí es el hecho generador de dicho derecho y su manifestación una vez adquirido. Cuando se entrega la cosa adquirida al comprador, éste adquiere el derecho de propiedad por virtud

del contrato y también el derecho *de* posesión del cual era titular el vendedor; pero se requiere la entrega de la cosa para adquirir la posesión jurídica.<sup>1</sup> También puede cederse el derecho de posesión por el poseedor jurídico que no es propietario sino simplemente poseedor. En todos estos casos se trata de medios de adquirir el derecho de posesión ya existente. Pero la única forma original de nacimiento del derecho de posesión aparece cuando se ejercita el poder de hecho en la forma legal. Todo el mundo, inclusive el propietario que no es poseedor, tiene que realizar el hecho —ejercicio del poder de hecho— en la forma prescrita por la ley, para dar nacimiento al derecho de posesión. El hecho de la posesión es constitutivo de derechos. Por ejemplo, el propietario (adquiriente que inscribe su título) no es poseedor jurídico si no le fue entregada la cosa por encontrarse en poder de un tercero. Dicho propietario no tiene el interdicto para retener o recuperar, supuesto que nunca ejercitó el poder de hecho.

Por lo expuesto, el *hecho* de la posesión es el supuesto jurídico para el nacimiento del derecho de posesión. Tratándose de la cesión del derecho de posesión el contrato correspondiente más la entrega de la cosa son los supuestos jurídicos para adquirir el derecho de posesión que corresponde al cedente. Aquí tenemos la fusión de dos supuestos jurídicos recíprocos, ya que no se adquiere el derecho al realizarse el supuesto fundante (cesión) sino que es necesario que se realice el supuesto jurídico fundado, la entrega de la cosa.

*B. Existencia autónoma del derecho de posesión.* Ya vimos con anterioridad que el derecho de posesión no es la manifestación de la propiedad o de los demás derechos que otorgan el uso, disfrute o aprehensión de la cosa, pues el poseedor de hecho, que no es titular de ningún derecho, ni aún del derecho de posesión, al cumplir las condiciones de ley (ejercicio del hecho) llega a ser poseedor jurídico y entonces el único derecho de que es titular es el de posesión, como derecho subjetivo pleno e independientemente integrado. Es muy importante recordar la existencia independiente y autónoma del derecho de posesión para no caer en error cuando se descubran sus relaciones con el derecho de propiedad y aún su subordinación a

<sup>1</sup> Esto no se debe a que la posesión y su objeto sean hechos actuales, sino a la circunstancia de que el contrato de cesión del derecho de posesión es un contrato real.

dicho derecho y a los demás derechos que otorgan el uso, disfrute y aprehensión de la cosa.

C. *La posesión como derecho subordinado y provisional.* En caso de conflicto entre el derecho de posesión y cualquier otro derecho que otorga la facultad de usar y disfrutar, el primero debe ceder ante los demás. El derecho hace la atribución de la posesión, según lo hemos visto, como posibilidad independiente y autónoma de realizar actividades. Pero la atribución es provisional y está subordinada a la existencia de otros derechos que atribuyen actividades cuyo ejercicio es impedido por el derecho de posesión.

El ejercicio del poder de hecho es un fenómeno real que generalmente coincide con el ejercicio de derechos que recaen sobre los bienes. Así, por ejemplo, los hombres habitan y usan sus casas y decimos que las poseen, pero suponemos al mismo tiempo que son propietarios, usufructuarios o arrendatarios de ellas porque la manifestación de estos derechos es al mismo tiempo la manifestación de la posesión, y si alguien posee suponemos que es porque tiene derecho a ello. Por esto suponemos que el que posee es titular del *derecho de posesión* y tiene *derecho a la posesión*. Tratándose de la posesión, generalmente coincide la conducta real, lo que es, con la conducta jurídica, lo que debe ser. El derecho se funda en esta misma suposición al establecer en su artículo 798 del Código Civil que "La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído." El artículo 806 dispone: "Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer... Entiéndese por título la causa generadora de la posesión." Finalmente, el 807 dice: "La buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla." En resumen, se presume que el ejercicio del poder de hecho es el ejercicio de algún derecho correspondiente a las actividades que estamos realizando y que el poseedor es titular de ese derecho. La posesión no es el derecho de usar, disfrutar, aprehender, conservar, ocupar, construir, cultivar, etc., etc., pero se manifiesta precisamente usando, disfrutando, aprehendiendo, etc. El derecho protege estas manifestaciones

de hecho como manifestaciones de un derecho independiente y autónomo —el derecho de posesión— para proteger la manifestación de actos que en sí son lícitos porque generalmente son la manifestación de los derechos correspondientes.<sup>1</sup> Al proteger su manifestación como manifestación de un derecho independiente (posesión) que los abarca a todos, se evita discutir en cada caso la existencia (título) de estos derechos, ya que los mismos se harían nugatorios si tuviéramos la necesidad de discutir y probar (en cada caso) nuestros títulos para justificar y hacer que se respeten nuestras acciones.

Por otro lado, también descubrimos que una persona desocupa una casa (sin renunciar a su derecho) y a pesar de que no se manifiesta aquí el derecho en forma positiva, también suponemos que la persona que desocupa sigue poseyendo y que tiene derecho a poseer, porque es propietario, etc. Este último fenómeno ya es conocido para nosotros: la existencia del derecho y la inexistencia de su ejercicio o manifestación.

Finalmente descubrimos que una persona se atribuye a sí misma la facultad de realizar actividades que no le han sido atribuidas por el derecho y por más que se las atribuya y por más que las realice no es titular del derecho correspondiente a estas actividades. A la inversa, una persona puede no atribuírse determinadas actividades y no ejercitarlas jamás y a pesar de todo es titular de derechos. De aquí concluimos que la existencia del derecho no depende de la atribución que se haga a sí misma una persona, ni de su voluntad o falta de voluntad, ni de su interés o falta de interés, ni del ejercicio o falta de ejercicio, sino exclusivamente de la atribución que haga la norma de derecho. Repetimos, *el derecho es la atribución*.

Del análisis anterior se desprende con claridad que el derecho de posesión es un derecho plenamente integrado, independiente y autónomo, la atribución de actividades; —pero también se descubre que es un derecho que sirve de medio para lograr la protección y efectividad de otros derechos que son jerárquicamente superiores, que son fines frente al de posesión que desempeña el papel de medio. El derecho de posesión es de valor inferior, pero de su existencia

<sup>1</sup> No es la avanzada del derecho de propiedad sino el medio para proteger la manifestación de todas las actividades lícitas que ejerce el hombre sobre los objetos reales (exteriores a su persona). No acepto, por tanto, la tesis de Ihering expresada en *El Fundamento de la Protección Posesoría*, trad. Adolfo Posada, 1926, especialmente p. 92.

depende la realización de los derechos de rango superior. El artículo 803 del Código Civil dispone: "Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquéllos que no tengan mejor derecho para poseer. Es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua." Vemos que la subsistencia del derecho de posesión depende de la existencia de otros derechos de rango superior y solamente en caso de que se trate de dos posesiones sin título se sostiene la posesión más antigua por sus propios méritos. Por esto el título de la posesión es su fundamento en un derecho fin y cuando se presenta un conflicto provocado por la coexistencia en diversos sujetos del derecho de posesión y de otros derechos que constituyen el título de posesión, se prefiere al derecho de rango superior, ya que la existencia del derecho de posesión es provisional y está subordinada a la existencia de los derechos respecto de los cuales el de posesión no es más que un medio. El artículo 803 citado contiene, pues, toda la doctrina relativa a la jerarquía y duración del derecho de posesión y no está en contradicción con los interdictos que tienen por objeto la protección del derecho de posesión como derecho autónomo e independiente; esto es, los interdictos tienen por objeto resolver el conflicto entre poseedores y no entre titulares de derechos de rango superior frente al poseedor.

