

## II

### LA POSESION

III. Aplicación de la teoría de la posesión al derecho positivo mexicano .....	88
A. Protección de la posesión .....	88
a) Interdictos .....	89
b) Acción publiciana y reivindicatoria .....	94
c) Naturaleza y protección de la posesión de hecho .....	97
B. Fundamentación de la protección de la posesión de acuerdo con la doctrina crítica .....	98
a) Doctrinas relativas .....	98
b) Doctrinas absolutas .....	101
1. Doctrinas del interés .....	101
2. Teorías subjetivas .....	102
3. Fundamentación en el mejor derecho ...	103
4. Doctrinas que consideran que la posesión es un derecho verdadero .....	104
C. Fundamentación del derecho de posesión de acuerdo con la teoría aceptada en esta obra .....	106
a) Fundamentación jurídica .....	106
b) Fundamentación metajurídica del derecho de posesión .....	107
D. Posesión de derechos .....	113
a) Ambito natural de aplicación de la posesión ...	113
b) Elementos constitutivos del derecho de posesión .....	117
c) La prescripción adquisitiva. Teoría general ...	118
IV. Conclusión .....	121

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-

guir entre posesión de hecho, detentación subordinada (art. 793, Código Civil), posesión jurídica (ya sea de buena o de mala fe) y derecho a la posesión. No hacen la distinción entre una acción que protege al que no es poseedor, pero tiene derecho a la posesión, y la que protege al poseedor jurídico frente a todo el mundo, inclusive frente al que tiene derecho a la posesión sin ser poseedor jurídico. No se dan cuenta de que cuando la ley le da preferencia al que tiene derecho a la posesión frente al poseedor jurídico aquí el derecho no está protegiendo al titular de la posesión jurídica sino que por el contrario está protegiendo al titular de un derecho superior frente al poseedor jurídico.

Muchos autores creen que por aceptar nuestro Código la teoría objetiva de Ihering necesariamente protege al hecho y no al derecho de posesión, olvidando que para el mismo Ihering (y no así para Windscheid y otros, según lo vimos ya) la posesión es un derecho. Lo objetivo de la teoría de Ihering radica en que la atribución se hace independientemente de la voluntad o intención del titular de este derecho, pero lo objetivo no consiste en que se proteja al hecho, sino exclusivamente al derecho; esto es, al hecho cuando es objeto de derecho. Voy a citar de preferencia a los autores que tratan de la posesión en México de acuerdo con el Código vigente, no porque tenga el deseo de criticar a determinados autores sino porque se refieren a nuestro derecho actual y tengo interés en contribuir a aclararlo.

a) *Interdictos*. "En primer término, el poseedor tiene los interdictos de retener y recobrar la posesión, cuyas resoluciones judiciales solamente afectan al hecho de la posesión y no entrañan una declaración sobre el derecho posesorio."<sup>1</sup> "Finalmente, tengamos muy en cuenta que los interdictos versan sobre el *hecho de la posesión*, mientras que la acción publiciana hace referencia al *derecho de posesión*. Pongamos un ejemplo para comprender mejor la diferencia: Flavio despoja a Claudio de la posesión de un predio y entra así en la disponibilidad directa de dicho predio. Claudio quiere recuperar por sí mismo el predio, y Flavio presenta un interdicto de retener la posesión, interdicto que el Juez concede. Entonces Claudio recurre a la acción publiciana para, mediante ella, ser reintegrado en la posesión del predio en virtud de que su título posesorio es mejor que el

<sup>1</sup> José Gomís y Luis Muñoz, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 1943, Tomo II-352.

de Flavio.”<sup>1</sup> Es indispensable en este ejemplo decir por qué tiempo ha durado el despojo, pues exclusivamente de este dato, y no del hecho de la posesión, depende la procedencia o improcedencia del interdicto. En efecto, procederá el interdicto de retener a favor de Flavio si tiene más de un año de estar poseyendo en forma continua, pública y pacífica. Desde luego que el actor (Flavio) tiene que ser poseedor de hecho (para que pueda ser mantenido en la posesión), pero también tiene que ser poseedor jurídico. El primer requisito se debe, no a que se proteja al hecho sino a la circunstancia de que no se puede retener lo que no se tiene, a la circunstancia de que la acción se otorga para evitar el despojo, pero se otorga por virtud de que no se es poseedor jurídico, titular de derecho. Es la protección del derecho de posesión contra los hechos de la desposesión. Sobre el particular la ley es muy clara: “Al perturbado en la *posesión jurídica o derivada...*” dispone el artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, vamos a suponer que no baste con fundar mi aserto en la interpretación literal anterior. Entonces habrá que probar que la acción *no se otorga* al poseedor de hecho salvo cuando al mismo tiempo es poseedor jurídico; esto es, la protección no se otorga al hecho de la posesión. En efecto, el mismo artículo dispone más adelante que “...el poseedor (actor) no haya obtenido la posesión de su contrario por la fuerza, clandestinamente o a ruegos”. Es fácil descubrir a quien no se otorga: no se otorga al que obtuvo la posesión a ruegos; esto es, a las personas mencionadas en el artículo 793, a los simples detentadores y no se les otorga porque aunque tienen la posesión de *hecho*, no son poseedores en derecho, según lo establece expresamente el citado artículo 793 del Código Civil. En segundo lugar, no se otorga a los que obtuvieron la posesión clandestinamente o por la fuerza, precisamente porque no son poseedores jurídicos, aunque lo sean de hecho. Ahora bien, es evidente que dichas personas no son poseedores jurídicos porque para serlo se requiere haber poseído por más de un año en forma continua, pública y pacífica. Si estos dos últimos requisitos le faltan al actor (Flavio en el citado ejemplo) para llegar a ser poseedor en derecho, no tendrá derecho al interdicto. De lo anterior se deduce con evidencia que el interdicto de retener jamás se otorga al que no es poseedor; y que, en consecuencia, dicho interdicto es la protección que se otorga exclusivamente al poseedor jurídico y jamás al poseedor de

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, p. 357.

hecho cuando no es a la vez poseedor jurídico. Finalmente, hemos visto que si se requiere que sea poseedor de hecho, esto se debe no a que se trata de proteger al hecho, sino porque se trata de proteger al titular del derecho en contra de la desposesión, pero lógicamente no se puede evitar que sea desposeído el que fué despojado, sino solamente el que está siendo despojado *del hecho*. La comprobación definitiva de que no se protege al hecho sino al derecho, la veremos en el interdicto para recuperar. En el mismo ejemplo anterior procederá el interdicto a favor de Flavio un día después de haber transcurrido un año de poseer en forma pacífica y pública, porque entonces será el “perturbado en la *posesión jurídica*...” o sea el sujeto a quien el derecho otorga la protección a que se refiere este artículo.

*Interdicto para recuperar.* Aquí encontramos la confirmación plena de que se protege siempre al derecho de posesión contra el hecho de posesión. Para que se otorgue es necesario que el actor haya sido despojado; esto es, el actor no es poseedor de hecho, pero es poseedor en derecho. En efecto, el artículo 17 dispone: “El que es despojado de la *posesión jurídica*, o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituído y le compete la acción de recobrar contra el despojador (esto es, contra el poseedor de hecho) contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo (también poseedor de hecho) y contra el sucesor del despojante (también poseedor de hecho). Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y a la vez conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia.” Se trata precisamente de una acción contra el hecho de la posesión y otorgada a favor del que, sin ser poseedor de hecho, es exclusivamente poseedor de derecho.

No se otorga al despojado que a su vez fue despojante y no ha llegado a ser poseedor jurídico; esto es, “No se otorga en favor de aquél que, con relación al demandado poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego, pero sí contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato” (art. 18 del Código de Procedimientos Civiles). Es decir, no se otorga al despojado que despojó y no porque se trate de proteger al despojante (poseedor de hecho), al hecho de la posesión, sino porque el actor no es aún titular del *derecho* de posesión. En el último caso previsto por este artículo, la protección contra el propietario despojante, se

vuelve a confirmar la consecuencia invariable de proteger al titular del derecho de posesión contra el poseedor de hecho. El propietario, mediante el contrato respectivo, cedió su derecho de posesión y aunque haya recuperado la posesión de hecho será desposeído y entregada la cosa al poseedor jurídico, porque la finalidad exclusiva de los interdictos es proteger solamente al poseedor jurídico y protegerlo contra el hecho de la posesión, aun frente al propietario despojante o que trata de despojar.

Es interesante resolver si este interdicto se otorga al que aún no es poseedor jurídico, pero ha sido despojado por un tercero sin ningún derecho. Ya vimos que "no procede en favor de aquél que, con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego". Parece desprenderse, *contrario sensu*, que sí procede a favor del que aún no es poseedor, pero es despojado por un tercero sin derecho. Sin embargo, el artículo 17 claramente dispone: "El que es despojado de la posesión *jurídica* o derivada..." y en nuestro ejemplo el actor no es poseedor jurídico ni derivado. Por otro lado, el demandado no tuvo derecho a hacerse justicia por sí mismo o a ejercer violencia para reclamar su derecho y con mayor razón cuando no se hizo justicia (supuesto que no tenía ninguna injusticia que deshacer) y cuando hizo violencia sin tener derecho que reclamar. Esto prueba que el despojante no tuvo derecho, pero no prueba que el actor tenga precisamente la protección otorgada por este interdicto exclusivamente al poseedor jurídico. Que el actor tenga la facultad de exigir el castigo del despojante que violó su deber jurídico de no hacerse justicia por sí mismo y de no ejercer violencia para reclamar su derecho, esto ya es otro problema; pero no estamos autorizados para decir que el derecho del despojado, fundado en el deber del tercero, consista precisamente en este interdicto.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sólo he podido encontrar dos ejecutorias relativas al otorgamiento del interdicto al poseedor de hecho. "...también puede usar del interdicto el que ha sido despojado en alguna de esas formas, *aunque haya poseído por menos de un año*". Tomo XLVI-3875. Esta ejecutoria se refiere al Código procesal de 84 y no es aplicable al derecho vigente, supuesto que el artículo 1185-II del Código de Procedimientos Civiles de 1884 otorgaba el interdicto al que había poseído por menos de un año si fué desposeído por violencia.

