

La idea de la propiedad en el derecho de posesión material

I.—CORRELACIÓN EXTENSIVA DE LA POSESIÓN Y DE LA PROPIEDAD

El objeto de los capítulos siguientes (IX-XII) de este tratado, es probar que el motivo desenvuelto hasta aquí, de la protección posesoria, ha determinado toda la disposición de la teoría de la posesión, es decir, que la relación de la posesión con la propiedad ha sido el punto de vista que guió a los juriconsultos romanos cuando han trazado la teoría posesoria. En apariencia las deducciones que siguen traspasan los límites de mi objeto; pero, en realidad, contienen el complemento y la prueba de la idea fundamental de todo el trabajo. Si la posesión, tal como yo la concibo, no es en sí misma más que una relación desprovista de importancia jurídica, que sólo recibe el reflejo de la importancia jurídica de la propiedad, la relación entre la posesión y la propiedad, tal como se entiende generalmente, cambia por completo. En efecto, mientras esta teoría parte de la posesión y de ahí llega a la protección posesoria como a una consecuencia, investigando a la vez las condiciones de la posesión en el examen de la relación de hecho con las cosas, que nosotros llamamos posesión en la vida común, el camino que yo sigo toma una dirección completamente contraria. Partiendo de la propiedad, yo llego primero a la protección posesoria y sólo

después llevo a la posesión. Para mí, la teoría de las condiciones de la posesión no nace de la posesión misma, sino que ésta se halla exclusivamente determinada por el fin práctico de la protección posesoria. Sea lo que fuere la posesión, que exista o que falte, según la idea que de ella se forma en el curso de la vida, yo no tengo por qué preocuparme ante las consideraciones que se desprenden de ese fin práctico. La completa independencia de la protección posesoria frente a la existencia natural de la posesión, es decir, la circunstancia de que una posesión puede existir en el curso ordinario de la vida, sin ser reconocida, esto es, protegida como tal, por el derecho y viceversa, la circunstancia de que la protección posesoria se conceda allí donde falta la posesión en ese sentido, no tiene nada de sorprendente dada mi teoría, que hace depender la cuestión de la protección, no de la definición de la posesión, sino del interés de la propiedad (1), mientras que la misma circunstancia es un verdadero enigma en varias de sus aplicaciones, según la teoría de Savigny. Si ha de buscarse en la posesión misma el motivo, el fundamento de su protección, ¿cómo es que el derecho llega a negar esta última en casos en que la posesión tomada en ese sentido existe y la concede en casos en que la posesión falta?

Pasemos ahora a mostrar desde un doble punto de vista la influencia decisiva que ha ejercido la idea de la propiedad sobre la formación de la teoría de la posesión material.

1. Con respecto a la esfera de aplicación de la noción posesoria:—*los límites de la posibilidad para la propiedad son tam-*

(1) Igual ocurre cuando se mira a la persona y se ve en la condición de la posesión actual, material (pero que es fundada) o futura, una exigencia jurídica racional por tanto de aquélla. La propiedad, después de todo, pide protección jurídica, porque es el resultado de una manifestación de la actividad humana para cumplir fines racionales: acción de su actividad sobre la naturaleza con el objeto de aprovechar toda la utilidad que la naturaleza le ofrece como conjunto de medios. La posesión de los medios por la persona, condición esencial para verificar la relación económica, es lo que se protege, según repetidas veces se dijo, en los remedios posesorios.—(N. DEL T.)

bién los de la posesión: posesión y propiedad son perfectamente paralelas.

2. Con respecto a las condiciones *internas* de la noción posesoria, es decir, a la cuestión de la existencia y las condiciones del nacimiento y de la continuación de la posesión:—el punto de vista dominante en la formación de esta teoría ha sido: *la imitación de la propiedad en su manifestación exterior normal: la posesión en la exterioridad, la visibilidad de la propiedad.*

Para establecer la correlación extensiva de la propiedad y de la posesión son precisas dos condiciones:

- a) La prueba de la posesión *no va más allá* de la propiedad:—*allí donde no hay propiedad no hay posesión.*
- b) La prueba de la misma se extiende precisamente tanto como la propiedad:—*allí donde puede haber propiedad puede haber también posesión.*

a) DONDE NO HAY PROPIEDAD NO HAY POSESIÓN

Allí donde no se puede concebir la propiedad, sea porque la cosa no puede ser objeto de ella, sea porque la persona no puede ser el sujeto, el derecho se pondría en contradicción consigo mismo si quisiera proteger provisionalmente la relación exterior de la persona con la cosa, como propiedad de hecho (1).