Cuando coinciden el titular de un derecho de rango superior y el poseedor, no existe ningún problema o conflicto, pero es importante, aún en estos casos, recordar que el derecho de posesión es un derecho independiente y autónomo aunque jerárquicamente inferior y por ello provisional.

*D. Derecho de posesión y derecho a la posesión.* a) La distinción que buscamos no aparece, por ejemplo, cuando decimos que el propietario es titular del derecho de posesión o que es poseedor en derecho frente a un tercero que ha poseído por más de un año, continua, pública y pacíficamente. La distinción no aparece porque aquí confundimos el derecho a la posesión con el derecho de posesión. Pero la afirmación del ejemplo anterior es falsa porque presupone que dicho tercero es solamente poseedor de hecho. Ya vimos que este tercero es titular de un derecho subjetivo independiente y autónomo, del derecho de posesión y por eso es que puede jurídicamente exigir que el mismo propietario sea obligado a abstenerse de

despojarlo o a devolverle la posesión si ya lo despojó (arts. 803 y 804 del Código Civil y arts. 16 a 18 del Código de Procedimientos Civiles).

b) La distinción que buscamos aparece cuando decimos que el propietario tiene derecho *a* la posesión frente al tercero antes mencionado, quien es titular del derecho *de* posesión. Sin embargo, por lo pronto la distinción es solamente verbal. En efecto, ya sabemos lo que significa la expresión *derecho de posesión* porque hemos descubierto que se trata de un derecho subjetivo autónomo e independiente, del cual el poseedor es titular. Pero aún no descubrimos en qué consiste la diferencia entre derecho *a* la posesión y derecho *de* posesión, porque no sabemos qué es el derecho *a* la posesión. La expresión indica que se trata de un derecho y como no es el derecho *de* posesión, necesariamente se trata de otro derecho distinto. Sería fácil hacer la distinción si la posesión fuera simplemente un hecho con consecuencias jurídicas, porque entonces el poseedor tendría posesión de hecho y el propietario derecho *a* ella. De aceptarse esta solución también el propietario, cuando es poseedor, estaría simplemente realizando un hecho al cual tendría derecho por ser este hecho la manifestación de su derecho de propiedad. Sin embargo, esta tesis es inaceptable en vista de la existencia del derecho *de* posesión, como derecho autónomo.

c) En el ejemplo anterior el poseedor jurídico es poseedor sin título y el propietario no es poseedor jurídico, pero tiene el título necesario para llegar a serlo. Cuando el propietario es poseedor decimos que es poseedor jurídico con título y entonces coinciden en la misma persona el derecho de posesión con el derecho *a* la posesión.

d) La distinción entre posesión de hecho y posesión jurídica quedó precisada con rigor: la primera consiste en la descripción de un hecho, de lo que es, y la segunda es la expresión de lo que debe ser, de un derecho. Para hacer la distinción entre estas dos posesiones no existe ningún problema, ya sea que ambas posesiones se encuentren en la misma persona o en personas distintas.

e) Del análisis anterior se desprende la posibilidad de que existan tres clases de posesiones: la posesión de hecho, el derecho de posesión y el derecho *a* la posesión, ya que si decimos que no se es titular del derecho de posesión sino que se tiene derecho *a* la posesión, esto equivale a reconocer un tercer derecho. Reconocer este tercer derecho es igual a afirmar que existe como derecho autónomo inde-

pendiente, como un ser u objeto distinto de cualquier otro ser; de lo contrario no se trataría de un nuevo derecho. Ahora bien, el derecho a la posesión, en el sentido de un derecho independiente, no está reconocido en ninguna parte por nuestro Código. En consecuencia, no existe el derecho a la posesión como derecho independiente.

f) Por otro lado, no puede negarse que sin ser titular de un nuevo derecho sino del derecho de propiedad, el propietario tiene derecho a la posesión pero no en el sentido de un derecho nuevo e independiente. Esta solución sólo puede significar que el derecho a la posesión es el mismo derecho de propiedad y en su caso el de usufructo, arrendamiento, etc. Si bien no es cierto que el propietario, usufructuario, arrendatario, etc., son poseedores en derecho —cuando no lo son— y si tampoco es correcto decir que tienen derecho a la posesión como si se tratara de un nuevo derecho distinto de sus respectivos derechos y del derecho de posesión jurídica, sí tiene sentido decir que tienen derecho a la posesión en su carácter de propietarios, usufructuarios, etc. En este sentido la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, etc., dan derecho a la posesión. Entonces el derecho de propiedad (usufructo, etc.) otorga la facultad o es (entre otras cosas) la facultad de exigir que se extinga el derecho de posesión de un tercero que posee la cosa, a la cual se refieren sus derechos.

El poseedor no tiene derecho a usar y disfrutar y cuando lo hace sin derecho (por no ser propietario, usufructuario, arrendatario, etc.) está obligado a indemnizar y devolver los frutos al titular de estas facultades. Pero las facultades otorgadas al poseedor jurídico constituyen un impedimento jurídico para el *ejercicio* de las facultades de usar y disfrutar correspondientes al propietario, usufructuario, etc., cuando éstos no son, a la vez, poseedores. Cuando el propietario y demás titulares del derecho a usar y disfrutar no son poseedores, no pueden de hecho ejercitar sus actividades, pero tienen derecho a hacerlo. Para comprobar esta afirmación diremos, en primer lugar, que el poseedor no tiene derecho a usar y disfrutar y en consecuencia tampoco tiene derecho a estarlo haciendo. El hecho de que el propietario, etc., no *puedan* hacerlo cuando no son poseedores no quiere decir que no tengan derecho a hacerlo. Que tienen derecho frente al poseedor resulta evidente, pues aunque el poseedor haya usado y disfrutado, el propietario, usufructuario, etc., tienen derecho a reclamarle daños y perjuicios y la devolución de los frutos. Este impedimento *de hecho* provocado por la posesión crea un derecho subjetivo

relativo a favor del propietario, usufructuario, etc. Se trata de un derecho relativo porque solamente el poseedor es sujeto pasivo de esta *facultas exigendi*. Estos derechos subjetivos relativos son el fundamento para afirmar que el impedimento al *ejercicio* de los derechos de usar y disfrutar es un *hecho* (y no un derecho del poseedor); por lo que el propietario, usufructuario, etc., que no *pueden* ejercitar sus derechos frente al poseedor, siguen, sin embargo, teniendo derecho a hacerlo.

Ahora bien, el citado derecho subjetivo relativo (derecho a la posesión) es el derecho del propietario, usufructuario, etc., a exigir el respeto de sus derechos. Se trata sencillamente de la *facultas exigendi* que corresponde al propietario, etc., cuando son violados sus derechos. No se trata de un derecho autónomo sino de la relativización de sus propios derechos por haber aparecido un deudor *determinado*.

La solución anterior es incontrovertible desde el punto de vista lógico, pues ¿de qué me sirve tener el derecho a usar y disfrutar (ser propietario, usufructuario, arrendatario, etc.) si al mismo tiempo no puedo *físicamente* hacerlo porque otro detenta la cosa y tampoco puedo *jurídicamente* porque otro tiene el *derecho a retenerla* en su poder (el poseedor jurídico)? Pero de nada serviría esta *necesidad* lógica si el derecho positivo no consagrara la extinción del derecho jerárquicamente inferior (la posesión) cuando está en conflicto con los derechos antes mencionados, que son jerárquicamente de valor jurídico superior. El artículo 828-IV prevé el caso de la extinción del derecho de posesión por declaración judicial y la fracción VI expresamente la sanciona por reivindicación del propietario. El Código de Procedimientos Civiles otorga la reivindicatoria en su artículo 4 y la publiciana en su artículo 9, mientras que el usufructuario, depositario, arrendatario y todas las personas que tienen derecho a usar, disfrutar y aprehender la cosa, tienen el derecho de exigir al propietario la entrega de la cosa según lo establece expresamente el Código Civil.