En el Tomo LVI-1753 se dice: "...y en los casos de detentación, como el detentador posee a nombre propio y con ánimo de aprovechar la cosa para sí, puede proteger el hecho de la posesión *prolongada por más de un año*,

Veamos si es posible, con el auxilio de los interdictos, resolver quién es poseedor jurídico. Ya vimos que no lo es el que fué despojado por más de un año, pues la ley nos dice que perdió la posesión (art. 828-V, Código Civil) y para confirmar que el artículo citado no nos está informando de la existencia de un hecho sino de la pérdida de un derecho, el artículo 18 del Código de Procedimientos Civiles dispone que no procede la protección del interdicto después de pasado el año (en concordancia con el artículo 804 del Código Civil). Sin embargo, de aquí no se deduce que sea poseedor jurídico el despojante después de haber poseído un año en forma continua, pública y pacífica. El mismo artículo 18 agrega: "No procede en favor de aquél que, con relación al demandado poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruegos..." El artículo 16 exige también este requisito al establecer que el actor: "No haya obtenido la posesión de su contrario por la fuerza, clandestinamente o a ruegos." *Contrario sensu*, debemos concluir que sí procede el interdicto en favor del que ha poseído en forma pública, pacífica y en concepto de propietario. Si aplicamos literalmente los artículos 16 y 18 en la parte citada, podría pensarse que el que ha poseído menos de un año, aunque sea un solo día, ya puede hacer uso del interdicto; pero esto no es así, supuesto que las partes citadas de dichos artículos omiten otro requisito que está implícito tanto en el artículo 828-V del Código Civil como en el resto de los mismos artículos 16 y 18 del procesal, requisito que consiste en exigir que el poseedor anterior haya perdido su derecho, lo cual sucede al pasar el año de haber perdido la posesión. De no tomar en cuenta el requisito anterior llegaríamos al absurdo de otorgar el interdicto simultáneamente al que no ha perdido todavía su derecho y al que está por adquirirlo. Por lo expuesto, el derecho de posesión se adquiere: cuando se ejerce el poder de hecho en forma continua, pública, pacífica, en concepto de propietario y por más de un año.

Del estudio de los interdictos se desprende que son acciones para la protección de la posesión jurídica frente a la posesión de hecho, y que se otorgan contra todo el mundo, inclusive en contra del propietario cuando no es titular del derecho de posesión de la cosa. Por el contrario, no es el interdicto jamás la protección del por medio de la acción de interdicto". Esta resolución me parece indiscutible con fundamento en nuestro derecho vigente en el Distrito Federal y Territorios.

hecho de la posesión y tampoco es la acción que corresponde a los que no tienen el derecho de posesión, aunque tengan el derecho a la posesión. Estos últimos son el propietario, usufructuario, arrendatario, etc., cuando ha pasado un año después del despojo, momento en el cual ya no pueden acudir al interdicto, por no ser titulares del derecho de posesión; pero sí les quedan otras defensas por tener derecho a la posesión; es decir, por ser titulares del derecho a usar o disfrutar de la cosa.

b) *Acción publiciana y reivindicatoria*. Según el artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles, "Al adquirente con justo título y buena fe, le compete la acción para que, aún cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y acciones en los términos del artículo 4, el poseedor de mala fe; o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas, o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño". El artículo 4 consagra la acción reivindicatoria.

1) Esta acción se otorga al *adquirente* contra el *poseedor* de mala fe. Es de mala fe el que no tiene título.<sup>1</sup> Ya vimos que para que sea poseedor se requiere más de un año de haber estado poseyendo en forma continua, pública y pacífica. No debemos suponer que esa acción se refiere al poseedor de mala fe que ha estado poseyendo por menos de un año o sea al poseedor de hecho que aún no es poseedor jurídico, porque en contra de él puede el actor invocar el interdicto, aunque se tratase del mismo vendedor (art. 18 del Código de Procedimientos Civiles) y debemos suponer que el artículo 9 consagra una nueva acción para cuando no procede el interdicto, pues sería absurdo suponer que este artículo está repitiendo las acciones otorgadas por el artículo 16 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Esto se justifica, además, porque expresamente dispone el artículo que es una acción en contra del poseedor de mala fe y a favor del que no es poseedor, pues no lo pueden ser en derecho al mismo tiempo el adquirente (actor) y el poseedor de mala fe (demandado).

<sup>1</sup> Artículo 806 del Código Civil: "Es un poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno para poseer; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Entiéndese por título la causa generadora de la posesión."

2) También se otorga al adquirente en contra del poseedor que tiene *igual* título; es decir, que es a su vez adquirente, pero que ha poseído por menos tiempo. Supongamos en este segundo caso que el actor fue poseedor por más de dos años y el despojante por menos de dos años y más de un año. El reo es poseedor jurídico, supuesto que hemos dicho que ha poseído en forma pública, pacífica y continua por más de un año. El reo es sujeto activo de los interdictos y sabiéndolo, el actor no ocurre a ellos porque perdería el juicio. Sabe muy bien que él no es poseedor jurídico (que no es sujeto activo de los interdictos) y que el demandado sí lo es. Entonces acude a esta acción otorgada precisamente en contra del poseedor jurídico y a favor del que no lo es. El actor, sin ser titular del derecho *de* posesión es, sin embargo, titular de otros derechos que le dan derecho a la posesión. Pero el reo tiene un título igual al de él y a pesar de ello el juez ordenará que la cosa sea devuelta al actor, no porque sea poseedor, sino porque de dos títulos iguales es mejor (el título) el de aquél que ha poseído por más tiempo (art. 9 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con el artículo 803 del Código Civil).

3) Se presenta otro caso fundado en el artículo 9: *ninguna de las partes es poseedora* (en derecho, se entiende) y ambas partes ostentan igual título. Desde luego que no le corresponde el interdicto al actor, supuesto que no es poseedor jurídico. En este caso, aunque ninguna de las partes es poseedor jurídico, el actor ha poseído de hecho por más tiempo y el juez ordenará que la cosa le sea devuelta. Otra vez hemos comprobado que la acción del artículo 9 —que opera como reivindicatoria— se otorga invariablemente al que no es poseedor, en contra del que sí lo es o en contra del que sin serlo ha poseído por menos tiempo que el actor. En resumen, así como los interdictos se otorgan exclusivamente a favor del poseedor jurídico y en contra del poseedor de hecho, aunque sea el mismo propietario, esta acción, en cambio, se otorga en contra del poseedor jurídico y en contra del poseedor de hecho y a favor del que no es poseedor jurídico, pero es adquirente; esto es, del que tiene, no la posesión, sino el derecho a la posesión. Este fenómeno ya lo estudiamos con anterioridad y la preferencia que da el derecho al que tiene el derecho a la posesión contra el que tiene el derecho *de* posesión, la fundamos en la jerarquía de los derechos, habiendo asignado a la pose-

sión un lugar subordinado y provisional frente a todos los derechos que otorgan el uso, disfrute o conservación de las cosas.

Por desconocer la naturaleza del derecho *de* posesión frente al derecho *a* la posesión y frente a la posesión de hecho, algunos de los autores que comentan nuestro Código, al tratar de esta acción, cometen los mismos errores que al tratar de los interdictos. Los autores antes citados nos dicen: "Esta consecuencia nos afirma más en el criterio de que el poseedor que ejercite la acción publiciana debe ser 'poseedor en concepto de dueño', sin que para nada tengamos en cuenta la buena fe ni el justo título para darle personalidad procesal."<sup>1</sup> De nada sirve que el artículo 9 disponga que la publiciana se otorga *en contra del poseedor* de mala fe; esto es, *que se otorga a favor del que no es poseedor*, pero es adquirente con justo título y buena fe. Por otro lado, si yo fuera poseedor no me valdría de esta acción a pesar de que me la otorguen los autores citados y el mismo Código, ya que consciente de mi conveniencia ocurriría al interdicto correspondiente (arts. 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles). Siguen los mismos tratadistas: "La acción posesoria o publiciana a que nos venimos refiriendo suscita una cuestión de la mayor importancia: ¿Cuál es el plazo de prescripción extintiva de la misma? Respecto al interdicto de recobrar la posesión no cabe duda alguna que prescribe al año... ¿Regirá el mismo precepto para la acción publiciana? Ciertamente sí; ya que terminantemente nos dice el Código Civil en su artículo 828 que la posesión se pierde: por despojo, si la posesión del despojado *dura más de un año*. No hubiera estado mal que el Código hubiese declarado tal plazo de prescripción de manera expresa, ni que, ya que no lo hizo, hubiese hecho algún distinguo entre posesión de buena o de mala fe, para alargar o acortar el plazo prescriptivo."<sup>2</sup> A esto yo contesto que afortunadamente el Código no fijó el año expresamente para la publiciana, como lo desean los autores citados, pues de haberlo hecho hubiese privado de su acción al actor precisamente en el momento en que lo privaba del interdicto, en el momento en que había dejado de ser titular del derecho *de* posesión sin haber dejado de serlo del derecho *a* la *posesión*.<sup>3</sup> Todo el error en la interpretación de este artículo se

<sup>1</sup> Pág. 355.

<sup>2</sup> Pág. 356.

<sup>3</sup> Supongamos el caso del adquirente despojado que dejó pasar el año. ¡Conforme a la doctrina comentada, la acción publiciana habría prescrito el mismo día en que prescribió el interdicto!

debe a que los citados autores no distinguen entre titular del derecho de posesión (quien tiene el interdicto como defensa específica) y titular del derecho a la posesión, adquirente, etc., quien tiene además de la reivindicatoria, esta forma de reivindicatoria llamada acción publiciana. Respecto del plazo de esta acción, es evidente que se otorga por más de un año, precisamente hasta antes de que adquiera el despojante, por prescripción. En efecto, se otorga al adquirente en contra del poseedor de mala fe y para que el reo sea poseedor de mala o de buena fe es necesario que haya poseído en forma continua, pública y pacífica por más de un año, pues antes del año aún no es poseedor y sí lo es el actor (arts. 17 a 18 del Código de Procedimientos Civiles y 804, 828-V y demás relativos del Código Civil). De lo anterior se desprende en forma fatal que esta acción se otorga al adquirente para después del año de haber sido despojado (cuando ya no tiene el interdicto, o cuando nunca lo tuvo) y que la acción dura hasta el momento en que el demandado haya adquirido por usucapión, pues en este momento ya no procede la reivindicatoria en su contra.

c) *Naturaleza y protección de la posesión de hecho.* Hemos visto que la posesión jurídica se adquiere mediante el ejercicio del poder de hecho por más de un año y en forma continua, pública y pacífica. Antes del año se es poseedor de hecho y no poseedor jurídico. No se está ejercitando un derecho sino que se está realizando un hecho. Ya hemos visto que este hecho es constitutivo del derecho de posesión, pero no es por lo pronto manifestación o ejercicio de este derecho. Es un hecho que tiene consecuencias jurídicas, pero no es un hecho que represente el ejercicio de un derecho.

¿Por qué se protege al poseedor de hecho frente a terceros sin derecho, si no es titular de ningún derecho? En caso de que el tercero sea actor sería muy fácil contestar que se protege al poseedor de hecho porque el actor no probó su acción, en cuyo caso el demandado (poseedor de hecho) no tiene obligación de probar que su posesión de hecho es un derecho subjetivo. Sin embargo, aunque el poseedor de hecho se presente como actor en contra de la violencia, será protegido por el derecho en virtud del principio constitucional de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar sus derechos y mucho menos para reclamar o apoderarse de algo que no le corresponde. Desde luego, que el poseedor de hecho no tendría derecho a los interdictos, los cuales se otorgan

exclusivamente a los poseedores jurídicos (arts. 16 a 18, Código de Procedimientos Civiles y 804, Código Civil). Parece claro que la posesión de hecho no es un derecho subjetivo, pues la protección la otorga la norma solamente al que ha poseído por más de un año en la forma prescrita por la ley, al titular del derecho de posesión. Si el poseedor de hecho no es titular de un derecho subjetivo fundante y a pesar de todo es protegido contra la violencia de terceros, ello se debe a que es sujeto activo de una facultad fundada en un deber, en el deber que tienen todos de respetar la vida, actividades, posesiones, bienes de los demás. El despojante está violando su deber jurídico de no cometer violencia o hacerse justicia por sí mismo y el despojado, aunque no sea poseedor jurídico, tiene la facultad de exigir que el despojante cumpla con su deber. El hecho delictuoso o ilícito del despojante lo convierte en deudor del despojado, quien tiene el derecho de reclamar el acto ilícito —como sujeto activo de una facultad fundada.