(1) Acentuando aún más ciertas declaraciones hechas en las notas, puede quizá afirmarse que la separación *real* de la posesión y de la propiedad resulta de una abstracción. No hay *posesión* que no lleve a la propiedad del medio jurídico, porque con poseer una cosa no se satisfacen las necesidades para que sirve. En este respecto nos parece muy razonado lo que dice Ihering. Como también que la protección posesoria se funda en la propiedad, pero no en el sentido que Ihering afirma, sino en cuanto la propiedad es de la persona; esto es, se protege la posesión porque el *poseedor* es persona que se ofrece teniendo la cosa o debiendo tenerla, como persona que se produce bien y honradamente en aquella relación especial. La distinción respectiva de propiedad (exclusiva, dominio), y la posesión (tendencia material) es formal y depende de ciertas necesidades de organización social y hasta del influjo del derecho roma-

Lo que no es posible no puede existir de hecho. Así el derecho romano excluye la protección de la posesión cuando falta la *capacidad subjetiva u objetiva*, a causa de este obstáculo que aparece en la persona o en la cosa.

Ya hemos demostrado muchas veces en la crítica de las diversas teorías posesorias, que esta proposición del derecho romano no puede en manera alguna armonizarse con aquellas teorías que no fundan la posesión sobre la propiedad (1). ¿Qué importa la capacidad de la persona o de la cosa, si no se trata más que de saber si el orden jurídico o la personalidad han sido perturbados por un acto de violencia, o si la voluntad ha sido ultrajada por la cesación de la relación de hecho? No recuerdo haber encontrado una respuesta satisfactoria a esta objeción en ninguno de los autores o defensores de esas teorías. Savigny se limita al simple aserto de que los casos de incapacidad posesoria objetiva y subjetiva «son la consecuencia inmediata de la noción de la posesión» (p. 124); pero no añade una sola palabra para motivar este aserto. Todo lo que dice es que las *res extra commercium* no pueden ser poseídas (p. 124); que es muy natural que los esclavos sean incapaces de toda posesión jurídica, puesto que no tienen derecho alguno (p. 127), y que la incapacidad de los hijos de familia resulta de la regla general, según la cual no pueden tener *derechos patrimoniales* (p. 126). No me ha sido dado descubrir dónde Savigny encontraría el derecho de decir que eso *es muy natural*. Y, en efecto, ¿qué es lo que la capacidad de tener derechos patrimoniales tendrá de común con la noción de la posesión, según Savigny? La posesión no es para él un derecho patrimonial, no es más que el teatro donde se cumple una injusticia cualquiera, dirigida contra la persona y es

no. Cuando se separa en la propiedad inmueble, p. ej., el *dominio* y la *tenencia* (según dice el art. 433 del Cód. civil esp.), ambos sujetos son... propietarios, cada uno de sus *medios* y para el goce de éstos, y ambos *poseen* aquellos aprovechamientos de que la misma cosa es susceptible. (N. DEL T.)

(1) Es muy distinta en la teoría de Hufeland, l. c., p. 73, 83, y de Thibaut, § 210.

completamente indiferente que ese teatro sea un *locus publicus* o un *locus privatus* (p. 13).

Será acaso útil examinar un poco más de cerca la posición del hijo de familia, en la relación de posesión, tanto pasiva como activamente, es decir, tanto como objeto cuanto como sujeto de la posesión. La relación de hecho del padre de familia con el hijo no puede ser considerada como posesión; así está expresamente declarado en la L. 1, § 8, *de poss.* (41, 2), no siendo, por otra parte, más que una aplicación de la regla general, según la que las personas libres no pueden ser poseídas. Desde mi punto de vista, eso se explica muy fácilmente, porque el poder jurídico sobre el hijo de familia no es como el que se tiene sobre el esclavo, considerado como propiedad, sino como *patria potestas*; así que con la posibilidad de la *reivindicatio* (1) cae también la de la protección posesoria. Yo espero de mis adversarios la explicación de esta regla. El hijo de familia, ¿está menos bajo la potencia del padre que lo está el esclavo bajo la protección de su señor? ¡No, ciertamente, en el *hecho* al menos! Si el señor conserva la posesión del esclavo huído, y eso que su potencia se ha reducido, de hecho, a nada, se hubiera podido concedérsele también sobre el hijo sometido a su dominio. Si se reflexiona acerca del carácter jurídico de este poder, el dominio jurídico sobre el hijo, atendiendo a su idea originaria, era, como es sabido, completamente idéntico a la del amo sobre el esclavo, una *potestas*, lo mismo que este último, y la debilitación que sufrió a través del tiempo no le ha quitado ese carácter. La *potestas* sobre el esclavo ha sido también templada en el derecho nuevo, y, sin embargo, no se ha vacilado nunca en considerar su existencia como una posesión. Desde el punto de vista de la teoría del delito y de la voluntad, no se puede comprender de ninguna manera por qué los romanos no habrán visto en la retención de un hijo de familia una perturbación del orden público o una lesión de la voluntad del padre de familia, lo mismo que en la retención de un esclavo.