*E. Esencia del derecho de posesión.* El problema verdadero no radica en descubrir la evidencia de que la posesión es un derecho subjetivo autónomo e independiente, lo cual ya se hizo; tampoco radica el problema en afirmar que (como consecuencia de ser la posesión un derecho) ejercitar el poder de hecho es ejercitar un de-

recho. Es idéntico este caso al que presenta una obra de arte, en que una pintura, por ejemplo, es por un lado una cosa real y el mismo objeto real es portador de un valor estético debido al sentido que nosotros descubrimos o le damos al objeto.

Decía que el problema no radica en descubrir que la posesión es un derecho, sino en diferenciar claramente este derecho de otros derechos. De la aparente imposibilidad de hacer esta distinción se deriva la tentación de decir que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas y que no es un derecho. Por haber encontrado que la posesión jurídica siempre es un derecho, unas veces aparentemente confundido con otros derechos (como en el caso del propietario que es al mismo tiempo poseedor), pero otras veces como derecho total e independientemente integrado, no podemos volver a la tesis de que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas y no un derecho.

El problema es más grave de lo que parece, ya que si rechazamos la tesis de que la posesión es el ejercicio o manifestación de otros derechos y además decimos que no es el *hecho actual* (ejercicio del poder de hecho) parece que no existe ninguna actividad que pueda atribuirse como objeto privativo del derecho de posesión.

No podemos decir que la posesión tenga por objeto el ejercicio de otros derechos porque ya hemos visto que no es el derecho a usar y disfrutar. Tampoco podemos decirlo supuesto que ello equivaldría a usar el término *derecho de posesión* como sinónimo de manifestación de otros derechos. Se trata de una duplicación inútil e ilógica, cuando pretendemos que es un nuevo derecho, y de una duplicación verbal cuando pretendemos que es simplemente un sinónimo. Tampoco podemos decir que se trata del hecho actual por haber establecido en forma plena que se trata de un objeto ideal. Finalmente, no podemos afirmar que sea un hecho con consecuencias jurídicas, porque hemos descubierto que es un derecho.

Ante la aparente imposibilidad de encontrar el objeto específico del derecho nos vemos obligados a decir: 1) que la posesión es un derecho sin objeto, lo cual es un absurdo; 2) que por ser un absurdo la afirmación anterior debemos concluir que no existe el derecho de posesión. Sin embargo, el derecho de posesión ha quedado establecido en forma plena. En consecuencia, dicho derecho tiene necesariamente un objeto privativo. Si no tuviera objeto no existiría y hemos comprobado que existe. Si no tuviera objeto privativo se con-

fundiría con otros derechos y hemos comprobado que existe como derecho autónomo e independiente.

En el acto se presenta un grave problema al definir el derecho de posesión como atribución del *ejercicio* de actividades pues todo derecho es atribución de actividades y necesariamente es también la atribución de su ejercicio. Decir que se atribuye una actividad es decir que se atribuye su ejercicio. De este dato se deriva la confusión entre la posesión (como ejercicio de actividades) y los demás derechos que son atribución de actividades y de su ejercicio.<sup>1</sup> Por esto parece no existir diferencia lógica posible entre la posesión y los demás derechos que otorgan actividades sobre las cosas. Entonces el problema se plantea así: hemos descubierto en la vida del derecho que la posesión es un derecho autónomo e independiente, pero su ejercicio se confunde con el de otros derechos. El problema se reduce a descubrir si puede existir una actividad independientemente de su ejercicio. En caso afirmativo, será posible declarar que el derecho puede atribuir la actividad y su ejercicio *simultánea o separadamente*. En caso negativo, *en caso de que sean la misma cosa la actividad y su ejercicio*, no será posible descubrir el objeto exclusivo del derecho de posesión.

En primer lugar, es igual decir que existe una actividad a decir que se está ejercitando: en este caso se identifican la actividad y su ejercicio; el fenómeno natural, *la actividad, es su ejercicio*. Aquí hemos identificado ser y estar: la actividad *es* cuando *está* ejercitándose. Si el derecho se refiriera solamente al fenómeno natural en el momento de su aparición en el tiempo y en el espacio, no sería posible encontrar la esencia del derecho de posesión, supuesto que se confundiría con el ejercicio de otros derechos que también se manifiestan mediante actividades ejercitadas en determinado tiempo y lugar y en relación con las cosas o sobre las cosas. Entonces la posesión se confundiría con la manifestación del derecho de propiedad, de usufructo, de uso y habitación, de arrendamiento, etc., y sería el ejercicio de estos derechos. Entonces sí sería lícito decir que la posesión no es un derecho sino un hecho que tiene consecuencias jurí-

<sup>1</sup> La confusión es inevitable porque invariablemente el que está usando y disfrutando está así mismo ejercitando el poder de hecho. A su vez, el que está ejercitando el poder de hecho generalmente está usando y disfrutando. De aquí se deriva la afirmación de que la manifestación de la propiedad, usufructo, etc., es idéntica a la manifestación de la posesión.

dicas, pero las consecuencias jurídicas se derivarían de la existencia de otros derechos de los cuales el hecho de la posesión sería manifestación. Si quisiéramos en este caso (en el caso de identificación de la actividad con su ejercicio) distinguir el derecho de posesión de otros derechos que otorgan el uso, disfrute o aprehensión de la cosa, diríamos que la posesión es una propiedad menor o un usufructo o arrendamiento o depósito menores, pues sería el derecho que en su manifestación es idéntico a los anteriores (la realización de actos humanos sobre las cosas). Sería un derecho por ser la atribución de actividades; sería una especie de propiedad o usufructo o arrendamiento o depósito, ya que su ejercicio se confundiría con el ejercicio de los anteriores derechos; luego la atribución sería de las mismas actividades o de algunas de ellas; sería un derecho menor porque cedería ante el titular de los derechos antes mencionados.<sup>1</sup>

Ya hemos descubierto al derecho de posesión independientemente de la manifestación de otros derechos, en el caso del que posee sin violencia, en forma pública y sin ningún derecho. En vista de lo anterior tenemos que confesar que el derecho de posesión siempre ha existido y existe en todos los derechos positivos y que nuestra incapacidad para descubrir su esencia nos ha obligado a pactar compromisos vergonzosos con la realidad, ante nuestra impotencia para descubrir la esencia de este enigmático derecho.

La posesión se nos presenta como un objeto de conocimiento de cuya existencia tenemos la certidumbre y cuya esencia desconoce-

<sup>1</sup> Juristas de la talla de Ihering implícitamente aceptan la tesis de que la posesión es manifestación del derecho de propiedad, y ante la aparente imposibilidad de encontrar un objeto específico para la posesión como derecho, se ven obligados a hacer del hecho actual el objeto de este derecho. Por otro lado, si abandonaran al hecho actual como objeto de la posesión, la asimilación de la posesión con la propiedad (usufructo, arrendamiento, etc.) sería completa. Por haber comprobado en forma plena que el hecho actual no es el objeto del derecho de posesión, podemos afirmar que ni Ihering ni sus precursores, ni sus comentaristas, han resuelto el enigma de la posesión: encontrar el objeto ideal privativo del derecho de posesión. Para que dicho objeto sea ideal es necesario que no se trate del hecho actual (ejercicio del poder de hecho) y para que no se confunda con el objeto de otros derechos es necesario que no sea el ejercicio de otros derechos. En este último caso (ejercicio de otros derechos) el objeto no sería privativo o específico (se confundiría con otros derechos), ni sería ideal, supuesto que el ejercicio de los derechos es un hecho.

mos.<sup>1</sup> Tenemos la certidumbre de que existe el derecho de posesión y sin embargo no sabemos qué es. De lo anterior se deduce la conclusión de que el problema es de naturaleza subjetiva y no objetiva, de que radica en nosotros mismos y no en el objeto cuya esencia buscamos. En efecto, si existe un objeto necesariamente tiene una esencia. En otras palabras, si algo es, necesariamente es de alguna manera distinta a todo lo demás, pues en caso contrario se confundiría con otros seres. ¿Cuál es este ser de la posesión distinto de cualquier otro ser?

