

III. Las otras teorías relativas	54
1. Teoría de Thibaut	54
2. La opinión de Röder	56
3. La <i>probabilidad de la propiedad</i>	60
4. Opinión de Gans	62

III

Las otras teorías relativas

I.—TEORÍA DE THIBAUT

El supuesto de que Thibaut parte (1) en su teoría de la posesión, no es el hecho puro y simple, sino el *ejercicio del derecho* (2), como un *modo* especial del estado de hecho; ya tendremos ocasión de mostrar más adelante qué fecundo puede ser este punto de vista para la buena inteligencia de la teoría de la posesión. No hay sino que la base sobre que Thibaut quiere fundar la protección de la posesión, es muy poco firme. «Es—dice—un principio imperativo y necesario para la razón, que nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su derecho; de lo cual resulta que un estado de cosas puramente de hecho en sí, adquiere la más alta importancia, por cuanto lleva a esta regla, según la cual todo aquel que ejerce de hecho un derecho, debe ser mantenido en este estado de hecho hasta que otro haya demostrado tener un derecho mejor».

Pero si la posesión es simplemente un *estado de hecho*, ¿por

(1) *System des Pandektenrechts*, 8.^a edición, § 203-204. En su trabajo sobre la posesión y la usucapión, Jena, 1802, § 2.^o, no alega motivo alguno para la protección de la posesión.

(2) V. también en el mismo sentido Hufeland, *Über den eigentümlichen Geist des römischen Rechts*. (Sobre el espíritu particular del derecho romano), 2.^a parte, Sección 1.^a, pág. 5.^a y siguientes, pág. 18 y siguientes.

qué es preciso un *derecho* preeminente para hacerla cesar? Un estado de hecho nace y pasa sin que el derecho tenga nada que ver con él. Es un hecho que mi tilo protege al vecino contra los rayos del sol: ¿quién le protege si yo quiero derribar el árbol? Es un hecho, para un comerciante, tener una extensa cilentela: ¿le protege el derecho cuando un concurrente se la arrebatara? Si la circunstancia de que la posesión encierra el ejercicio de un *derecho*, no es suficiente para darle el carácter de *relación jurídica*, si es preciso por el contrario colocarla, según Thibaut, al igual que todos los *estados de hecho*, es preciso admitir para unos y otros la misma ley y decir que su nacimiento, su existencia y su cesación no son más que el efecto de la fuerza física. Sin duda *vencer*, en la esfera del derecho, supone un *derecho preeminente*, pero trasplantar esta idea al terreno del hecho, es olvidarse de cuanto se ha dicho acerca de éste.

Pero admitamos, si se quiere, que la *preeminencia del derecho* sea lo que decida. El arrendatario expulsado por un tercero que no tiene derecho alguno sobre la cosa, ni a la cosa, posee sin duda un «derecho mejor» que este último, en cuanto su estado de hecho, a lo menos, descansa sobre una concesión obligatoria de parte del verdadero propietario; ¿por qué entonces no es escuchado, y por qué se le niegan los interdictos posesorios? (1). Pero todavía hay más: si el arrendatario sustrae a su vez la posesión al que le expulsó o a su heredero, ¿por qué se le niega en absoluto en el proceso posesorio la prueba que ofrece practicar de un mejor derecho?

Resulta que la explicación de Thibaut, que parecía mantenerse exclusivamente en el terreno del hecho, invade al propio tiempo el del derecho, pero sin que responda, ni sobre el uno ni sobre el otro, a sus propios principios. Si la posesión no es

(1) V. lo que decimos respecto del derecho vigente en España en este punto. Debe tenerse en cuenta además el carácter que adquiere como derecho real el arrendamiento por más de seis años inscripto en el Registro de la propiedad. La argumentación de Ihering no tendría tanta fuerza tratándose del derecho actual de muchos países, según se ha visto. - (N. DEL T.)

realmente más que un estado de hecho, de que la fuerza capaz de anular un estado de cosas deba ser más enérgica que aquella que la mantiene, no se infiere que la posesión haya de tener una *protección jurídica*; la argumentación que se agita sólo dentro de la esfera física, no puede salir de ella para sus resultados (1). Si, por el contrario, la posesión es un *derecho*, este punto de vista lleva a dar a la protección posesoria una fisonomía muy distinta de la que tenía en el derecho romano. Ahora bien, el sistema especial del derecho romano para la protección de la posesión no puede ser comprendido de ese modo.