B. *Fundamentación de la protección de la posesión de acuerdo con la doctrina. Crítica.* Todas las teorías conocidas que tratan del problema de la fundamentación de la protección de la posesión ofrecen variadas explicaciones o descripciones sujetas a controversia. Todas ellas parten de la base de que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas, o bien, olvidan que han aceptado previamente que la posesión es un derecho y vuelven a ser dominados por el hecho al tratar de resolver este problema.

a) *Doctrinas relativas* que consideran que la posesión no debe protegerse por sí misma sino por motivos extraños a ella.<sup>1</sup>

*Savigny* considera que se trata de la protección del hecho contra la violencia, protección otorgada en consideración al poseedor.

*Rudorff* considera que existe la misma protección anterior, pero fundada en consideraciones sociales y no en la protección del poseedor.

*Crítica de las doctrinas anteriores.* El artículo 17 de nuestra

<sup>1</sup> *Rojina Villegas, Derecho Civil, Derechos Reales y Posesión*, pp. 485-500. He adoptado la clasificación utilizada por este autor, haciendo un resumen de las doctrinas reproducidas en su obra citada, las cuales son a su vez una adaptación de la exposición de *Ihering, La Posesión*, traducción de A. Posada, 1926, p. 33 ss, y del *Marqués de Olivart*, citado por *Manresa y Navarro*.

Constitución consagra esta protección en la norma general prohibitiva (deber jurídico) que dispone que nadie debe hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Sin embargo, ya con anterioridad aceptamos que éste es el aspecto negativo, no solamente del derecho de posesión, sino de todos los derechos absolutos; es lo que no podemos hacer en vista del derecho de los demás a su propia conducta. No es este deber jurídico la protección específica del aspecto negativo de la posesión y mucho menos es la protección específica del aspecto positivo de este derecho. La finalidad social y política que se persigue con el artículo 17 de la Constitución tampoco es la protección privativa del derecho de posesión. Por lo expuesto, no podemos fundar en este precepto la protección de la posesión porque es el aspecto negativo de la protección de todos los derechos subjetivos (en sentido estricto) y por lo mismo no es la protección positiva de ningún derecho subjetivo y en consecuencia no es la protección jurídica del derecho de posesión en particular. Al contrario, este precepto sirve más bien de fundamento a una facultad fundada en un deber (según lo indicamos con anterioridad) y como tal puede utilizarse para proteger al que no es titular del derecho de posesión (poseedor de hecho) precisamente en contra del titular de este derecho, o en contra de los titulares de cualquier derecho que otorgue la facultad de usar, disfrutar, guardar las cosas. Efectivamente, el poseedor de hecho puede evitar que lo despojen cuando el poseedor jurídico o cualquier titular de derechos, en vez de recurrir al interdicto para recuperar o a la reivindicatoria, trata de recuperar por sí mismo la cosa violando el artículo 17 de la Constitución. Se dirá que esto prueba que se protege al hecho de la posesión; pero si el poseedor de hecho es despojado por el poseedor jurídico o por el propietario, no podrá fundarse en el artículo 17 de la Constitución para recuperar mediante el interdicto, por la sencilla razón de que no es titular de dicha acción a pesar de que fue despojado con violación del citado artículo 17. Vemos, pues, que este principio puede servir de fundamento para la protección en contra de la posesión, mientras que jamás es la protección positiva y específica del derecho de posesión. En efecto, si el poseedor jurídico es molestado en su posesión por cualquier tercero, no necesita recurrir al interdicto para evitar que el tercero se haga justicia por sí mismo o ejerza violencia para reclamar su derecho, mientras que si recurre al interdicto es evidente que entonces sí está siendo protegido en su carácter de po-

seedor jurídico, pero entonces su protección no se funda en el precepto que estamos comentando. Estas teorías ven en la posesión un hecho que es protegido para lograr la paz social. No son aplicables a nuestro derecho por ser la posesión entre nosotros un derecho subjetivo absoluto.

*Thibaut* funda la protección en principios procesales conforme al principio general de que nadie puede ser vencido jurídicamente excepto cuando se tiene mejor derecho. En relación con esta misma tesis opina *Roder* que debe presumirse que todo hombre es probo, honrado y obra de buena fe en tanto no se demuestre lo contrario.

*Crítica.* Todas estas máximas procesales, morales y jurídicas, pueden aplicarse a la interpretación de cualquier caso concreto que se presente en la vida del derecho y no constituyen el fundamento específico de la protección del derecho de posesión, sino que pueden servir también para proteger en contra del poseedor jurídico. Con fundamento en estos principios decimos que el poseedor de hecho y de mala fe debe ser protegido contra la desposesión por parte del poseedor jurídico, pues mientras no se pruebe el mejor derecho y que el detentador no obra de buena fe o con mejor derecho, deberá ser protegido; pero en una controversia judicial perderá el titular del derecho de posesión que funde su pretensión en estos principios cuando no funda su acción en lo único de que es titular, el derecho de posesión. En efecto, supongamos que es despojado el poseedor jurídico e invoca el principio de que no fue vencido en juicio por el que tiene mejor derecho o que ha sido despojado violándose la presunción de que es honrado, probo y de buena fe. El juez fallará en su contra por no haber invocado la acción consagrada por el interdicto de recuperar la posesión; mejor dicho, el juez no admitirá la demanda misma. Supongamos otro caso; el que tiene derecho a la posesión (propietario) exige la entrega de la cosa al poseedor jurídico y se funda en los interdictos. El juez fallará en contra del propietario aunque pruebe que el poseedor es de mala fe, deshonesto, etc., y aunque pruebe que él, como actor y propietario, tiene mejor derecho, pues el juez no tomará en cuenta sus pruebas de mejor derecho ni las razones morales invocadas, porque no es sujeto del interdicto. A la inversa, si el propietario se funda en la publiciana o reivindicatoria, será protegido *en contra de la posesión jurídica del demandado* precisamente porque en este caso debe vencer el que tiene derecho a la posesión frente al que tiene derecho de posesión.

Aquí el mejor derecho y la buena fe, probidad, etc., sirvieron de fundamento en contra de la protección del derecho de posesión.

También se considera que la posesión debe protegerse porque es una propiedad probable o propiedad que comienza en la usucapción, según *Gans. Ihering* opina que es el complemento necesario para proteger la propiedad. En primer lugar, hemos descubierto que el derecho de posesión es un derecho autónomo e independiente; que no es una especie de propiedad y que no es el ejercicio del derecho de propiedad. En segundo lugar, el *fundamento jurídico* de la protección del *derecho* de posesión es el interdicto y en él debe y puede únicamente fundarse *jurídicamente* el poseedor si no quiere ser vencido (art. 16 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, y 804 del Código Civil), como lo sería si invocara la propiedad y con mayor razón una probable propiedad, el complemento de la propiedad, etc. Finalmente si estudiamos el derecho de posesión como derecho provisional y subordinado, por lo que no es en sí, sino por lo que es en relación con otros derechos, es indudable que se trata de un derecho que es el medio para proteger y servir de apoyo rápido y provisional de todos aquellos derechos que otorgan el uso, disfrute, administración y conservación de los bienes. En consecuencia, tampoco podemos aceptar que el fundamento metajurídico de la protección del derecho de posesión sea solamente el derecho de propiedad.

b) *Doctrinas absolutas* que encuentran el fundamento de la protección en la posesión misma y no en otros derechos.

1) *Doctrinas del Interés*. *Bruns* considera que debe protegerse la posesión porque representa un interés jurídico; que aunque la posesión es un hecho, produce consecuencias jurídicas. *Zacharie* opina que la posesión, como la propiedad, sirve para satisfacer necesidades económicas del hombre.

*Crítica*. Si la posesión representa un interés jurídico, será un derecho y su manifestación, el hecho, será el ejercicio de un derecho. Pero los autores comentados sostienen que la posesión no es un derecho sino un hecho en el cual tiene interés el derecho. Sin embargo, el único "interés" que puede tener el derecho en un hecho es para hacer de él la condición para el otorgamiento de un derecho, como lo vemos en el nacimiento, en la accesión, etc., o bien para hacer de los hechos el ejercicio o manifestación de derechos. En resumen, algunas actividades son generadoras de derechos y otras, por haber

sido convertidas en objeto de derechos, son el ejercicio o manifestación de éstos. En México, ya hemos comprobado, la posesión no es simplemente un hecho, sino que es tanto el hecho generador del derecho, como su manifestación, cuando lo ejercita el poseedor jurídico, y finalmente, es la violación del mismo derecho de posesión cuando lo realiza el que no tiene derecho (el poseedor clandestino o violento, o el que ha poseído por menos de un año continuo).

Por otro lado, el interés subjetivo no es jamás fundamento de ningún derecho, en tanto que todos los derechos subjetivos existen aunque sus titulares no tengan interés en ellos. El rico sigue siendo propietario de sus riquezas aunque no tenga interés en ellas y hasta el momento en que disponga de ellas. Si se pretende fundar la protección posesoria en algún interés jurídico objetivo, esto equivaldría a decir que la posesión se protege porque se protege, pues todo el derecho es la atribución de las actividades protegidas y no de otras. Si por interés objetivo entendemos alguna ley natural que consagre la propiedad y la posesión —y en consecuencia su protección— lamentamos confesar que yo no la he descubierto. Si por interés objetivo entendemos algún valor ético absoluto que disponga que las riquezas deben estar en poder de una minoría, otra vez debo confesar mi ignorancia de este fundamento. Finalmente, si por interés objetivo se entiende el interés de la mayoría, debo advertir que para fundar la protección en este principio sería necesario cuando menos consultar a esta mayoría para que resuelva si tiene interés en que la mayoría de los bienes sean poseídos y sean propiedad de la minoría. Este procedimiento jamás ha sido adoptado en la historia.

2) *Teorías subjetivas.* *Brunns y Puchta* ven en la posesión un acto volitivo de apropiación protegido frente a actos de propia autoridad. Hemos visto que éste es el aspecto negativo de la protección de la conducta humana mediante la creación de deberes jurídicos absolutos de abstención. Es la consagración del Estado de Derecho y la abolición de la justicia privada (art. 17 Constitucional) y no la fundamentación de la protección posesoria en particular.

*Puchta* se funda también en la protección de la personalidad humana de la cual hace derivar la presunción de que el que se apropia de una cosa sin oposición de tercero es porque tiene derecho a ello, por lo cual debe otorgársele una protección, cuando menos provisional.