(1) L. 1, § 2, D. d. R. (6, 1).

Pero el simple poder físico sobre un hombre no es la posesión; de otra suerte, el hombre que yo he encadenado debería encontrarse en mi posesión (1); y, en efecto, que se sea un animal o un hombre al que yo haya encadenado, es indiferente, en lo que se refiere a la dependencia *de hecho*, del uno o del otro, de mi voluntad. La unión del elemento jurídico todavía no da a ese poder el carácter de la posesión. El poder físico sobre los objetos animados o inanimados no tomó el carácter de posesión, sino *cuando el poder jurídico correspondiente es la propiedad* (2).

Trataremos ahora de la incapacidad posesoria del hijo de familia. No puede recibir una explicación satisfactoria más que desde el punto de vista de nuestra opinión (3). El hijo de familia no puede poseer nada, en tanto y porque no puede tener nada propio; ¿para qué, en verdad, le serviría el remedio protector de la propiedad, si ésta no puede concebirse en su persona? Precisamente por ese motivo, a la inversa, es por lo que el *filius familias* es capaz de poseer lo que está en su *peculium castrense* (4). Es necesario, pues, para ser consecuente aplicar, en derecho moderno, la regla inversa a todos los hijos, desde

(1) Véase, en sentido contrario, L. 23, § 2, *de poss.*

(2) Lo cual quiere, al fin y al cabo, decir que la posesión sea en el fondo justa, que es cuando *puede* aspirar a ser protegida, y ya dijimos que cuando en el hecho resulta protegida una tenencia que luego resulta *injusta*, es porque mientras se protegió se ofreció como *justa*. Claro es que nunca puede ser ni aparecer la posesión como justa cuando hay incapacidad (objetiva) en la cosa.—(N. DEL T.)

(3) V. además otros. Aprovecho esta ocasión para citar la L. 38, párrafo 6, *de V. O.* (45, 1) que no deja de tener importancia para el asunto. El jurisconsulto se pregunta si la estipulación del hijo de familia que tiende a *sibi habere licere* es válida en derecho. Para la afirmativa hace valer primero que: *Auferri res ei et ipse eadem auferre potest*, pero combate esta razón porque: *No factum, sed jus in hac stipulatio, tamèn sic esse accipiendum, ut in filio familias videatur actum esse* DE POSSESSIONE retinendae AUT NON AUFERENDA et VIRES HABEAT STIPULATIO.

(4) L. 4, § 1, *de usurp.* (413)—*usucapiet.*

que este impedimento ha sido eliminado por medio del desenvolvimiento del patrimonio separado de los hijos de familia —consecuencia que la glosa ha reconocido y a la cual Savigny también se refiere. Aun con esto se ha intentado buscar otro motivo. No queda más que uno admisible, a saber: que la relación personal de dependencia, en la cual la potencia paternal coloca al hijo de familia, excluye la posibilidad de la voluntad de poseer. Pero el caso del *filius familias miles* demuestra cuán poco se opone la relación de dependencia a la voluntad de poseer y a la posesión. En el hecho, como en derecho, no hay en cuanto a la *potestas* diferencia alguna entre él y el *filius familias paganus*; y sin embargo, la capacidad de poseer es reconocida al uno y no al otro. La decisión de la L. 44, § 7, *in f. de usurp.* (41, 3) (1) nos muestra cuán poco entra la voluntad, en general, en cuenta para la relación posesoria del hijo de familia. Un hijo de familia, durante la ausencia del padre, compra a nombre de éste, y recibe ciertas cosas; el padre muere lejos: ¿qué ocurre con la posesión? Respuesta: desde el momento de la muerte del padre (y no desde el momento en que el hijo lo sabe), el hijo ha tenido la posesión. ¿Por qué? Desde ese instante llega a ser *sui juris*, *suus heres*, propietario, y además, por una consecuencia inevitable a los ojos del jurisconsulto, poseedor. Y, sin embargo, no se ha producido el menor cambio en su voluntad; después, como antes, se creía hijo de familia, y quiere detener para su padre. No es, pues, la falta de voluntad lo que excluye al hijo de familia de la posesión, sino la falta de capacidad para ser propietario; en cuanto adquiere ésta, adquiere también, como consecuencia, y sin su voluntad, la capacidad de poseer y la posesión. Según esto, los jurisconsultos romanos negarían la posesión al hijo de familia, que hubiera sabido la falsa noticia de la muerte de su padre, a pesar de su voluntad de poseer.