a) *El corpus como objeto del derecho de posesión.*

1. Al tratar de aplicar la definición del artículo 790 del Código Civil a las diversas situaciones previstas por nuestro derecho positivo llegamos a la conclusión de que el simple ejercicio del poder de hecho no es un derecho; de que nuestro derecho consagra el derecho de posesión y que por tal motivo la posesión no es en México un hecho con consecuencias jurídicas sino que hay consecuencias jurídicas porque son la manifestación del derecho de posesión. Por otro lado vimos que existe la posesión de hecho que no es la manifestación del derecho de posesión sino un hecho con consecuencias jurídicas. En México sólo existe el derecho de posesión cuando el hecho ha sido atribuído por el derecho. Finalmente, descubrimos que *el objeto del derecho de posesión no es el ejercicio del poder de hecho*; esto es, que el objeto no es el hecho como fenómeno natural, cuando está realizándose y porque está realizándose, ya que hemos visto que sigue atribuyéndose el derecho de posesión a su titular aunque no exista el hecho, el ejercicio del poder de hecho —(en los casos de la detentación subordinada y de la posesión jurídica frente a la posesión de hecho) de donde se deduce necesariamente que el objeto del derecho de posesión no es el *ejercicio actual* del poder de hecho, supuesto que si éste fuera su objeto desaparecería el derecho al desaparecer el hecho en el tiempo y en el espacio. Esto se deduce del axioma de que no hay derecho sin objeto. El derecho es facultad o atribución, pero es facultad o atribución de algo necesariamente. También aceptamos que el *ejercicio* del poder de hecho no es el objeto del derecho

<sup>1</sup> No es esta la primera vez que nos encontramos con este fenómeno. Ya hemos comprobado y seguiremos comprobando en este libro que el derecho privado es el monumento más notable de toda la historia al culto de la apariencia sensorial y a la ficción —el ejemplo más elocuente de la capacidad humana para descubrir esencias y de su incapacidad para utilizarlas.

de posesión por la única razón de que el derecho objetivo no lo atribuye, pero no porque exista una imposibilidad lógica de hacer del *ejercicio actual* de actividades, del fenómeno natural, el objeto de un derecho.

En vista de que la posesión de hecho también está protegida por el derecho como facultad fundada en un deber, en virtud de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, diremos que ésta (la posesión de hecho) sí tiene por objeto el *ejercicio actual* del poder de hecho. Por este motivo la posesión de hecho, que no es atribución de actividades, cede ante la posesión jurídica que sí lo es.

Si el objeto del derecho de posesión no es el *ejercicio actual* del poder de hecho, entonces es necesariamente la posibilidad de su ejercicio, pues hemos comprobado que es un derecho y como tal necesariamente es la atribución de algo. Si este algo no es el ejercicio actual, tiene que ser necesariamente la posibilidad del ejercicio. De aquí resulta que el derecho de posesión es, como todos los derechos subjetivos, la atribución de actividades, independientemente de que se ejerciten en el tiempo y en el espacio: no es el fenómeno natural que aparece en el tiempo y en el espacio, sino la posibilidad de una conducta determinada. El contenido u objeto es la actividad como posibilidad de realización, independientemente de que llegue a realizarse en el futuro. Cuando el derecho de posesión coexiste y entra en conflicto con otros derechos que atribuyen las mismas actividades, el primero se extingue para el poseedor, y esto se debe no a que el objeto de la posesión sea un hecho actual sino a la circunstancia de que el derecho de posesión es provisional y está subordinado a otros derechos. Finalmente, la circunstancia de que un tercero pueda convertirse en poseedor se debe a que el hecho natural, el hecho actual, el cual ya hemos visto que no es el objeto del derecho de posesión, sí es, en cambio, el hecho generador de este interesante derecho. De lo anterior se desprende que el problema no radica en descubrir que el derecho de posesión es un derecho independiente y autónomo, cuyo objeto es actividad, como posibilidad de realización. Tampoco radica el problema en el ejercicio o manifestación del derecho de posesión, el cual puede confundirse, según lo hemos visto, con el ejercicio de otros derechos. El problema de la posesión radica en descubrir la forma específica en que se hace la atribución de la actividad que constituye el objeto de este derecho.

El *corpus* como hecho natural —el ejercicio actual del poder de

hecho— es un hecho generador del derecho de posesión y manifestación del derecho, pero no es un elemento necesario del derecho de posesión una vez adquirido; esto es, *no es el objeto del derecho de posesión*. Esta conclusión es evidente y necesaria si recordamos que jamás son las cosas objeto de derechos y tampoco lo son jamás los actos actuales, los fenómenos naturales, sino que lo es siempre la posibilidad de realizarlos. No se podrá objetar diciendo que el *corpus* lo tienen los poseedores en nombre del propietario (como en la detención subordinada), pues tratándose del despojo sigue siendo poseedor el despojado hasta por un año, momento en el cual deja de serlo, no porque le falte el *corpus*, el cual le faltó desde un principio y no fué obstáculo para que siguiera siendo poseedor en derecho, sino porque ahora le falta la atribución, el derecho, el cual ha sido adquirido por el despojante. No podemos decir que mientras sigue siendo poseedor jurídico el despojado, el *corpus* lo tiene en su nombre y representación el despojante, porque ante este absurdo es mejor decir sencillamente la verdad, que el *corpus* no es el objeto del derecho de posesión si por ello entendemos el hecho actual, el fenómeno natural. A la inversa, el despojante que tuvo el *corpus* por un año no es poseedor en derecho, y cuando llega a serlo no podemos decir que lo es por tener el *corpus*, pues sigue siéndolo aunque a su vez sea despojado, caso en el cual será poseedor sin tener el *corpus*.

Este *corpus* es un fantasma tan inútil y metafísico como el *animus* de Savigny, si por *corpus* entendemos objeto del derecho. Así como Ihering nos libró del *animus*, del subjetivismo en la posesión, ya es tiempo de que nos libremos nosotros mismos de la actitud ingenua del materialismo en la posesión y que de una buena vez capturemos la esencia del derecho de posesión y de todos los derechos, la cual no radica ni en nuestra intención o voluntad (subjetivismo ingenuo) ni en la objetividad material (la cosa) o las actividades actuales, fenómenos naturales (materialismo ingenuo). Para conseguirlo tendremos que desechar este aspecto grosero de la teoría objetiva de Ihering. Hasta este momento hemos visto que mi teoría se impone lógicamente y además está conforme con todos y cada uno de los preceptos relativos del derecho positivo mexicano, tanto si los tomamos en forma aislada como cuando los relacionamos para resolver todas las situaciones que se presentan en relación con la posesión.

Esta armonía existente entre la teoría aquí expuesta y el derecho positivo no es posible conseguirla si adoptamos la teoría subjetiva

(desechada por el Código) o la objetiva en su grosera versión materialista. Este materialismo debe desecharse porque es falso y porque está en conflicto con nuestro derecho positivo. Hasta entonces será comprendida la teoría de Ihering como teoría objetiva y no como teoría materialista, pues lo objetivo radicará en el dato de que no necesita del *animus* (no es subjetiva) y en que atribuye la posibilidad del ejercicio de actividades en forma objetiva, es decir, no cuando se están realizando en concreto, sino como un objeto que existe en la norma objetiva de derecho. Lo anterior no significa que el de posesión sea un derecho sin objeto, pues entonces no sería un derecho; simplemente significa que su objeto no es el hecho actual sino la posibilidad de su ejercicio, el hecho concebido como posibilidad normativa de conducta.