*Kant* limita la protección a los casos de ocupación de cosas sin

dueño, ya que el primer ocupante tiene mejor derecho que los demás. Respecto de la tesis de Kant diremos que no resuelve el problema de la protección de la posesión sino que en realidad lo que hace es dar el fundamento de la protección de la ocupación. Por otro lado, el legislador limita el derecho de ocupación sin necesidad de negarlo, mediante el sencillo procedimiento de no dejar sin dueño ninguna riqueza socialmente útil. En efecto, la ocupación o apoderamiento de hecho no sirve de fundamento ni para la propiedad ni para la posesión jurídica de las riquezas nacionales, pues aquí el hecho (ocupación) no es generador de ningún derecho a favor del primer ocupante. La ocupación en México no tiene actualmente ninguna importancia práctica o jurídica.

La presunción de Puchta, de que el que posee es porque tiene derecho, es la que más se acerca al fundamento metajurídico de la protección de la posesión, pero en su oportunidad utilizaremos esta idea para formularla con mayor precisión en cuanto es aplicable a este problema de la protección posesoria.

3) *Fundamentación en el mejor derecho.* Bruns afirma ahora que el poseedor tiene mejor derecho que el no poseedor y, salvo prueba en contrario, la cual sólo puede proporcionarla el propietario, debe protegerse al poseedor. Reconoce al poseedor como sujeto de un derecho limitado, inferior al del propietario. En realidad la tesis se funda en la circunstancia de que el hecho de la posesión es generador del derecho de posesión, y por tal confiere al poseedor mejor derecho que al no poseedor, mientras que la prueba en contrario se funda en la jerarquía superior del derecho de propiedad.

*Crítica.* En México esta jerarquía superior la concedemos también a todos los poseedores derivados y no solamente al propietario. Por otro lado, la génesis del derecho de posesión, el hecho que es generador del derecho de posesión, no es el fundamento de la protección del derecho de posesión una vez adquirido o nacido, mientras que dicho hecho jamás es protegido cuando viola los derechos del poseedor jurídico. Hay aún más: la posesión de hecho, del que no tiene derecho, jamás es protegida, pues la circunstancia de que se deje la protección de la posesión jurídica, de la propiedad y de otros derechos subjetivos a sus titulares, *la circunstancia de que la posesión sin derecho no se persiga de oficio, no significa que sea un hecho protegido por el derecho, sino un hecho tolerado por el derecho hasta el momento en que el poseedor jurídico se opone o hasta el momen-*

to en que el hecho crea el derecho de posesión, cuando pasa un año de poseerse en forma continua, pública y pacífica. En este momento el poseedor sin derecho se vuelve poseedor jurídico, titular de un derecho subjetivo, según ya lo hemos dicho. Estricta y jurídicamente hablando, podemos decir que la posesión de hecho jamás es protegida.

Hasse opina que la posesión presente debe protegerse porque es un derecho adquirido que debe considerarse mejor que cualquier otro frente a un tercero, salvo prueba en contrario.

*Crítica.* Ya hemos visto que el hecho por sí solo y mientras que no sea adquirido el derecho de posesión, no es ningún derecho ni un derecho mejor que otros que no son ningún derecho, pues en derecho o existe el derecho o no existe. Decir que es mejor derecho porque nadie puede hacerse justicia por sí mismo para arrebatarse la posesión de hecho, equivale a confundir el derecho con el deber jurídico, pues el mismo poseedor de hecho no solamente no tiene derecho a la posesión de hecho, sino que está violando su deber jurídico que le veda apropiarse de lo que no le corresponde y aún de lo que le corresponde cuando lo hace de propia autoridad. Por lo que este argumento, en vez de servir para fundamentar la protección de la posesión, sirve para fundamentar la ausencia de toda protección jurídica a favor del poseedor de hecho. Una cosa es que el tercero no tenga derecho a arrebatarse la posesión de hecho y otra muy distinta es que el poseedor jurídico tenga derecho a recuperar, esto es, a la protección jurídica como titular de un derecho.

4) *Doctrinas que consideran que la posesión es un derecho verdadero.* *Menthal* opina que así como se protege a la persona debe protegerse a la cosa, como prolongación de la misma personalidad. *Liebe* hace una distinción sugestiva al decir que debe protegerse la posesión porque es un derecho en tesis frente a la propiedad que es un derecho en hipótesis.

*Crítica.* Lo único criticable de esta última doctrina es que es falsa y esta falsedad ha sido la causa de que no se haya resuelto el llamado enigma de la posesión, a pesar del adelanto considerable conseguido por *Ihering*. El mismo *Ihering* no logra perfeccionar su teoría porque confunde lo que es con lo que debe ser y lo mismo sucede con sus comentadores (*Saleilles*, etc.). Todos ellos siguen obsesionados por el hecho de la posesión cuando tratan de descubrir la esencia del derecho de posesión. Ya hemos establecido que el de-

recho de posesión, como todo derecho subjetivo, es una hipótesis y que el ejercicio del derecho de posesión, lo mismo que el ejercicio de todos los derechos, es un hecho, una tesis, en el sentido expuesto por el autor comentado. Lo que pasa es que la hipótesis del derecho de posesión se distingue en forma precisa de la hipótesis de los demás derechos que otorgan el uso o disfrute de las cosas y solamente por esta razón es un nuevo derecho y no el ejercicio de los otros derechos. La posesión es la hipótesis que atribuye el verbo en el MODO INDICATIVO, mientras que los demás derechos lo atribuyen en el MODO INFINITIVO, según lo demostramos en su oportunidad. En ambos casos se atribuye la actividad como posibilidad normativa (hipótesis) y no como fenómeno natural; se faculta, no porque se está realizando el hecho, sino porque debe realizarse. Este mismo autor (Liebe) usa el término *hipótesis* en el sentido de que el propietario tiene un derecho no original sino transmitido por otro, a quien también se lo transmitieron, etc., y sólo queda probado el derecho de propiedad por la posesión jurídica del primer poseedor, el cual tiene un derecho original, generado por su posesión de hecho, una tesis y no una hipótesis.

Según el Lic. Rojina Villegas<sup>1</sup> esta doctrina no sirve para fundamentar la propiedad de los muebles, la cual se comprueba con una simple factura expedida por el fabricante como propietario original. Tampoco se puede hacer derivar la propiedad de todos los inmuebles de su ocupación o posesión original, pues los terrenos nacionales, por ejemplo, se transforman en propiedad privada por enajenación original del Estado y no se fundan en ninguna posesión previa. Finalmente, aún en los casos en que la propiedad llega a afirmarse por la posesión original, el fundamento de la protección posesoria no radica en este dato. Más bien debe decirse que la prescripción tiene por objeto crear la certidumbre jurídica en relación con el derecho de propiedad y otros derechos y obligaciones. La finalidad de la posesión no es lograr la certidumbre jurídica, sino otorgar una protección rápida y provisional al poseedor jurídico, dejando la certidumbre jurídica para después.

*Kindel* opina que la posesión es el origen de todo derecho real,

<sup>1</sup> *Obra citada*, p. 494. Esta tesis es dudosa de acuerdo con las resoluciones de la Corte. Ver en el *Semanario* las numerosas ejecutorias sobre el valor probatorio de las facturas.

mientras que éstos no pueden desarrollarse y realizarse si no suponen el contacto del hombre con las cosas.

*Crítica.* En primer lugar, quizá sea más correcto afirmar que el origen histórico de la propiedad ha sido con frecuencia la desposesión. En México es la desposesión de los indios, quienes también habían despojado a otros poseedores anteriores, el fundamento de la posesión actual, mientras que en el resto del mundo encontramos el mismo abolengo para "justificar" la protección de la posesión y de la propiedad actuales. Por otro lado, es evidente que el que tiene derecho a usar y disfrutar de una cosa no puede hacerlo si no está en contacto con la cosa, pero entonces de esta circunstancia se deriva la conclusión de que no está justificada la posesión de hecho, precisamente porque excluye la posibilidad de que los que tienen derecho a usar y disfrutar disfruten de sus derechos. Resulta que la posesión es el obstáculo físico insuperable para gozar del derecho a usar y gozar de las cosas y por tanto no es posible fundamentar su protección.

Para el *Marqués de Olivart* la posesión es un derecho real y se protege porque es la exteriorización del dominio.

*Crítica.* Ya hemos rechazado esta tesis que hace consistir el derecho de posesión en el ejercicio de otros derechos, pues el ejercicio de un derecho no es un derecho nuevo sino un hecho, mientras que si hacemos del ejercicio el objeto de un nuevo derecho, hemos creado una duplicación innecesaria e ilógica, ya que cuando se faculta una actividad y su ejercicio no necesitamos de dos derechos distintos para hacer la atribución. El mismo autor funda la protección de la posesión en el principio de que el derecho debe ser protegido en su ejercicio porque la voluntad humana es naturalmente jurídica. Nadie duda que el derecho, que es protección de actividades, debe protegerse en su ejercicio precisamente porque es ejercicio de derechos.

C. *Fundamentación del derecho de posesión de acuerdo con la teoría aceptada en esta obra.*

a) *Fundamentación jurídica.* El fundamento jurídico de la protección del derecho de posesión es idéntico al de la protección de todo derecho subjetivo, pues por definición todo derecho subjetivo es una actividad protegida por el orden jurídico. En un sentido estricto y limitado a la técnica procesal, el fundamento de la protección de un derecho subjetivo es la acción otorgada al sujeto de dicho derecho.

En el primer caso se contesta a la pregunta: ¿Por qué se protege el derecho de posesión? Y en el segundo, a esta otra pregunta: ¿Cómo se protege el derecho de posesión? El primer caso no amerita mayor comentario. Respecto del segundo, diremos que el fundamento de la *protección* de un derecho (no del derecho mismo) se encuentra en la acción otorgada por la ley para que el titular exija judicial o administrativamente la protección de la actividad facultada por el derecho subjetivo.

Hay acciones que se fundan en general, en la existencia de cualquier derecho subjetivo violado o incierto o que necesita de una declaración jurisdiccional para constituirse (art. 1 del Código de Procedimientos Civiles). Este es el fundamento jurídico general de la protección del derecho subjetivo: el otorgamiento de la acción. Por el contrario, hay derechos subjetivos protegidos con acciones especiales, como lo es la ejecutiva, la hipotecaria, la reivindicatoria y los interdictos, que son (estos últimos) la acción creada para la protección específica y privativa del derecho de posesión contra el despojo; esto es, contra la posesión de hecho del despojante, ya sea que éste no tenga ningún derecho o sea el mismo propietario y ya sea que trate de despojar o haya despojado.