Del mismo defecto adolece

2.—LA OPINIÓN DE RÖDER (2)

Este escritor ve el fundamento de la protección de la posesión en el derecho primordial de *probidad* (*Das Recht der Unbescholtenheit*), el cual encuentra su expresión en la regla: *Qui libet*

(1) Indudablemente, como que en las relaciones jurídicas, repetimos, lo esencial es el elemento ético, y esto es lo que quizá no se veía claro en el derecho romano, ni aún lo ve siempre el mismo Ihering, tener más fuerza no es tener *mejor* derecho, o más claro, tener derecho; porque entendido el derecho en sus principios absolutos, no lo hay mejor ni peor: lo hay o no lo hay. Sólo la formación reflexiva y necesariamente *apriorística*, o de prevención del derecho positivo, puede exigir la terminología de derecho *preeminente* y *mejor* derecho; que en sí mismo el derecho determinado siempre en cada relación, supone un ser de fines o exigencias (el que tiene el derecho), y un ser obligado de medios (el que lo ha de cumplir). Cuando en una contienda civil se debate acerca de un derecho que varios se disputan y todos obran de buena fe, lo que se ventila, no es quién tiene un derecho mejor, sino quién lo tiene, y aquel que lo tiene, es decir, aquel que es el verdadero ser de fines, es el que se pone en condiciones definidas de exigir del obligado el medio, y del Estado, subsidiariamente, el mismo medio, por virtud de una acción coactiva ejercida sobre aquél, si por acaso lo negare, perturbando el derecho, que el Estado procura entonces restablecer cumpliéndolo. — (N. T.)

(2) *Grundsätze des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. (Principios de derecho natural o de filosofía del derecho); 2.^a edic.; sec. 2.^o, pág. 250.

præsumitur justus (p—bonus) donec probetur contrarium. En virtud de este derecho que todo poseedor tiene, es preciso admitir provisionalmente que toda relación exterior en que el mismo se encuentre ante una cosa o persona, y la cual puede constituirse sobre el fundamento y como consecuencia de un derecho necesario para su ejercicio, también se constituye actualmente en virtud sólo de un derecho semejante, y por consiguiente esa relación *no* es injusta (1).

La aplicación de ese derecho primordial a la posesión descansa en un supuesto equivocado. No se trata en la posesión de lo intachable de una *relación* exterior, sino de la probidad y lo intachable de una persona. Si la persona es intachable, el tenedor no lo es menos que el poseedor jurídico, y el no poseedor que el poseedor. El no poseedor tendrá el mismo derecho a ser personalmente creído, puesto que esta pretensión no está fundada sobre el hecho exterior de la posesión. Ahora bien; si la posesión está basada en una presunción de legitimidad, es preciso que se justifique de otro modo: la presunción inferida de la persona no sirve para el caso. Pero aunque fuera de otra suerte, si el poseedor no tiene en favor suyo más que esa presunción, ¿por qué se prohíbe al adversario rebajarla por la prueba en contrario? ¿A dónde va a parar la probidad, si el adversario demuestra que él es el propietario y el demandante un ladrón? (2). Si en el procedimiento posesorio no se considera la

(1) Respetando la opinión de Ihering, y no intentando discutir (luego diremos algo) si en tales palabras de Röder se interpreta el sentido íntimo del derecho romano, nos parece que considerada la posesión en sus principios racionales, tal como hoy podemos discutirla, después de las vacilaciones de las legislaciones positivas y de la indecisión del sentido jurídico positivo de los pueblos; nos parece, repetimos, que Röder se acerca mucho a la verdad de las cosas. Atiende Röder, al fundar la protección de la posesión, no a nada material, sino a considerarla en sí misma y en cuanto es la *revelación* circunstancial del derecho, en cada caso, y por el momento indudable; en una palabra: la posesión se protege en cuanto no se *sabe actualmente nada* contra *su justicia*. — (N. DEL T.)