2. *Objeto del derecho de posesión.* Procede ahora diferenciar al derecho a usar y disfrutar de la cosa de otro derecho distinto como lo es el derecho al ejercicio del poder de hecho, el derecho de posesión. Para hacer esta distinción es necesario que aparezca y se conceda el derecho de posesión independientemente del derecho a usar y disfrutar de la cosa. Con ello probaremos que si bien siempre se otorga el derecho a la posesión a los titulares del derecho de usar y disfrutar de la cosa, la posesión no da derecho a usar y disfrutar ni se funda en los derechos que otorgan el uso y disfrute. En esta forma habremos probado que el derecho de posesión no es el ejercicio de determinados derechos ni un derecho de segundo grado, o sea una facultad fundada en otra.

El depositario y el acreedor pignoraticio son poseedores (art. 791, Código Civil) y no tienen derecho a usar y disfrutar de la cosa. El depositario se obliga a recibir una cosa y a *guardarla* para restituirla cuando la pida el depositante (arts. 2516 y 2522 del Código Civil). Naturalmente que el depositario no podrá usar y disfrutar de la cosa. La misma obligación tiene el acreedor prendario de restituir la prenda cuando le paguen (art. 2876, Código Civil). El acreedor abusa de la cosa empeñada cuando *usa* de la prenda (art. 2880, Código Civil). He aquí la prueba plena de que la facultad de usar y disfrutar (derecho de propiedad, usufructo, etc.) así como el simple ejercicio de estas facultades (arrendamiento, comodato, aparcería) son derechos completamente distintos del derecho de posesión, del derecho al ejercicio del poder de hecho.

Del análisis anterior podemos derivar una consecuencia muy im-

portante: que el derecho de propiedad es el conjunto de varios derechos, es la atribución directa de varias actividades distintas:

- a') la facultad de usar (*facultas agendi*);
- b') la facultad de disfrutar (*facultas agendi*);
- c') la facultad de disponer (*facultas agendi*);
- d') la facultad de ejercitar el poder de hecho o sea el derecho a la posesión (*facultas exigendi*);
- e') la facultad de exigir el respeto de las actividades anteriores (*facultas exigendi*);
- f') la facultad de optar por ejercitar o no ejercitar las actividades anteriores, o sea el derecho de libertad (*facultas optandi*).

Las facultades mencionadas en a') y b') pueden *ejercitarse* por el mismo titular o por otra persona. Esto hace posible que exista el arrendamiento, comodato, etc., como derechos personales.

Veamos ahora si es posible encontrar a cada uno de estos derechos separadamente en la vida del derecho, única justificación de esta atomización del derecho de propiedad. En primer lugar, en la propiedad plena los encontramos a todos estos derechos juntos, como si se tratara de la atribución de una sola actividad. En el usufructo encontramos la facultad (derecho) de usar y disfrutar independientemente del derecho a disponer (nuda propiedad). El derecho de habitación es la atribución directa aunque limitada de la facultad de usar una cosa ajena (art. 1050, Código Civil), mientras que en el derecho de uso encontramos la atribución directa (derecho real) de percibir los frutos de una cosa ajena (art. 1049, Código Civil). He aquí los casos en que se encuentran juntos y separados los derechos a usar, disfrutar y disponer (a', b' y c'). En el arrendamiento, aparcería y comodato, se presta por su titular a otro el ejercicio de las facultades mencionadas en a') y b') independientemente de la facultad fundante (derecho de propiedad) que sigue atribuyéndose al propietario; pero el propietario ha limitado su facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio al proporcionarla al inquilino, al aparcerero, etc., (f'). Ya hemos visto que el derecho al ejercicio del poder de hecho (d') aparece separado e independientemente de los derechos anteriores en el caso del depósito, mientras que el ejercicio del poder de hecho sin el derecho existe en los casos del artículo 793 del Código Civil y en los casos de despojo. Finalmente, ya hemos analizado la *facultas exigendi* que tiene todo titular de un derecho subjetivo frente al deber de abstención de terceros.

Otra prueba de que en nuestro derecho positivo (el cual es el único que he tomado en cuenta para verificar mi teoría) existe el derecho de posesión como derecho independiente del derecho a usar y disfrutar de la cosa, nos la da el artículo 813 del Código Civil, que no otorga al poseedor de mala fe que posee en concepto de dueño, pública y pacíficamente, los frutos naturales ni civiles, mientras que le quita la tercera parte de los frutos industriales, de su propio trabajo, como castigo a su mala fe. Esto prueba jurídicamente que el derecho de posesión, el ejercicio del poder de hecho, nunca da derecho ni a usar ni a disfrutar de la cosa, ni se confunde con estos derechos. Una cosa es que se confunda el *ejercicio* del derecho de posesión con el *ejercicio* de otros derechos y otra distinta es que se confunda el derecho de posesión con los derechos de usar y disfrutar. La definición misma de la mala fe en la posesión está fundada en la distinción jurídica que existe entre el derecho a usar y disfrutar y el derecho al ejercicio del poder de hecho. "Es poseedor de mala fe el que entre a la posesión sin título alguno para poseer... Entiéndese por título la causa generadora de la posesión", (art. 806, Código Civil). Ya hemos visto que todos los actos jurídicos que dan derecho a recibir y retener la cosa son el título generador de la posesión: la compra-venta, el arrendamiento, etc. Con excepción del depósito, que no da derecho a usar y disfrutar, todos los demás contratos a que se refiere el artículo 791 del Código Civil dan derecho a la posesión, *porque dan derecho al uso y disfrute de la cosa; pero no todos los actos que dan derecho a la posesión dan derecho al uso y disfrute*. Se hace necesario otorgar el derecho de posesión para hacer posible el ejercicio de los derechos de usar y disfrutar de las cosas. De la misma manera, para conseguir la finalidad que se persigue en el depósito (guardar la cosa) y en la prenda (retener la cosa en garantía) se hace necesario otorgar el derecho de posesión, el cual no por ello deja de ser un derecho separado e independiente.

Ya vimos que la posesión de mala fe es la que se tiene sin derecho a usar y disfrutar de la cosa, mientras que la de buena fe fundada en título traslativo de dominio, o sea en el derecho a usar y disfrutar de la cosa, *otorga todos los frutos* y da derecho a que se abonen los gastos necesarios y útiles y a retirar las mejoras voluntarias, etc., (art. 810, Código Civil).

En resumen, del derecho positivo se deriva la conclusión de que la posesión en sí no es criterio para determinar a quién corresponden

los frutos y quién responde de los gastos, quién tiene derecho a usar y disfrutar.<sup>1</sup> Ambos problemas se resuelven en función del título generador de la posesión; esto es, dependen del derecho a usar y disfrutar de la cosa.

De lo anterior parece derivarse una conclusión matemática, que la manifestación de la posesión no es el uso y disfrute de la cosa, sino exclusivamente su aprehensión y retención pasivas. En efecto, decimos, el derecho de propiedad es el derecho a usar, disfrutar y disponer, más un derecho adicional, la posesión, que llamaremos X. El usufructo es todo lo anterior menos el derecho a disponer; el arrendamiento es el ejercicio de la facultad de usar y disfrutar, más X; el depósito es la obligación de recibir una cosa y guardarla para restituirla, más X. Todos los casos anteriores tienen un solo elemento común que no es el derecho de uso o disfrute, sino exclusivamente X, la posesión. Luego la posesión no es el *ejercicio* de la facultad de usar y disfrutar; es simplemente la aprehensión y retención de la cosa. Sin embargo, esta conclusión es absolutamente falsa.

No existe un solo juez que pueda negar la posesión a una persona que está habitando (usando) una casa en forma pública y pacífica y que no se encuentre comprendida en los casos previstos por el artículo 793 del Código Civil; ni un juez que pretenda reducir todos los síntomas de la posesión a la simple aprehensión. Precisamente el hecho de sacarle a la cosa todas las ventajas que nos proporciona es el síntoma más elocuente de que somos poseedores. Que el derecho de posesión en sí y por sí solo no sea jamás criterio o fundamento jurídico para determinar si se tiene *derecho* a usar y disfrutar, esto solamente prueba que la posesión no es jamás el derecho a usar y disfrutar, pero no prueba que precisamente *el hecho de estar usando y disfrutando* la cosa en forma pacífica y pública no sea la *manifestación* de la posesión. De aquí se desprende la conclusión de que la manifestación o ejercicio del derecho de propiedad y de todos los derechos que autorizan el uso, disfrute y conservación de las cosas son idénticos a la manifestación o ejercicio del derecho de posesión.