Existen varios fundamentos jurídicos (acciones) para la protección *en relación* con la posesión, los cuales ya fueron estudiados.<sup>1</sup>

b) *Fundamentación metajurídica del derecho de posesión.* En el inciso anterior contestamos a la pregunta ¿en qué acción, protección o defensa se funda el titular del derecho de posesión para exigir que se respete su derecho? Ahora debemos contestar a la pregunta ¿en qué razones o justificaciones se funda el derecho de posesión? No es correcta la pregunta que se han hecho los autores antes citados,<sup>2</sup> pues el problema no consiste en la fundamentación *de la protección* de la posesión, supuesto que se trata de un derecho y con ello queda dicho que se trata de una actividad protegida. El problema consiste en la fundamentación o justificación *del derecho*; esto es, de la actividad protegida. Que una actividad esté protegida cuando es objeto de un derecho es necesario y no requiere justificación. Se puede dudar de la justificación del derecho mismo, pero no de la circunstancia de que siendo derecho merezca una protección porque el derecho subjetivo es protección de actividades.

<sup>1</sup> Véase *supra*, pp. 88 ss.

<sup>2</sup> Véase *supra*, pp. 98 ss.

Una vez que se descubre que la posesión es un derecho subjetivo (en sentido estricto de actividad potestativa) el problema de la justificación de la protección otorgada no existe y es absurdo tratar de buscarlo. Lo único que podemos investigar a este respecto es si la protección otorgada es eficiente, si es rápida o lenta, si es suficiente, insuficiente o excesiva, completa o incompleta, provisional o definitiva, etc. Este problema es de carácter técnico y tiene por objeto determinar si los medios empleados realizan el fin buscado. En este sentido se podrían discutir las ventajas o desventajas de otorgar a los que tienen derecho a la posesión un interdicto para adquirir la posesión: al comprador contra el vendedor que no entrega la cosa vendida, al usufructuario contra el nudo propietario; al nudo propietario cuando se extingue el usufructo; el arrendatario contra el arrendador, etc. Aún me parece más fundada la conveniencia de otorgar a los poseedores derivados la protección consagrada por la acción publiciana (art. 9, Código de Procedimientos Civiles) ya que el objeto de esta acción es entregar la cosa al que tiene derecho a la posesión frente al poseedor y por estar en este caso las personas mencionadas en el artículo 791 del Código Civil, debió haberseles otorgado el beneficio de esta acción. En otras palabras, no existe más que un solo derecho de posesión, y lo mismo tiene este derecho el propietario, que los que tienen derecho a la posesión derivada. Pero volvamos al problema que nos interesa.

El problema de la fundamentación del derecho de posesión es un problema de justificación del derecho. Este problema tiene que resolverse fuera del derecho. Así como el descubrimiento del fundamento jurídico (acción) de la protección de la posesión, resultó ser un problema estrictamente jurídico, el problema de la justificación del derecho de posesión está fuera del derecho. No podemos justificar un derecho con el derecho mismo, ya que la justificación del derecho es la contestación a la pregunta ¿por qué se creó el derecho de posesión y qué razón hay para que se considere que es útil, conveniente, necesario, justo, etc.?

En primer lugar, la posesión en sí no tiene ningún valor ético. No ha sido creado el derecho de posesión por sí mismo sino que sirve de medio para realizar o apoyar o proteger otros derechos que se consideran como fines *respecto de la posesión*. Además, no parece que ninguno de los derechos que se refieren a las cosas sean fines en

sí mismos, pero sí lo son con relación a la posesión, la cual es el medio al servicio de estos derechos.

Con un ejemplo bastará para descubrir la evidencia de esta afirmación. Si todos los poseedores o la mayor parte de ellos fueran usurpadores o despojantes, *de acuerdo con el orden jurídico vigente en determinado tiempo y lugar*, es evidente que existiría la necesidad de abolir el derecho de posesión, con el objeto de devolver a todos los titulares del derecho a usar, disfrutar, etc., las cosas que les fueron arrebatadas. A partir de esta devolución también seguiría abolido el derecho de posesión y vigentes los derechos a usar, disfrutar, etc. El derecho de posesión y la posesión de hecho se habrían convertido en la protección del despojo y de la violencia; en este caso todos estaríamos de acuerdo en que existiría la necesidad de abolirlo inmediatamente. Esta afirmación no está sujeta a controversia, ya que es evidente. No será evidente la necesidad ética o práctica de otorgar a las personas en determinado momento histórico determinados derechos relativos al uso y disfrute de las cosas, pero si partimos del dato dado de que la mayoría de los titulares de los derechos de uso y disfrute han sido despojados por actos de propia autoridad, nadie podrá dudar que deban ser protegidos, una vez que admitimos que tienen el derecho de usar y disfrutar.

Ahora bien, si no coinciden los titulares del derecho a usar y disfrutar con los titulares del ejercicio del poder de hecho, resultan inútiles aquellos derechos. La situación equivaldría a haberles otorgado el derecho a usar y disfrutar y al mismo tiempo la prohibición de que estén usando y disfrutando o usen y disfruten en el futuro. ¿Cómo es posible que puedan usar y disfrutar si otro (que no tiene tales derechos) tiene, sin embargo, la cosa en su poder exclusivo? Por lo expuesto, resulta evidente la necesidad de abolir el derecho de posesión en la hipótesis planteada.

Sin embargo, se descubre que la gran mayoría de las personas que detentan o poseen las cosas son precisamente los que tienen derecho a hacerlo. Esta afirmación no se deriva de ninguna necesidad lógica, no es absoluta, pero es la descripción de un hecho notorio, evidente.

Ahora bien, de la aceptación o comprobación de este hecho no se desprende la necesidad o conveniencia práctica (justificación) del derecho de posesión. En efecto, si la mayor parte de los poseedores son al mismo tiempo los que tienen derecho a usar y disfrutar, guar-

dar, administrar, cuidar, etc., las cosas, cualquiera diría: ¡Bendito sea Dios! Dejadlos que sigan usando, disfrutando, etc. y cuando se presente un caso patológico de alguno que posea sin derecho, será necesario desposeerlo inmediatamente para que coincidan siempre los que tienen derecho a usar y disfrutar con los que están usando y disfrutando. Con esto queda plenamente justificada la necesidad de proteger al derecho a usar y disfrutar, pero no queda justificada la necesidad de proteger al derecho de posesión, sino la conveniencia de abolirlo.

Pero he aquí que resulta muy difícil, lento y costoso, probar en cada caso de la vida diaria, que se tiene derecho a usar y disfrutar, etc., y resultaría una burla otorgar el derecho a usar y disfrutar si sus titulares se vieran obligados, ante cada amenaza o despojo, a tener que probar que tienen derecho a hacerlo, frente a cualquier atrevido (particular o autoridad) que tratara de arrebatarles o les arrebatará sus bienes. En efecto, hemos descubierto que el derecho a usar, disfrutar, etc., no conseguiría socialmente, en conjunto, en general, la protección eficiente que le corresponde en su calidad de derecho si se impone en cada caso la necesidad de probar los títulos que se tienen para justificar el derecho. Aquí no nos encontramos con el problema de la incompetencia, pereza o deshonestidad de algunos jueces, sino con un problema distinto y de carácter técnico relativo a los medios adecuados para proteger al derecho de usar y disfrutar las cosas. La solución de este problema es de carácter empírico y tiene que sacarse de la experiencia, pues no existe ningún principio lógico o formal que sirva de norma para resolverlo. Entonces apelamos al hecho notorio ya mencionado, a una generalización sacada por inducción de la repetición de hechos sociales y de ella derivamos la siguiente ley estadística, sociológica: la inmensa mayoría de los hombres que viven dentro de determinado orden jurídico establecido (vigente) se conforman con la atribución de los bienes hecha por el derecho y la respetan. Esta ley es de aplicación universal en toda la historia de la humanidad, siempre que se aplique con las limitaciones expuestas; esto es, a una sociedad que vive dentro de un orden jurídico establecido. No es aplicable esta ley en momentos de revolución en que se cambia el orden jurídico en relación con la atribución de los bienes. No fue aplicable en la Revolución Francesa en el momento de la desposesión de los bienes de la nobleza; pero sí volvió a entrar en vigor una vez establecido el nuevo

orden jurídico. No fue aplicable durante la desposesión española en los primeros años de la conquista, hasta el establecimiento del nuevo orden jurídico; no lo fue durante las desposesiones de hecho del agrarismo en México, ni en Rusia al caer el régimen zarista, etc., etc. En resumen, la ley mencionada no es aplicable tratándose del fenómeno colectivo de la desposesión de hecho, el cual aparece periódicamente a través de la historia de la humanidad. Pero una vez establecido el orden jurídico nuevo, en el acto entra en vigor esta ley sociológica que nos descubre que en todos los tiempos los hombres, ya sea por hábito, ignorancia, instinto, cobardía, miedo, respeto, por lo que se quiera, se conforman con la atribución de los bienes creada por el orden jurídico en vigor y mientras esté en vigor y que además respetan dicha atribución. Esto fué cierto en Roma, durante el feudalismo, en el capitalismo, en el comunismo y en todos los lugares y épocas de la historia.

De la ley anterior se deriva lo siguiente: generalmente los que poseen de hecho las cosas son los que tienen derecho a poseerlas; esto es, generalmente los poseedores son al mismo tiempo los propietarios, usufructuarios, usuarios, arrendatarios, depositarios, aparceros, administradores, familiares, sirvientes, etc., los que tienen derecho o están autorizados para hacerlo por los titulares del derecho. De la ley anterior se deriva la *posibilidad práctica* de que exista el derecho de posesión, el cual se fundamenta o justifica de la siguiente manera evidente, objetiva e indiscutible: si en la inmensa mayoría de los casos los que poseen son los que tienen derecho a poseer, no es necesario obligarlos a probar que tienen tal derecho porque si los obligamos entonces los colocamos en una posición desventajosa frente a los que no tienen derecho. De aquí nace la justificación *general* de proteger al poseedor sin obligarlo previamente a probar que tiene derecho a usar, disfrutar, etc. Expresaré la misma idea en otra forma: en la gran mayoría de los casos en que se esté protegiendo al poseedor se estará realmente (o al mismo tiempo) protegiendo al que tiene derecho a la posesión. Si protegemos al poseedor como tal (sin obligarlo a probar su título para usar, disfrutar, etc.) habremos logrado un medio práctico, rápido, económico y eficaz para proteger en general a todos los derechos subjetivos (y no solamente a la propiedad, como quieren algunos autores).

De lo anterior se deriva la primera característica del derecho de posesión, la cual es consecuencia de su fundamentación metajurídi-

ca: que el derecho de posesión es un derecho medio que tiene por fin la protección de todos los derechos subjetivos que otorgan actividades que recaen sobre los bienes.

*Limitaciones del derecho de posesión, derivadas de su naturaleza de derecho medio o instrumental.* Así como la ley sociológica que lo fundamenta es una ley estadística, una formulación de lo que es en general y por tanto sujeta a muchas excepciones concretas, con el objeto de que la norma jurídica sea fiel regulación de la conducta humana deberá recordarse que fue creada para ser aplicable a casos en *general*; pero al mismo tiempo deberá regular y tomar en cuenta los casos de excepción. En efecto, el derecho de posesión, expresión de lo que debe ser, se funda en lo que es en general. De aquí se sigue que en el momento en que aparezca un caso concreto que viole la ley sociológica que sirve de fundamento al derecho de posesión, deberá declararse inexistente dicho derecho e improcedente su protección. En otras palabras, en todo caso concreto en que la posesión es violatoria de la ley general en que se funda, dicho derecho de posesión no está justificado.