(2) Pero esto, repetimos, que, independientemente de la construcción materialista del derecho positivo, que se inspira en el romano, es el re-

posesión como una relación jurídica independiente, sino como una prueba de la existencia de un derecho completamente distinto, ¿por qué no se equiparan los derechos y se permite la prueba y la contra prueba, convirtiendo, por ejemplo, el posesorio en petitorio? La idea de Röder puede bastar para explicar por qué en el procedimiento reivindicatorio el poseedor queda exento de prueba—si bien esta liberación del defensor del peso de la prueba no tiene, como es sabido, nada que ver con la posesión como tal, puesto que se representa en todas las acciones—, pero esta idea no puede en modo alguno explicar el carácter particular de la *posesión*, es decir, la exclusión de la cues-

sultado necesario de la misma naturaleza de la relación jurídica. El que está en posesión de una cosa, tiene no sólo la apariencia, sino la plena exterioridad formal, por la que se revela a los seres inteligentes el derecho como exigencia. Respecto de él, mientras no haya otro dato exterior que revele el fondo real y positivo que cubre aquella exterioridad y por virtud del que se *induxa* que el sujeto de la posesión no lo es y está en el *erro* (*bonae fidei possessor*), o bien la detenta a sabiendas de que no le corresponde (*malae fidei possessor*), o la ha robado (ladrón), no hay más remedio que—*suponer* no basta—*creer* que el que goza de la posesión actualmente, el mero tenedor, está firme en su derecho. El Estado debe ampararle porque aquél es el sujeto racional de la exigencia jurídica. Si alguien le perturba, aunque sea el legítimo poseedor, como lo que al pronto hace éste no basta para revelarle como tal, *socialmente* no se sabe; la protección y amparo del poder tiene que ir en favor del primero, respecto del cual, en aquel instante al menos, se siente obligado el Estado.

Claro está, tal protección nunca puede ser definitiva, ni indiscutible su fundamento; pero al que pone en duda la realidad jurídica de la misma, incumbe demostrarlo.

A esta idea responde nuestra legislación, por ejemplo, al definir (Código civil) quién se *reputa*—no quién *es*—poseedor de buena fe, y al disponer (artículo 436) que «la buena fe se presume siempre, y al que afirme la mala fe de un poseedor incumbe la prueba». De igual suerte responde a esta idea la manera como está redactada nuestra ley de Enjuiciamiento civil en punto al procedimiento de los interdictos, a lo que debe mostrar el demandante en el de retener o recobrar, a lo que puede ser objeto del debate en el juicio y a la posibilidad de ventilar, respetando actualmente la posesión, el derecho que en definitiva asiste a las partes o a un tercero. — (N. DEL T.)

ción de derecho en el proceso posesorio, que es, después de todo, el punto culminante donde se revela el mérito de toda la teoría de la posesión.

Hemos partido para cuanto queda dicho del supuesto de que Röder toma por base de su teoría la noción científica corriente o romana de la posesión; quien en un tratado de filosofía del derecho quiera sostener otra, puede hacerlo—no he de disputar yo tal derecho a nadie—; pero, por lo menos, debe entonces decirse por qué y cómo se prescinde del derecho romano; y esto es lo que Röder no ha hecho (1).

(1) Ciertamente dentro del derecho romano, dado su carácter sistemático admirable, que hace sea la construcción jurídica más completa y más hecha que la humanidad haya producido, para penetrar el espíritu de cada institución, y explicarse el sentido y alcance de cada relación jurídica en la institución presupuesta, es necesario tener en cuenta toda la trama lógica del derecho positivo. En Roma, como en ningún otro pueblo, hay que conocer la formación histórica del derecho, sin olvidar el sistema complejo de los motivos circunstanciales que en ella intervinieron poderosamente. Y quizá no hay materia tan peculiar y característica en tales respectos, y que exija todo eso de un modo más apremiante, como la de las acciones, y por ende, como acciones, los interdictos. Pero precisamente esto debe tenerse muy presente cuando se trata de investigar, no sólo el espíritu de la teoría jurídica romana de la posesión, sino la posesión misma como relación de derecho, pues acaso hay que romper en gran parte con el derecho romano, el cual, después de todo, si supone un gran progreso hacia la diuicificación de las relaciones humanas mediante la transformación de las mismas, de relaciones materiales sometidas al poder e inspiradas en el poder (lucha por la existencia), en relaciones éticas, no es ni con mucho la última palabra, ni el definitivo estado.