De lo anterior se deduce también con evidencia que jamás po-

<sup>1</sup> Confirma esta tesis el artículo 809 del Código Civil, que dice: "Los poseedores a que se refiere el artículo 791, se regirán por las disposiciones que norman los actos jurídicos en virtud de los cuales son poseedores, en todo lo relativo a frutos, pagos de gastos, y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa poseída."

dremos encontrar la esencia del derecho de posesión en su manifestación o ejercicio.

El hecho de manifestar nuestra voluntad de ejercitar nuestras actividades sobre la cosa precisamente haciéndolo es la manifestación de la posesión. El simple contacto material puede no ser posesión, pero la manifestación efectiva de la *voluntad de poseer, objetivada* (ya que la intención subjetiva no vale para la posesión) mediante actos *voluntarios* (usar y disfrutar) y exteriores sobre la cosa es y ha sido siempre la posesión.<sup>1</sup> En consecuencia, por ejercicio del poder de hecho debemos entender *la voluntad en acción sobre la cosa*, y debemos repetir que este ejercicio del poder de hecho no es el derecho de posesión ni su objeto, sino *manifestación* de dicho derecho. Esta voluntad en acción puede manifestarse en diversos actos, según de qué cosas o bienes se trate y según los derechos que esté ejercitando el poseedor; *pero todos estos actos diversos son manifestaciones de un dato común, de que la cosa está en poder del poseedor*, por

<sup>1</sup> A pesar de que el Código alemán acepta la teoría objetiva de la posesión, los autores hacen consistir el señorío de hecho en "lo que aparece como tal ante la conciencia común". (Enneccerus, *ob. cit.*, p. 30). Me parece que esta vaguedad no es necesaria, ya que el poder de hecho consiste siempre en el ejercicio de actividades sobre los bienes —actividades que dependen de la naturaleza de la cosa y que deberán ser las mismas que ejercitaría el que tenga derecho a hacerlo: retener, aprehender, ocupar, usar, disfrutar, construir, cuidar, guardar, habitar, etc., etc. No es necesario recurrir al concepto metafísico de "lo que aparezca como tal ante la conciencia común", ya que sería muy difícil para el juez determinar qué es la conciencia común y luego le sería difícil encontrarla para preguntarle si aparece como tal cierto fenómeno. Decir que el señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común nos obligaría también a decir que el ejercicio del derecho de propiedad o el mismo derecho de propiedad lo constituyen los actos que aparecen como propiedad o ejercicio de la propiedad ante la conciencia común. Para nada sirve huir del subjetivismo inútil de Savigny si vamos a caer en otro más vago, artificial e inútil que aquél. A mí me basta con observar que el hombre ejercita *todas las actividades posibles* sobre las cosas (de acuerdo con la naturaleza de la cosa y las limitaciones establecidas por la ley) para sacarles su máximo aprovechamiento. Por otro lado, ya hemos visto, al analizar el concepto de "ejercicio del poder de hecho" que no se trata del simple contacto con la cosa sino que el poder de hecho debe estarse ejercitando y por tal entiendo que debe aparecer la voluntad actuando sobre la cosa en la misma forma que lo hace el que está ejercitando un derecho que recae sobre la cosa, el propietario, usufructuario, arrendatario, etc.; mientras que el ejercicio del poder de hecho por sí solo no basta para la posesión, según lo vimos en relación con el artículo 793 del Código Civil, el despojo, etc.

lo que los diversos actos son diversas formas de mostrarse el poder que se ejerce sobre las cosas.

Este resultado no contradice al análisis anterior, del cual sólo se desprende que la posesión no da derecho a usar y disfrutar, pero la mejor forma de probar que tenemos posesión es usando y disfrutando de la cosa aunque no tengamos derecho a hacerlo. Repetimos, la expresión *ejercicio del poder de hecho* contiene dos elementos condicionantes del *ejercicio* del derecho de posesión, los cuales prueban plenamente que no se trata simplemente de la relación material y pasiva entre la persona y la cosa: Primero, la palabra *ejercicio* establece la necesidad de que el hombre haga algo; es la voluntad en acción; segundo, voluntad que recae *sobre la cosa*. Este es el ejercicio actual del poder de hecho —el cual no basta por sí solo para integrar la posesión; es decir, aún estos dos elementos juntos son hechos y no derechos; ya que el hecho *actual*, según establecimos, no es el objeto del derecho. Esta aparente contradicción entre el derecho a usar y disfrutar, que no es la posesión, y el ejercicio del uso y disfrute, que es la manifestación de la posesión, ha obligado a la doctrina a decir que la posesión es un hecho y no un derecho, aunque sea un hecho con consecuencias jurídicas. Sin embargo, el fenómeno es tan claro como cuando decimos que cierto matiz del color verde es idéntico aunque lo encontremos una vez en una casa grande, luego en una pequeña y finalmente en las hojas de un árbol.

Hemos visto que el derecho no es siempre la atribución de actividades potestativas, pues existen normas de derecho que se refieren a actividades prohibidas, la violencia por ejemplo. En la misma forma existe la prohibición de detentar las cosas contra la voluntad del que tiene derecho a aprehenderlas, cuando el que las está aprehendiendo lo hace por cuenta de otro (art. 793 del Código Civil) y además existe la prohibición de detentar en forma clandestina y violenta lo que no nos corresponde. *La reunión de estas tres prohibiciones es el aspecto negativo del derecho de posesión o sea la atribución de actos prohibidos a todo el mundo*, con el carácter de deberes jurídicos. Podemos decir que la posesión, desde el punto de vista *negativo*, es un deber absoluto supuesto que impone a todas las personas la obligación de respetar el ejercicio de actos lícitos de los demás; les impone la obligación de no hacerse justicia por sí mismas ni ejercer violencia para reclamar sus derechos (art. 17 de la Constitución). En su oportunidad (*infra*, pp.101 ss.) veremos que precisamente el respeto

a este deber jurídico por la inmensa mayoría de las personas es lo que hace posible prácticamente que exista el derecho de posesión. Si respecto de este deber jurídico no coincidiera lo que debe ser con lo que es, el derecho de posesión sería el más perjudicial y odioso de los derechos.

Desde el punto de vista positivo el derecho de posesión es la atribución de facultades, como posibilidades normativas; su *objeto* específico y *privativo* es el *ejercicio* de actividades que consisten exclusivamente en el poder de hecho y no en el uso y disfrute; que el objeto del derecho aparezca ante nuestros sentidos cuando se está usando y disfrutando es natural, según ya lo hemos observado; pero ya sabe el poseedor de mala fe, por ejemplo, que si además de retener la cosa la usa y la disfruta, está obligado a devolver los frutos y a perder los gastos porque el derecho de posesión (del cual es titular) no le atribuye el uso y disfrute;

b) *Forma de la atribución del derecho de posesión.* Cuando enfrentamos al propietario con el poseedor jurídico (*supra*, pp. 48 ss.) descubrimos que aquél tiene la facultad de usar, disfrutar y disponer aunque no esté haciéndolo; pero no puede físicamente, ni debe jurídicamente, estar usando o disfrutando, porque la atribución del ejercicio del poder de hecho corresponde al poseedor y su ejercicio *excluye la posibilidad jurídica de que el propietario ejercite su derecho mientras no se extinga el derecho de posesión*; esto es cierto aunque el poseedor no esté ejercitando el poder de hecho. Lo anterior significa que si bien el objeto de la posesión no es el fenómeno natural o sea el hecho *cuando y solamente cuando* está realizándose, en cambio dicho objeto es evidentemente la facultad de estar ejecutando la actividad atribuida en forma exclusiva como atribución específica de este derecho, frente a todo el mundo, cualquiera que sea el derecho que ostenten los demás. Por este motivo el poseedor, cuando es una persona distinta del propietario, usufructuario, etc., los excluye del hecho *y de la facultad* de estar usando, disfrutando, aprehendiendo, etc.