Sin embargo, esto no justifica la abolición del derecho de posesión en general, pero sí en particular. Pero he aquí que en estos casos de excepción —con el objeto de no destruir la norma que creó el derecho de posesión— se hace necesario probar que se tiene derecho a la posesión (a usar, disfrutar, etc.) como requisito indispensable para declarar extinguido el derecho de posesión en el caso concreto. Esto no importa, supuesto que en la inmensa mayoría de los casos hemos logrado evadir la prueba del derecho a usar y disfrutar, hemos logrado el fin que perseguimos. Ya no importa, social y políticamente, obligar a una insignificante minoría a probar su derecho a usar y disfrutar, si por otro lado hemos logrado evitar esta carga a la gran mayoría. También se justifica la carga impuesta a la minoría insignificante que representa la excepción, porque en su caso se trata precisamente de evitar la violación de sus derechos, prueba que tendrían que rendir de todas maneras y *con mayor frecuencia* si no existiera el derecho de posesión. De aquí se deriva la necesidad de crear la acción reivindicatoria y la publiciana, para proteger al derecho a la posesión frente y en contra del derecho de posesión.

En resumen, el derecho de posesión se funda en una ley sociológica que hace posible crear una norma para proteger a los sujetos de derechos mediante la protección otorgada a los poseedores. El

derecho de posesión es un derecho instrumental que sirve de medio para la protección de otros derechos y de aquí se deriva su carácter de derecho subordinado y provisional.

*D. Posesión de derechos.* En el párrafo anterior descubrimos que el derecho de posesión se funda en una ley sociológica que dice: generalmente los que poseen tienen derecho a hacerlo. En consecuencia, si se protege a los poseedores se estará protegiendo, por regla general, a los que tienen derecho a poseer. Lógicamente debería protegerse directamente a los que tienen derecho, pero resulta mucho más fácil y rápido decidir quién ejerce el poder de hecho que decidir quién tiene derecho a hacerlo. De aquí que resulte eficaz el artificio de proteger a los poseedores para proteger a los que tienen derecho a usar, disfrutar y aprehender las cosas.

a) *Ambito natural de aplicación de la posesión.* La ley sociológica en que se funda el derecho de posesión tiene un alcance más amplio: generalmente la conducta real de los hombres coincide con la conducta ideal establecida por la norma de derecho. Por este motivo se ha extendido el concepto de posesión para incluir en él a todos los hechos que aparecen como ejercicio de derechos, todas las actividades lícitas del hombre. Pero la posesión es un nuevo derecho que no consiste en el ejercicio de otros derechos sino que es una facultad autónoma que tiene un objeto específico. Tanto la facultad como lo que se faculta (objeto inmediato del derecho de posesión) no han sido facultados por otros derechos ni son el ejercicio de otros derechos.

La posesión de derechos no puede tener ninguna finalidad que la justifique y tampoco existe ningún objeto posible de este nuevo derecho llamado posesión de derechos. Se trata de un concepto inútil y contradictorio. Si se objeta diciendo que tanto la posesión de las cosas como la de los derechos es un hecho con consecuencias jurídicas, no necesito repetir que la posesión es en México y en todo el mundo, un derecho subjetivo absoluto. Aún suponiendo sin admitir, como suele decirse, que la posesión sea un hecho, yo no veo que este hecho nos sirva, tratándose de los derechos, mientras que su utilidad es evidente tratándose de las cosas. Decimos que si los hombres se apropian las cosas, procede proteger al que las tiene mientras se averigua quién las debe tener. Tratándose de los derechos este razonamiento no tiene sentido: tratándose de los derechos es más directo y más lógico proteger al que los tiene, ya que aún tratándose de la

posesión se protege al poseedor jurídico frente al que no lo es. Por ejemplo, es inútil decir que se posee un derecho de crédito por la razón de que se ejercita, ya que este derecho consiste en la facultad de exigir la conducta ajena. No se puede poseer la conducta ajena, excepto en la esclavitud, precisamente porque entonces el esclavo es considerado como cosa y la posesión consiste en el apoderamiento. Se puede poseer una cosa en virtud de un derecho de crédito, como el arrendamiento, pero no se puede poseer el derecho mismo, porque es la *facultad de exigir* las rentas o la entrega de la cosa y su uso y disfrute. En relación con el derecho de crédito interviene tanto la conducta propia como la conducta ajena: el hecho de exigir la conducta ajena es conducta propia del acreedor; la facultad de exigirla no es conducta de ninguno; el cumplimiento por parte del deudor es conducta ajena. Ninguno de estos elementos del derecho de crédito puede poseerse. Respecto de los demás derechos, los derechos subjetivos absolutos, no es posible hablar tampoco de poseerlos, supuesto que el ejercicio de estos derechos es manifestación de una *facultas agendi*, conducta propia, y no podemos poseer a nuestra propia conducta.

Si se nos objeta diciendo que no se posee ni la conducta propia ni la ajena sino los derechos que atribuye la conducta, entonces resulta aún más absurda la posesión de derechos. Comencemos desde arriba para descubrir el absurdo y supongamos que se trata de la posesión de los derechos objetivos, de la norma. ¿Cómo es posible poseer una norma de derecho, un objeto ideal que no puede aprehenderse, apropiarse ni ejercitarse? En seguida viene la facultad otorgada por la norma o sea el derecho subjetivo. Aquí nos encontramos de nuevo con la imposibilidad lógica y física si tratamos de aprehender una facultad. Seguimos hacia abajo y nos encontramos con lo que se faculta, con el objeto del derecho y otra vez tropezamos con un objeto ideal que se encuentra fuera del tiempo y del espacio porque consiste en la posibilidad de actuar. Nos queda, por último, la manifestación o ejercicio del derecho y vemos que cuando no recae sobre las cosas se refieren invariablemente a la conducta propia o a la conducta ajena. Se puede decir que el goce de la actividad propia (*facultas agendi*) o de la actividad ajena (fundada en una *facultas exigendi*) es la posesión. Si decimos que la posesión de derechos es el ejercicio o el goce de nuestros derechos entonces estamos usando un simple sinónimo al equiparar ejercicio o goce de derechos con pose-

sión de derechos. Se trata simplemente de una duplicación verbal. Si pretendemos que se trata de un nuevo derecho cuyo objeto es el ejercicio de otros derechos llegamos al absurdo otra vez. En efecto, se dice que goza o posee un crédito el que percibe los intereses y finalmente el que recibe la suerte principal (goce de derechos por cumplimiento) y también posee su derecho el que exige el pago (goce de un derecho por el ejercicio de la *facultas exigendi*). Procede la misma explicación respecto de los derechos derivados de un contrato de prestación de servicios y de cualquier derecho subjetivo relativo. Por otro lado, el titular de un crédito tiene la facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio. Según la "teoría" de la posesión de derechos, el titular que opta por el no ejercicio de sus derechos no los posee, supuesto que al ejercitarse el derecho de libertad (optando por el no ejercicio) deja de ejercitarse la actividad atribuida por la facultad fundante. De lo anterior se deriva la siguiente enseñanza: que cuando se posee (ejercita) el derecho de libertad habiendo optado por el no ejercicio, no se poseen los derechos en que se funda la libertad jurídica. Respecto de los derechos subjetivos absolutos, los cuales facultan la propia conducta, se dirá que una persona no posee su derecho a la vida, a moverse, a expresar sus ideas, etc., cuando no ejercita las actividades facultadas, supuesto que la posesión es el ejercicio de los derechos. Aún respecto de un crédito, mientras no llega su vencimiento, no puede ejercitarse y decimos que no se posee. En caso de que el cumplimiento tenga lugar el mismo día del vencimiento o antes, entonces decimos que jamás se poseyó. Con la misma lógica diremos que el mismo derecho de posesión de derechos no existe cuando no lo ejercitamos, porque no fue necesario en caso de cumplimiento de una obligación personal o porque se optó por no ejercitarlo. Si el objeto de la posesión de derechos es el ejercicio de derechos es natural que cuando no existe el objeto no existe el derecho ya que no hay derecho sin objeto.

Procede atacar el problema desde otro punto de vista. Si existen dos derechos distintos respecto de un derecho de crédito, o sea el derecho de crédito y el derecho de posesión del derecho de crédito, decimos: 1) el acreedor exige el pago como titular del derecho de crédito y cuando lo hace está ejercitando dicho derecho, su *facultas exigendi*; 2) al mismo tiempo exige el pago como titular de otro derecho, el de posesión de derechos. Seguramente se trata de una especie de interdicto en este segundo caso. Pero el razonamiento

anterior es artificial. Es mejor el siguiente: soy titular de mi crédito, pero no puedo ejercitarlo con fundamento en mi derecho de crédito, supuesto que su ejercicio se funda en otro derecho, el de posesión. Entonces viene este segundo derecho que es el derecho al ejercicio del derecho anterior y con fundamento en este segundo derecho es como puedo y debo ejercitar el primer derecho.

El razonamiento anterior es aparentemente lógico, pero si la posesión de derechos es un derecho, entonces existen siempre dos derechos en relación con el mismo objeto: Primero, el derecho que atribuye la actividad; segundo, el derecho a ejercitar la facultad otorgada por el primer derecho. El ejercicio actual resulta ser la manifestación de los dos derechos. Si se quiere, podemos decir que es la manifestación del segundo, únicamente; es indiferente, supuesto que podemos escoger, ya que tenemos dos derechos para el mismo objeto.

De lo anterior se desprende necesariamente que el primer derecho atribuye la actividad y *prohíbe* su ejercicio. Es un derecho otorgado en estos términos: se faculta a *A* para usar, disfrutar, exigir, etc., con la condición de que no use, disfrute, exija, etc. Luego viene el segundo derecho, el de posesión de derechos y dispone: se faculta a *A* para ejercitar las actividades anteriores. Debe entenderse que esta segunda norma, que llamaremos secundaria, solamente atribuye el *ejercicio* de las actividades y no las actividades supuesto que éstas fueron atribuidas por la norma anterior. Si permitiéramos que la norma secundaria atribuyera también la facultad, resultaría inútil la primera. Pero he aquí que no se otorga la facultad si al mismo tiempo se prohíbe su ejercicio (en la norma primaria); he aquí que no debe ejercitarse si no se faculta (en la norma secundaria). Cada uno de estos derechos (derecho de crédito o derecho subjetivo absoluto y derecho de posesión del derecho anterior) es insuficiente por sí solo y constituye una prohibición de lo permitido, una contradicción. Para eliminar la contradicción se impone la necesidad de fundirlos en un solo derecho que otorgue la facultad junto con su ejercicio. Luego, existe una sola atribución, la de la actividad y su ejercicio; luego, la posesión de derechos es una duplicación inútil e ilógica.