En Röder, y así implícitamente lo reconoce Ihering, hay que ver, no tanto al inspirado en el derecho positivo de Roma, como al investigador reflexivo de los principios del derecho en la conciencia. Confírmase esto último con tener presente la dirección krausista en que Röder debe ser colocado; dirección que viene a representar, después de todo, algo muy distinto del derecho romano, por el valor que da al elemento ético en la relación jurídica, y que es, sin duda, el que se necesita acentuar para rectificar el carácter formalista y material, coactivo, del derecho, que se traduce en leyes y que cristaliza en instituciones.

Explícate, no obstante, la apreciación de Ihering respecto a Röder (que es el filósofo del derecho más especialista de cuantos estudia), tenien-

De las tres opiniones que refieren la protección de la posesión a la *propiedad*, las fundan:

3.—UNA (LA MÁS ANTIGUA), SOBRE LA PROBABILIDAD DE
LA PROPIEDAD

Esta opinión era antes muy seguida (1), y Savigny le ha reconocido cierta autoridad en la tercera, cuarta y quinta edición de su obra (2), en tanto que la rechaza en la sexta. En la sépti-

do presente el estado de renovación y de crisis de la filosofía del derecho. En rigor, apenas si existe ésta como ciencia de los principios fundamentales del mismo, y atendiendo a todos los aspectos de la relación jurídica. De ahí que la mayoría de los tratados—y el de Röder está en este caso menos que muchos—son generalizaciones del derecho romano contenido en los monumentos más notables, con algo de lo que, en la desorientación del espíritu jurídico colectivo de los pueblos, se va vislumbrando. Todo lo más que acaso se ha logrado, es discutir y comenzar a ver el derecho en su concepto por algunos, sin que éste haya penetrado en la vida real y positiva de los hombres y de las sociedades, que todavía fluctúan inseguros y sin brújula bajo la influencia de las Institutas, del derecho canónico y germano, y de lo que, merced al poder incontrastable de la necesidad, van dejando como precipitado concreto en la conciencia de todos, las soluciones que la vida impone: la vida espontánea y fresca de los que no adaptan su conducta a una ley establecida, sino que obran según las inspiraciones de la conciencia.

La teoría de la posesión de Röder está en el tomo 2.º de la obra ya citada, págs. 188, 247 y siguientes y 388.—(N. DEL T.)

(1) Savigny designa como uno de sus últimos defensores a Hufeland, L. c., pág. 43, pero no se encuentra allí tal opinión claramente acentuada. Véase Randa, nota 7.^a

(2) Párrafo segundo, al fin: «Si se pregunta por qué ha sido introducida esta especie de protección contra la violencia, es decir, por qué el expulsado debe obtener la restitución de la posesión—acaso injusta—que ha perdido, se puede afirmar con certeza que tal protección descansa sobre la presunción general de que el poseedor puede ser también el propietario. En esta relación se puede considerar la posesión como una sombra de la propiedad, como una propiedad presunta; pero eso no se refiere más que a la institución jurídica en general, no al motivo jurídico de una protección concreta cualquiera».

ma, publicada después de su muerte, se encuentra una adición suya (pág. 57), según la cual «esta presunción no es precisamente errónea en sí misma, puesto que en realidad la mayor parte de los poseedores tienen efectivamente derecho a la posesión; sin embargo, es preciso prescindir de ella, en virtud de la teoría especialísima del derecho romano en materia de posesión».

No radica el defecto de esta opinión donde Savigny lo señala; esto es, en el supuesto de que el derecho romano no conocía semejante presunción, puesto que no se trata aquí de un precepto jurídico positivo, sino más bien de una cuestión legislativa que no ha sido desenvuelta en el derecho romano, y para lo cual podemos servirnos de expresiones desconocidas de los romanos, con tal que sean exactas. El defecto radica en que el motivo que se alega tendría a su vez necesidad de ser motivado. Aun suponiendo que el legislador dijese: «Yo quiero presumir que el poseedor es propietario», todos podrían preguntarle: «¿Por qué lo presumes?». Es una regla que todo derecho debe ser demostrado; ¿qué motivo hay que obligue a eludirla excepcionalmente respecto de la propiedad? No basta para ello que el resultado de la estadística sea el de que en la mayoría de los casos el poseedor es al mismo tiempo propietario, como no basta la estadística de la mortalidad para razonar una presunción respecto de si determinada persona ha muerto ya a una edad dada o si vive todavía. Por lo demás, esta presunción debería en rigor lógico llevarnos también al resultado de conceder al poseedor anterior una *in rem actio* contra terceros (acción en pro de la posesión más antigua); pues una vez reconocida como fundada la presunción, ¿por qué habrá de restringirse a un solo caso? Ocurre con ésta lo que con la otra presunción que más arriba hemos rechazado, a saber, la de la legalidad o de la buena fe personal del poseedor. El elemento de verdad en esta opinión consiste en la idea de que en la posesión se trata de una prueba especial y más fácil de la propiedad—así llamamos a la posesión en este sentido, propiedad presunta, provisional, o, como Savigny, una sombra de la propiedad—; pero después de haber sentado *este hecho*, aún no se ha indicado el *fundamento*