Del análisis anterior se desprenden las siguientes consideraciones que nos descubren la esencia del derecho de posesión:

1. Que todos los derechos que otorgan actividades relativas al uso, disfrute y aprehensión de las cosas —*inclusive el derecho de posesión*— se refieren a las actividades exteriores humanas cuando recaen sobre las cosas.

2. Que ninguno de los derechos anteriores, *inclusive el derecho de posesión*, tienen por objeto el hecho actual, el fenómeno natural, sino la posibilidad de su realización.

3. Que *al manifestarse* todos los derechos que otorgan el uso, disfrute, aprehensión, etc., de los bienes, se confunden con la manifestación del derecho de posesión, supuesto que éste, en su manifestación actual también es el fenómeno natural; esto es, todos los derechos anteriores, *inclusive el de posesión*, son en su ejercicio o manifestación la conjugación del verbo (el ejercicio de la actividad) atribuido en el TIEMPO PRESENTE y MODO INDICATIVO; pero este ejercicio les está vedado a los titulares de los derechos de usar y disfrutar *cuando no son al mismo tiempo poseedores*. En efecto, el propietario, el usufructuario, el arrendatario, etc., no pueden ni física ni jurídicamente ejercitar sus derechos (usar y disfrutar) cuando no son poseedores. Entonces la atribución del verbo en el TIEMPO PRESENTE y en el MODO INDICATIVO *es la manifestación del derecho de posesión, exclusivamente*.

4. Que todos los derechos que protegen las actividades humanas que actúan sobre las cosas, *inclusive el derecho de posesión*, son la atribución de actividades como posibilidad potestativa de conducta y no como deber jurídico y por esto tales derechos van acompañados invariablemente de la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de las actividades facultadas. Ya hemos visto que esta nueva facultad es la libertad jurídica, una facultad fundada. Esta facultad no nos da derecho a usar, disfrutar, etc., sino a optar por el ejercicio o no ejercicio; es la atribución del verbo (actividad) en el MODO OPTATIVO o POTESTATIVO.

5. Que el derecho de posesión *nace* cuando se conjuga el verbo (se ejercita la actividad) en el TIEMPO PRESENTE y MODO INDICATIVO, cuando se realizan las actividades como si fueran la manifestación o ejercicio de un derecho y es entonces cuando el derecho objetivo hace la atribución del derecho subjetivo de posesión. Este es un fenómeno relativo al *nacimiento* de derechos y no a su *ejercicio*.

6. El objeto de todos los derechos que otorgan el uso, disfrute, aprehensión, etc., de los bienes, con *excepción del derecho de posesión*, es el verbo (actividad) atribuido en el MODO INFINITIVO, es el derecho a usar, disfrutar, etc., *con exclusión* del MODO INDICATIVO, el cual queda reservado como atribución exclusiva y específica del derecho de posesión. Por esta razón evidente no corresponde al pro-

pietario, usufructuario, arrendatario, etc., el derecho a estar usando, disfrutando, etc., sino cuando son poseedores *al mismo tiempo*. En resumen, *la conjugación del verbo, la atribución de la actividad en el MODO INDICATIVO, es el objeto exclusivo del derecho de posesión*. De aquí que el Código no tome en cuenta la conjugación del verbo en el MODO INDICATIVO para descubrir al propietario, usufructuario, arrendatario, etc., supuesto que este modo de atribución jamás les corresponde, sino que el derecho, siempre que aparece este modo de actuar, lo atribuye exclusivamente al poseedor. En efecto, el artículo 790 del Código Civil dice: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho..." El *ejercicio* del poder de hecho es la forma actual, el MODO INDICATIVO de actuar y *corresponde a la manifestación del derecho de posesión exclusivamente*. Esta atribución la hace el derecho aunque no esté el poseedor ejercitando su derecho, aunque no esté realizando el hecho como actividad actual, sino que la atribuye, la actividad, como facultad de realización en el MODO INDICATIVO, según se desprende del artículo 793 del Código Civil que sigue haciendo la atribución al poseedor, como facultad de acción, frente a los detentadores subordinados. Igual atribución hace el derecho a favor del poseedor jurídico frente a los poseedores de hecho al conceder a aquél los interdictos para retener y para recuperar, supuesto que también en estos casos la facultad de estar ejerciendo el poder de hecho, aprehendiendo, detentando y apoderándose de la cosa, corresponde al poseedor jurídico a pesar de que otro esté haciéndolo (arts. 16, 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles). El artículo 801 del Código Civil dice: "El poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior, tiene a su favor la presunción de haber poseído en el intermedio." Esto es, *cuando está ejercitándose el poder de hecho y se prueba que estuvo ejercitándose en el pasado, se supone que también ha estado ejercitándose en el intermedio*, porque los dos extremos son momentos correspondientes al MODO INDICATIVO y el poseedor, exclusivamente el poseedor, es el que tiene el derecho de haber ejercitado, a estar ejercitando y a ejercitar el poder de hecho en el futuro, mientras siga siendo poseedor. Por este motivo el artículo 803 del Código Civil dispone: "Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquéllos que no tengan mejor derecho para poseer..." En efecto, la atribución de la acción en el modo indicativo excluye el ejercicio de cualquiera otra forma del verbo y por el solo hecho de manifestarse en el tiempo y en el

espacio como actividad del poseedor, éste tiene la protección del derecho porque es el titular exclusivo de este modo de atribución. No necesitamos averiguar si el que posee es propietario o titular de algún otro derecho de rango superior, pues esto no nos interesa, ya que la forma de atribuir el objeto del derecho en el MODO INDICATIVO corresponde exclusivamente al poseedor jurídico.

En resumen, la posesión jurídica es un derecho subjetivo potestativo que tiene por objeto la posibilidad de ejercitar, pero solamente en el MODO INDICATIVO, el poder de hecho sobre los bienes apropiables.<sup>1</sup> De aquí se deduce, como conclusión fatal, que mientras existe el derecho de posesión en relación con determinado bien y a favor de determinada persona, dicho derecho excluye a todos los demás de la posibilidad jurídica de realizar actividades sobre dicho bien. Frente al poseedor nadie tiene derecho a ejercitar el poder de hecho ni en consecuencia a usar o disfrutar, en tanto que no se declare que ha quedado extinguido el derecho de posesión. Pero si bien el derecho de posesión, mientras subsiste, excluye el ejercicio de los demás derechos, cuando están en conflicto con él, por ser el derecho de posesión la atribución parcial del verbo, el aludido derecho de posesión desaparece<sup>2</sup> cuando se prueba frente al poseedor que se es titular de cualquier derecho que atribuya actividades en el modo infinitivo, o sea en la forma más general posible; es decir, se le da preferencia a este último modo y se extingue el derecho de posesión. El titular del verbo, el sujeto de la atribución de la acción en el MODO INFINITIVO, absorbe la atribución parcial y finalmente se impone al poseedor, en virtud del principio de que el que es titular del todo es también titular de cada una de sus partes y de que la atribución del todo incluye la atribución de sus partes. Pero será necesario que antes destruya al derecho provisional, en la forma legal, en virtud del principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo y en virtud de que un derecho potestativo sólo puede extinguirse por voluntad de su titular o por declaración judicial.

Todas las conclusiones anteriores pueden quedar destruidas con fundamento en la siguiente objeción: el derecho a usar y disfrutar no puede existir sin el derecho a estar usando y disfrutando. Existe una contradicción cuando se faculta a usar y disfrutar y al mismo

<sup>1</sup> Artículo 794 del Código Civil: "Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación."