Se podría objetar afirmando que la posesión de las cosas está sujeta a las mismas contradicciones. Esta afirmación es absolutamente incorrecta. Es cierto que descubrimos que el derecho de posesión de las cosas, aunque no otorga la facultad de usar, disfrutar, etc., es

un impedimento para el ejercicio de tales facultades cuando no coinciden en la misma persona el derecho a usar y disfrutar con el derecho de posesión. Pero aquí no existe duplicación, ya que el objeto del derecho de posesión no es usar ni disfrutar, sino ejercitar el poder de hecho, el cual, evidentemente es un impedimento para el ejercicio del uso y disfrute. Pero el derecho de usar y disfrutar no va acompañado de la prohibición del ejercicio, pues cuando no coinciden con la posesión en la misma persona se otorga un derecho subjetivo relativo en contra del poseedor, para exigirle la entrega de la cosa y el pago de daños y perjuicios por haberla usado y disfrutado sin derecho. Cuando existe este impedimento la ley otorga la acción reivindicatoria y la publiciana. Por otro lado, la conveniencia y la necesidad práctica de permitir este impedimento temporalmente, quedó plenamente fundada en el párrafo anterior. Trátándose de los derechos el caso es distinto, pues nos encontramos con una duplicación ilógica e inútil.

b) *Elementos constitutivos del derecho de posesión.* La posesión de las cosas tiene dos elementos condicionantes: Primero, la conducta real de los hombres que generalmente coincide con la conducta ideal atribuida por la norma; segundo, esta conducta es la actividad humana cuando recae sobre las cosas. Consecuencia derivada de los dos elementos anteriores: si protegemos al ejercicio del poder de hecho (lo que es) estaremos protegiendo, por regla general, al derecho (lo que debe ser). Si nos salimos del ámbito natural de la posesión nos faltará un elemento condicionante: el contacto del hombre con las cosas reales. Por este motivo el ámbito material de validez del derecho de posesión es la relación de hecho que existe entre el hombre y las cosas materiales. Si extendemos el concepto de posesión fuera de su ámbito específico estaremos dando el mismo nombre a una situación distinta; estaremos hablando de posesión cuando nos referimos a algo que no es posesión. El derecho de posesión es eficaz porque atribuye la facultad de apoderarse, apropiarse de las cosas. La posesión de derechos sería la facultad de apoderarse de los derechos. Pero los derechos son objetos ideales que no existen en el tiempo ni en el espacio. ¿En qué sentido pueden poseerse los derechos? El derecho objetivo atribuye el derecho de posesión por aparecer el hecho en el tiempo y en el espacio, el ejercicio del poder de hecho. Aquí el hecho es supuesto jurídico para el nacimiento del derecho. Una vez adquirido el derecho, el hecho es manifestación o ejercicio del dere-

cho. En este sentido sería posesión de derechos el ejercicio de los derechos; pero la posesión de cosas no es el ejercicio de otros derechos; ni es el hecho (ejercicio del poder de hecho) generador de otros derechos. Sin embargo, *el ejercicio de algunos derechos es también supuesto jurídico para el nacimiento de tales derechos*. Exclusivamente de este dato es de donde se ha sacado la idea de la posesión de los derechos. Se habla de poseer un derecho cuando se ejercita como si se tuviera y de tanto ejercitarlo se llega a tener. Me refiero a la prescripción como medio de adquirir los derechos.

c) *La prescripción adquisitiva. Teoría general.* La doctrina enseña que es la atribución del derecho de propiedad hecha al titular del derecho de *posesión* que ha *poseído* por determinado tiempo. Tratándose de la prescripción de cosas parece que existen dos supuestos jurídicos que condicionan el nacimiento del derecho de propiedad: 1) ser *poseedor* jurídico a título de propietario, y 2) serlo durante un tiempo determinado. Pero este medio de adquirir derechos no es exclusivo de la posesión de cosas, ni se debe a la posesión. Siempre que la ley otorga derechos al que los ha ejercitado sin ser titular de ellos, por el solo hecho de haberlos ejercitado durante determinado tiempo, nos encontramos con el fenómeno de la prescripción adquisitiva; pero en ningún caso fue la posesión el supuesto para la adquisición, sino que fue el ejercicio de derechos sumado al factor tiempo el que dió nacimiento al derecho. Tratándose de la posesión de cosas se otorga la propiedad por haberse ejercitado el *derecho* (de propiedad) por determinado tiempo; en los demás casos es idéntica la situación: se otorga el derecho por haberse ejercitado por determinado tiempo. Los derechos, inclusive el de propiedad de cosas, se adquieren por prescripción porque se ejercitan por determinado tiempo y no porque se posean. Varios ejemplos servirán para aclarar este principio.

a') El ejercicio del poder de hecho por un año en forma continua, pública y pacífica es el supuesto jurídico para el nacimiento del derecho de posesión.

b') El ejercicio del derecho de *propiedad* por el tiempo fijado por ley, realizado en forma continua, pública y pacífica es el supuesto jurídico para el nacimiento o adquisición del derecho de propiedad. Que la posesión no es supuesto jurídico para la usucapión se descubre con evidencia cuando advertimos que el poseedor derivado no puede usucapir, mientras que la ley exige que el poseedor lo sea en

concepto de propietario (con justo título). Al exigir la ley que se posea por determinado tiempo, pero en concepto de propietario, está exigiendo que la cosa esté en poder exclusivo de la persona a cuyo favor corre la prescripción, para que la use y disfrute en forma exclusiva, como lo haría el propietario mismo. Es la única forma de poder ejercitar el derecho de propiedad como si se tuviera. El que se apropia de la cosa, pero no la usa y disfruta porque la detenta por cuenta del propietario, conserva la cosa para el propietario y en consecuencia no ejercita el derecho de propiedad como si lo tuviera; o el que posee jurídicamente y además usa y disfruta, pero en virtud de que es usufructuario o arrendatario, no puede adquirir la propiedad porque no ejercita dicho derecho. En este caso y en todos los casos la posesión es indiferente (excepto para adquirir el derecho de posesión) para la adquisición de los derechos mediante la prescripción. El elemento exclusivo e invariable es el ejercicio del derecho por determinado tiempo. He ahí la esencia de la prescripción adquisitiva.

c') El adquirente que da la cosa en usufructo no es poseedor de la cosa y sin embargo adquiere la propiedad por usucapión. La doctrina nos informa que es poseedor de su derecho por haber gozado de él y también nos informa que es *poseedor original de la cosa*. (sic) Pero si suponemos que no existe la posesión de derechos podemos otorgar el derecho a usucapir con fundamento en el ejercicio del derecho y en el transcurso del tiempo, sin recurrir para nada al concepto de posesión de derechos. Si alguien sostiene que en este caso procede la usucapión porque el adquirente es poseedor originario de la cosa, entonces me permito remitirlo a la exposición de mi teoría, en donde ya sostuve que el nudo propietario no es poseedor de la cosa; quizá lo fue y quizá llegue a serlo, pero aquí no estoy haciendo historia ni previendo el futuro sino tratando de descubrir lo que es el derecho de posesión y la usucapión. La posesión originaria no es posesión de cosas; luego es posesión de derechos; luego no es nada que tenga que ver con el derecho de posesión. Es el supuesto jurídico para adquirir por prescripción.

d') Ahora procede analizar otros casos de adquisición de derechos por prescripción. El artículo 1239 del Código Civil dispone: "Los que obtengan a su nombre los derechos de autor sin que lo sean en realidad, adquirirán por prescripción, esos derechos, por el transcurso de cinco años contados desde que obtuvieron el privilegio. El plazo

será de tres años para adquirir el derecho de representación de obras dramáticas o de ejecución de obras musicales." En este caso no existe la posesión de cosas (y no es necesaria) sino el goce de un derecho sin tenerlo. Aquí el nacimiento del derecho estuvo sujeto a dos supuestos jurídicos: ejercicio de un derecho sin ser su titular y por el tiempo fijado por la ley. Este caso es idéntico al del nudo propietario y a todos los casos, sin excepción, en que se adquiere por prescripción. En todos los casos se procede como si se tuviera el derecho (el que no es propietario y que actúa como si lo fuera, usando y disfrutando de la cosa, por ejemplo) y al final del plazo fijado por la ley se adquiere el derecho. El *bovarismo* jurídico en que se funda la usucapión no tiene que ver nada con el truco o artificio en que se funda la posesión de las cosas. *La posesión jamás es el supuesto jurídico para la usucapión, excepto cuando se trata de adquirir el derecho de posesión mismo.* En este caso (adquisición del derecho de posesión) tampoco es la posesión (el derecho) supuesto jurídico ya que se adquiere el derecho por no tenerlo. Se adquiere exclusivamente por haberlo ejercitado, como si se tuviera. Si ya se tuviera el derecho no sería necesario pretender que se tiene y no sería posible adquirir lo que ya se adquirió.

Finalmente, tratándose de la usucapión de las cosas es cierto que se necesita poseerlas; pero esto no se debe a que la posesión sea un supuesto jurídico de la prescripción, sino por ser un supuesto material para el uso y disfrute de las cosas *materiales*, las cuales no pueden físicamente usarse y disfrutarse si no se apodera uno de ellas. Pero la posesión, aún en este caso, no pertenece a la esencia del derecho de usucapión, en la misma forma que la esencia del color verde no radica en las cosas materiales en donde aparece. Por este motivo, por no ser la posesión elemento esencial de la prescripción, no se requiere poseer tratándose de la adquisición de la propiedad literaria mediante la prescripción.

La prescripción adquisitiva se funda en un bovarismo jurídico: en suponer que se tiene lo que no se tiene. Es jurídico este "como si" ya que se parte de la ficción para llegar a la realidad. Mejor dicho, se parte de la realidad del fenómeno (ejercicio, hechos) y de la inexistencia del derecho para llegar a la atribución del derecho. Este bovarismo está justificado socialmente porque es conveniente proteger la apariencia de legalidad (ejercitar derechos como si se tuvieran) frente a la indiferencia de los que no se oponen pudiendo

jurídicamente hacerlo. Está justificado proteger *lo que es* cuando el facultado para reclamar *lo que debe ser* se muestra indiferente. De aquí se deriva un dato interesante: que por regla general la prescripción es siempre extintiva de la *facultas exigendi* del titular indiferente. Tratándose de la *facultas agendi* el titular tiene derecho a optar por el no ejercicio, el cual no es supuesto jurídico para la prescripción. Por este motivo la interrupción en la posesión no es el no uso sino la circunstancia de no exigir el derecho ante la desposesión de tercero. El mismo principio se descubre en relación con el ejercicio de los demás derechos por terceros: el no ejercicio de la *facultas exigendi* provoca su extinción. Este principio no solamente está justificado porque es la protección de la apariencia frente a la indiferencia. Se trata de hacer cesar el derecho a la conducta ajena (*facultas exigendi*) cuando el titular se muestra indiferente. La razón es clara: la *facultas exigendi* constituye una limitación de la libertad jurídica del obligado y siempre que se trate de derechos potestativos y renunciables, ante la indiferencia del titular es conveniente provocar el retorno a la libertad jurídica. La única excepción que recuerdo y que se refiera a una *facultas agendi* es la extinción de las servidumbres por el no uso. Pero aquí también se aplica el mismo principio: la servidumbre es una limitación al contenido del derecho de propiedad. La servidumbre es lo que no puede hacer o lo que debe tolerar el propietario. Ante la indiferencia del titular, el derecho provoca el retorno a la libertad, mediante la prescripción. La finalidad de la prescripción es proteger la apariencia exterior, y provocar la seguridad jurídica y el retorno a la libertad del obligado.