del mismo, ni la necesidad de facilitar la prueba. Por nuestra parte, tratamos de hacerlo más adelante.

Del matiz de la indicada opinión, según el cual la propiedad *posible* es la que está protegida en la posesión (1), debe decirse que si con eso se quiere indicar el motivo legislativo de la protección posesoria, se agrava la dificultad más bien que se resuelve. El salto de la simple posibilidad de la propiedad a la protección de la posesión, es aún más grande que aquel que parte de la probabilidad; ¿por qué, en verdad, deberá ser protegida una simple posibilidad, y dónde encontrar, además, ejemplos de una protección semejante?

La segunda opinión que toma el fundamento de la protección de la posesión en la propiedad, es

4.—LA DE GANS (2): LO QUE SE PROTEGE EN LA POSESIÓN ES LA PROPIEDAD QUE EMPIEZA

Uno de los efectos de la posesión, sin duda, consiste en la usucapición, y es perfectamente exacto que la *actio publiciana* protege, en la posesión *ad usucapionem*, la propiedad que empieza; pero, como ya hemos dicho, en diferentes ocasiones (3), sólo en la posesión *ad usucapionem*. La posesión del *malae fidei possessor* (4), por mucho tiempo que dure, no conduce a la propie-

(1) No se encuentra científicamente desenvuelta en ninguna parte, pero se apoya en expresiones ocasionales y en matices lingüísticos que no he reunido. No se trata aquí de la «posibilidad jurídica subjetiva» de Puchta (Curso, § 122), que no es más que, bajo otra forma, la expresión de su opinión misma y la cual se menciona más adelante.

(2) *System des röm. civil Rechts* (Sistema de derecho civil romano); Berlín, 1827, págs. 201-212. *Über die Grundlage des Besitzes* (Sobre el fundamento de la posesión); Berlín, 1839. Véase más adelante otro sistema del mismo autor.

(3) Rudoff en *Zeitschrift. f. gesch. R. W.*

(4) Se parte aquí de un supuesto muy poco fundado, a causa de ver la posesión como momento tan sólo para la relación jurídica de propiedad material, siendo así que *posseer* el medio es el primer paso en toda

dad, y, sin embargo, es protegida. Esta protección—y se trata aquí precisamente de la protección de la posesión como tal—no puede, pues, ser justificada desde el punto de vista que nos ocupa (1).

Aquí debería exponer mi propia opinión, pero prefiero aplazarla todavía y examinar antes las teorías absolutas.

relación jurídica que se cumple, y el cual en sí mismo entraña ya toda una relación especial de derecho. Por esto, no puede hablarse de verdadero *poseedor* de mala fe. Este *no posee* en rigor jurídico, sino que *detenta* la cosa, y la ley no le *protege*, no puede *protegerle* como, tal, sino en cuanto exteriormente se revele como poseedor de buena fe.—(N. DEL T.)

(1) Ciertamente como *paso* para la propiedad *legal* del aprovechamiento de objetos naturales dados, no; pues mirada la posesión en sí misma, no siempre es el *comienzo* de una propiedad que se hace (el arrendador, el prestatario, el depositario, etc.); pero, sin que la posesión sea eso, si se da a la propiedad un sentido más amplio, como realización de la relación total del aprovechamiento de los beneficios que las cosas reportan, la posesión es el comienzo de la propiedad, y sólo en atención a esto, es decir, en atención a que por ella se va a la realización plena de la relación jurídica (aplicación de la condición al fin) tiene el valor que tiene en el derecho.—(N. T.)