<sup>2</sup> Según lo vimos *supra*, pp. 64 ss.

tiempo se prohíbe estar haciéndolo. Sin embargo, hemos descubierto que el propietario, por ejemplo, es el facultado a usar y disfrutar pero no *puede ni debe* hacerlo frente al poseedor. Si decimos que *no puede* pero que *sí debe* hacerlo estaríamos afirmando implícitamente que no existe el derecho de posesión.<sup>1</sup> Para confirmar mi teoría es indispensable que fundemos lógicamente y jurídicamente el aserto de que la facultad de usar y disfrutar se atribuye con exclusión del MODO INDICATIVO cuando no existe en la misma persona el derecho de posesión.

Así como dijimos que el poseedor no tiene derecho a usar y disfrutar, vimos que la posesión es un *impedimento* para que usen y disfruten los titulares de estos derechos, los cuales *no pueden de hecho* hacerlo cuando no son poseedores; pero también dijimos que no tienen derecho a hacerlo. La esencia del derecho de posesión se descubre al analizar con pulcritud esta situación: el derecho a usar y disfrutar *vs.* la imposibilidad de hacerlo frente al poseedor. El derecho a usar y disfrutar se funda en el derecho de propiedad, usufructo, arrendamiento, etc. La imposibilidad de estar usando existe cuando el poseedor no es la misma persona facultada para usar y disfrutar, ya que dicho poseedor se apodera de la cosa en forma exclusiva, directa e inmediata. Descubrimos con evidencia que el ejercicio de ambos derechos (usar y disfrutar *vs.* posesión) es incompatible y no puede existir simultáneamente en sujetos distintos. Esto equivale a decir que el propietario, por ejemplo, es el que tiene la facultad de usar, disfrutar y disponer, pero no la de estar usando y disfrutando cuando no es poseedor. Pero esto no significa que el poseedor tenga derecho a hacerlo, según ya se comprobó. Cuando el propietario no es poseedor a la vez no tiene el *facultas agendi* respecto del uso y disfrute, porque *no puede ni debe* usar y disfrutar directamente. Sin embargo, su derecho de propiedad le otorga la facultad de usar y disfrutar, mientras que el poseedor jamás tiene esta facultad. De la imposibilidad de usar y disfrutar frente al poseedor y de la falta de derecho del poseedor para usar y disfrutar, se desprende la siguiente situación: que el propietario (usufructuario, etc.) no tiene la facultad de estar usando y disfrutando, no tiene una *facultas agendi*; no tiene

<sup>1</sup> Aquí vuelve a comprobarse que es más lógica la doctrina que sostiene que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas que la que sostiene que es la manifestación de otros derechos o el hecho *actual*. Sin embargo, dicha doctrina no es aplicable por ser la posesión un derecho subjetivo absoluto.

un derecho subjetivo absoluto; pero como el poseedor, cuando no es a la vez propietario, etc., se apodera, usa y disfruta de la cosa sin derecho, violando el derecho del propietario, dicho poseedor se convierte en sujeto pasivo de un deber jurídico que tiene como facultad correlativa la otorgada al propietario, etc., para exigir la entrega de la cosa al poseedor y la devolución de los frutos. Esta *facultas exigendi* del propietario, usufructuario, etc., constituye la *transformación de su derecho absoluto de usar y disfrutar en derecho relativo exigible solamente al poseedor*. Por este motivo no hay contradicción cuando decimos que el propietario no tiene (cuando no es poseedor) el derecho a estar usando y disfrutando, pero sí tiene derecho a usar y disfrutar, pues lo que no tiene es un derecho oponible a todo el mundo, sino solamente el derecho de exigir al poseedor la devolución de la cosa, de los frutos y la indemnización por daños y perjuicios. Por lo expuesto, el derecho de propiedad, usufructo y demás derechos reales que se refieren al uso y disfrute, son la atribución de la facultad de usar y disfrutar, hecha en el MODO INFINITIVO: el derecho a *usar y disfrutar otorgado con exclusión del MODO INDICATIVO*: no tienen derecho a *estar usando* (cuando no son poseedores) ni a *haber usado* (cuando no fueron poseedores), ni a *usar en el futuro* (salvo que sean poseedores). No tienen la *facultas agendi* actual relativa al uso y disfrute, sino que tienen una *facultas exigendi* para reclamar el uso y disfrute y el ejercicio del poder de hecho frente al poseedor. El único derecho absoluto que permite el *apoderamiento* de la cosa y que en consecuencia hace posible el *ejercicio* de los actos de uso y disfrute, es el derecho de posesión cuando su titular es al mismo tiempo el facultado para usar y disfrutar. Por ejemplo, cuando el propietario no es a la vez poseedor no puede actuar sobre la cosa ni para apoderarse de ella ni para usarla y disfrutarla, pero tiene derecho a hacerlo *en virtud de un derecho relativo*. Tiene *derecho a exigir* que le otorguen el uso y disfrute (*facultas exigendi*), pero no tiene derecho a estar usando y disfrutando (*facultas agendi*). Cuando el propietario es a la vez poseedor, su derecho de exigir, su derecho relativo, su *facultas exigendi*, *se ha convertido en derecho absoluto, en facultas agendi*. Ahora puede y debe él mismo usar y disfrutar. Cuando no es poseedor no *puede* hacerlo y sólo *debe* hacerlo ejercitando su *facultas exigendi* contra el poseedor.

Del análisis anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

a') Que el poseedor tiene un derecho absoluto (*facultas agendi*),

cuyo objeto exclusivo es el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa; *que este derecho se le otorga solamente en el modo indicativo*. Esta limitación se deriva de la naturaleza *subordinada* y *provisional* del derecho de posesión. Su derecho absoluto está sujeto a ser extinguido por la *facultas exigendi* del propietario, usufructuario, etc. La obligación correlativa de la anterior *facultas exigendi* es el deber que tiene el poseedor de no usar y disfrutar. Cuando viola este deber no viola su derecho de posesión, sino su obligación de abstenerse de usar y disfrutar. Por este motivo el derecho de posesión, cuando no coincide en la misma persona con el derecho de usar y disfrutar (cuando no es de buena fe) es un hierro candente que permite apoderarse de la cosa con la condición de que al hacerlo no se use y disfrute de ella.

b') Cuando el propietario (usufructuario, etc.) es poseedor tiene derecho a usar y disfrutar y a apoderarse de la cosa. Ya no tiene derecho a exigir la devolución de la cosa y de los frutos, sino que por estar él mismo en poder de la cosa puede y debe usarla y disfrutarla. Su facultad de usar y disfrutar, repetimos, se ha convertido en un derecho absoluto oponible a todo el mundo; se ha transformado en *facultas agendi*. Por otro lado, su *facultas exigendi* ahora recae sobre sujetos pasivos *indeterminados*: todo el resto de las personas que están obligadas a respetar sus actividades.

### III. APLICACION DE LA TEORIA DE LA POSESION AL DERECHO POSITIVO MEXICANO

A. *Protección de la posesión*. Este es el tema en donde se encuentra mayor número de contradicciones entre los tratadistas, derivadas la mayor parte de la circunstancia de que para ellos la posesión es un hecho y lo que se protege, en los interdictos, es el hecho. Este error lo cometen aún los autores que afirman que la posesión es un derecho real y que al llegar a los interdictos tranquilamente sostienen que su objeto es proteger el hecho de la posesión, sin darse cuenta, no solamente de que antes nos informaron que la posesión es un derecho real, sino que tampoco se dan cuenta del dato muy importante de que si existe una acción a favor de determinado sujeto es porque es sujeto de un derecho; si se tiene la facultad de exigir judicialmente la protección de determinada conducta, es porque esta conducta se ha transformado en objeto de derecho.

Otra fuente de constantes contradicciones consiste en no distin-