Por lo expuesto, debemos rechazar el concepto de posesión de derechos, supuesto que se poseen las cosas y el derecho de posesión tiene por objeto otorgar significado jurídico a la relación de hecho existente entre los hombres (sus actividades) y las cosas materiales. Por eso resultó inútil e ilógico trasladar el concepto de la posesión fuera de su ámbito material de validez. El intento es tan inútil e ilógico como cuando se habla del color de la música, por ejemplo.

#### IV. CONCLUSION

Es innecesario advertir al lector que mi teoría de la posesión se deriva de la de Ihering. Sin embargo, existen las siguientes dife-

rencias fundamentales que se desprenden de la simple lectura de la conocida obra de Ihering y de mi ensayo.

A. Para poder destruir el subjetivismo de Savigny, para eliminar *el animus* como elemento constitutivo del derecho de posesión, Ihering encuentra la objetividad de su teoría en la materialidad del hecho. Para este insigne autor siempre que aparece el hecho actual en el tiempo y en el espacio hay posesión, excepto cuando existe legalmente un "obstáculo para la posesión, residente en la persona del tenedor".<sup>1</sup> Es indiscutible que Ihering parte de la base de que el objeto del derecho es el hecho actual, excepto cuando la ley dispone lo contrario. Para mí el hecho actual es supuesto jurídico y manifestación del derecho, pero no es objeto del derecho de posesión. Ihering no toma en cuenta que una vez nacido el derecho (realizado el supuesto jurídico), aunque no exista el hecho actual existe el derecho y que de allí se deriva la conclusión necesaria de que dicho hecho actual no es el objeto del derecho, supuesto que si lo fuera, al desaparecer el objeto, desaparecería el derecho. Este aspecto de mi teoría se comprueba al aplicarla a la realidad y a todos los preceptos del derecho positivo. El poseedor jurídico despojado sigue siendo poseedor jurídico durante un año aunque esté imposibilitado para realizar el hecho; mientras tanto, el despojante, precisamente el que ejerce la posesión de hecho, no es poseedor jurídico. Esto se debe a la circunstancia de que el hecho actual, el ejercicio del poder de hecho, no es el objeto del derecho de posesión. Por otro lado, el poseedor jurídico puede no estar ejercitando el poder de hecho y mientras otro no le quite de hecho su posesión no pierde su derecho por el no ejercicio, salvo cuando dicho no ejercicio constituye abandono.<sup>2</sup> Vemos aquí otra vez que el hecho actual no es el objeto del derecho, supuesto que si lo fuera desaparecería el derecho al desaparecer su objeto. Yo considero que este dato justifica la afirmación de que la teoría de Ihering más bien que ser una teoría objetiva es una teoría materialista, porque hace del hecho material un elemento constitutivo del derecho, el objeto mismo del derecho. Ihering jamás llega a decir que aún cuando la ley atribuye el hecho al poseedor, la apa-

<sup>1</sup> Pág. 642 de la obra citada, e innumerables párrafos de donde se desprende con claridad este dato.

<sup>2</sup> Véase *supra*, pp. 57 ss., en donde establece este dato en forma incontrovertible.

rición del hecho en el tiempo y en el espacio no es el objeto del derecho sino el ejercicio o manifestación de dicho derecho. Para mí el objeto del derecho de posesión no es jamás el hecho actual, sino que es siempre la atribución de la actividad como posibilidad normativa. Para mí el objeto del derecho de posesión, como el de todos los derechos subjetivos, es un objeto ideal. Al llegar a esta etapa de la investigación me encontré con un dilema: ante la necesidad de rechazar la tesis de que el objeto de la posesión es el ejercicio o manifestación de otros derechos (por tratarse de una duplicación inútil e ilógica) y ante la necesidad de rechazar al ejercicio *actual* del poder de hecho como objeto del derecho de posesión (por no admitirlo nuestro derecho positivo ni la naturaleza misma del derecho de posesión como facultad potestativa) resultaba ser la posesión un derecho sin objeto o bien era indispensable declarar la inexistencia de tal derecho, como lo han hecho tantos tratadistas. Pero también descubrimos que *existe* este derecho en el derecho positivo y que se manifiesta en la vida real como derecho subjetivo absoluto, autónomo e independiente. Entonces aparece el problema: es evidente la existencia del derecho de posesión como ser independiente; tenemos la certeza de que existe la *facultad* (el derecho) pero no sabemos qué se faculta (objeto del derecho). Sabemos que si existe la facultad necesariamente existe como facultad de *algo*. Nuestro problema se redujo a descubrir el objeto específico del derecho de posesión.

B. Ihering no llega a descubrir el objeto del derecho de posesión como actividad específica y exclusiva de dicho derecho. Para él el objeto es el ejercicio del poder de hecho, el cual se confunde con la manifestación de todos los derechos que otorgan el uso y disfrute de las cosas. Para mí el objeto exclusivo es la actividad atribuida solamente en el MODO INDICATIVO, modo que pertenece en forma exclusiva al poseedor jurídico. Nadie tiene derecho, ni aún el propietario mismo, a *ejercitar* sus derechos cuando existe frente a ellos un poseedor jurídico, cuyo derecho es siempre excluyente del ejercicio de todos los derechos que atribuyen actividades sobre las cosas. Cuando el propietario está ejercitando sus derechos ello se debe exclusivamente a que es a la vez, poseedor jurídico. Al descubrir el objeto específico del derecho de posesión no nos enfrentamos con ninguna contradicción o duplicación ilógica de derechos. A pesar de que la posesión constituye un obstáculo para usar y disfrutar cuando no

coinciden en la misma persona la posesión y el derecho a usar y disfrutar no por ello se transforman estos últimos derechos en prohibiciones. Por ejemplo, el propietario que no es poseedor es titular de un derecho subjetivo relativo. Provisionalmente no tiene el ejercicio del derecho a usar y disfrutar pero tiene el *derecho a exigir* el uso y disfrute.

C. Ihering funda el derecho de posesión en el interés y ya en su oportunidad probé que ni el interés subjetivo del titular del derecho de posesión, ni el interés del legislador, ni el interés de la sociedad, pertenecen a la esencia del derecho, sino que estos datos son elementos psicológicos o metajurídicos. La esencia del derecho de posesión, como la de todos los demás derechos, se descubre en la norma jurídica misma. Su esencia es de naturaleza jurídica; radica en lo jurídico. Tampoco es el interés el fundamento metajurídico de este derecho, según se estableció en su oportunidad.

D. Ihering afirma que la protección de la posesión es un medio de que se vale el legislador para proteger la propiedad cuyo ejercicio es la posesión. Para mí no es esta la fundamentación de la *protección* de la posesión ni la fundamentación del *derecho* de posesión. Yo considero que la finalidad metajurídica del derecho de posesión consiste en hacer de este derecho un medio para la protección de todos los derechos cuyo ejercicio representa actividades que recaen sobre las cosas materiales, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el derecho de propiedad. Por último, yo encuentro que la creación de este derecho medio es posible debido a la existencia de una ley sociológica. Del estudio de la conducta de los hombres que viven en sociedad se desprende una generalización fundada en la manera de comportarse los hombres en sociedad fundada, entonces, en hechos naturales; esta generalización que constituye una ley sociológica consiste en lo siguiente: que por hábito, inercia, respeto al derecho, temor, etc., etc., los hombres generalmente respetan los derechos de sus semejantes. De aquí se deriva como corolario otra ley sociológica en que se funda la posesión: que generalmente los que poseen de hecho es porque tienen derecho a hacerlo. Esta ley es el fundamento metajurídico que hace posible la existencia del derecho de posesión mediante un *bovarismo* jurídico en que se protege al poseedor *como si* tuviera derecho a serlo. Si el comportamiento de los hombres que

viven en sociedad fuera exactamente contrario a lo que es en realidad, sería absolutamente indispensable hacer desaparecer al derecho de posesión para poder proteger, frente a los despojantes (mayoría de los hombres en esta hipótesis), a los que tienen derecho a usar y disfrutar de los bienes.

E. Rechazo el concepto de posesión de derechos al establecer que se trata de una duplicación ilógica e inútil. Esta circunstancia se probó, además, indirectamente, cuando descubrimos que la posesión tiene por función otorgar significado jurídico a la relación de hecho existente entre el hombre y los objetos reales exteriores a él; por lo que al aplicar el concepto de posesión a los derechos estamos invadiendo el ámbito material de validez que le corresponde, como sucedería, por ejemplo, si tratáramos de dar sentido ético a la manifestación de un valor estético. En otras palabras, descubrimos que el ámbito real y exclusivo en donde encarna el valor medio llamado derecho de posesión, es en los hechos que el hombre realiza sobre las cosas. Este descubrimiento nos permitió encontrar el fundamento metajurídico de la posesión y rechazar el concepto de la posesión de derechos como irrelevante, ilógico e inútil.

Para limitar el derecho de posesión a la posesión de cosas fue necesario hacer un análisis de la prescripción positiva, habiendo descubierto que la posesión no es supuesto jurídico de la prescripción adquisitiva. Al descubrir la esencia de la prescripción pudimos formular una teoría general acerca de este fenómeno, la cual explica todos los casos sin el auxilio de la posesión.

F. Para que el lector pueda tener un concepto claro de mi teoría debe recordar la distinción categórica que hago entre derecho a la posesión, el cual no es un derecho autónomo e independiente, sino la facultad que tienen los titulares de derechos subjetivos que otorgan el uso y disfrute de los bienes, para pedir que se extinga el derecho de posesión cuando entra en conflicto con sus respectivos derechos. El derecho a la posesión es, pues, una *facultas exigendi* otorgada a los que tienen derecho a usar y disfrutar de las cosas frente al poseedor jurídico, mientras que el derecho *de* posesión es un derecho subjetivo absoluto, un verdadero derecho real. La posesión derivada es de naturaleza idéntica a la posesión originaria o sea a la que tiene el propietario cuando posee la cosa; en cambio el nudo

propietario no tiene ninguna posesión jurídica de la cosa. Yo considero que es innecesario el concepto de posesión originaria para proteger los derechos del nudo propietario y para otorgar a los que poseen en concepto de propietarios el derecho a la usucapión. Por este motivo sólo existe un derecho de posesión. Hago una distinción clara entre el derecho de posesión y la posesión de hecho, la cual representa en mi teoría el papel de hecho generador del derecho de posesión, supuesto jurídico necesario para el nacimiento del derecho de posesión. Finalmente, llamo detentadores subordinados a todas las personas comprendidas en el artículo 793 del Código Civil. Con estas distinciones entre derecho a la posesión, derecho de posesión, posesión de hecho y detentación subordinada, conseguimos explicar todas las situaciones que se presentan en la vida del derecho con relación a la posesión.