(1) Savigny no encuentra nada que decir de esta decisión inarmónizable con toda su teoría, y sobre todo con su sistema del *animus domini*, sino que contiene algo que parece singular (p. 126).

De ahí resulta que el obstáculo a la posesión del hijo de familia, no está en la potencia, sino en su falta de capacidad para ser propietario, allí, donde esta capacidad existe, como en el *filius familias miles* la *potestas* no es un obstáculo. La posesión del hijo de familia nos proporciona una prueba para las dos proposiciones que tenemos que demostrar: *donde la propiedad no es posible, la posesión no lo es; donde la propiedad es posible, la posesión lo es...*; en cambio, estas proposiciones son, en mi concepto, completamente inexplicables con todas las teorías posesorias, que toman un punto de partida, distinto del de la propiedad.

Réstame por examinar una relación en la cual se podría ver la condenación de la proposición que he emitido más arriba. *Forum autem et basilicam hisque similia NON POSSIDENT (municipes) sed promiscue his UTUNTUR*, dice Paulo en la L. 1, § 22, *de poss.* (41. 2). Y sin embargo, la ciudad tiene un derecho de propiedad sobre esos objetos. He ahí, pues, se dirá, ese supuesto paralelismo de la posesión y de la propiedad por tierra. Todavía no, diría yo, porque yo niego el punto de partida. Ya he combatido en otra parte (1) el aserto de que la relación del Estado con los objetos de uso común (*res publicae*) deba ser considerada como propiedad; y me veo obligado a repetir aquí lo sustancial de mis argumentos, porque los escritos de circunstancias en las cuales lo he desenvuelto no habrán llegado a manos sino de muy escaso número de mis lectores.

Parto del principio de que la noción «pertener» (*gehören*), (*alicujus esse*) y la de la propiedad no son una sola y misma cosa, sin que, por el contrario, una cosa puede *pertenecerme* (*gehören*) sin estar en mi propiedad, es decir, sin estar sometida a los principios enunciados para ésta, en lo que concierne a la adquisición, la pérdida, la protección, la copropiedad, etc., et-

(1) En los dos informes que yo he emitido, a petición del gobierno del cantón de Basilea (ciudad), n.º I, Leipzig, 1862, p. 35; número 2, Basilea, 1862, página 3, 20; V. también el *Esp. del D. R.* III, p. 336, nota 476.

cétera. Mis cabellos *me pertenecen*, y los mechones de cabellos cortados son objeto de comercio y de propiedad; pero mientras están adheridos a mi cabeza no se puede aplicarles la noción de posesión y de propiedad (1). Las *res sacrae* pertenecen a las comunidades religiosas (2), las *res religiosae* a personas privadas, y esa relación jurídica tocaba muy de cerca a la propiedad (3), porque era una relación de la cosa con la persona, protegida por las acciones con un destino limitado, pero exclusivo para un cierto fin (4). Sin embargo, los romanos no la comprendían bajo la noción de propiedad, porque en otro caso hubieran declarado aplicables toda una serie de principios que no tenían aplicación a esas cosas, tales como la libertad de enajenar, la posibilidad de la copropiedad, el establecimiento de servidumbres, la usucapición, etc., etc. ¿Qué ocurre ahora con las *res publicae*? Su destino no es servir al Estado como persona jurídica, sino a los ciudadanos (*usus publicus*) (5). Ahora bien;

(1) L. 13, *pro ad leg. Ag.* (9, 2), *Dominus membrorum suorum nemo videtur.*

(2) Frontinus, *De contr. agr.*, II (*Grom. vet. ed., Lacmann, p. 57*), *De oede Minervae jam multis annis litigant (Adriementini et Pysdritani)*

(3) L. 2, § 3, *De int.* (43, 1)... *Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, VELUTI PROPRIETATIS CAUSAM continent.*

(4) V. los textos en que me fundo en el *Esp. del D. R.*, I. c., p. 335.

(5) Esta distinción entre la idea *pertenecer* y la de *propiedad*, exacta en cuanto se alude a la propiedad plena como facultad de *gozar y disponer* de una cosa con todas las consecuencias que esto supone, la sostiene con respecto a los bienes, según las personas a quien *pertenecen*, nuestro Código, y en general, se ve en los códigos modernos. Así, por ejemplo, Ricci, al hablar del italiano, lo hace notar, advirtiendo que la relación de pertenencia de los bienes de dominio y uso público con el Estado, más que el derecho de propiedad, implica una *función* que respecto de ella y mediante ella cumple el Estado. En mi concepto, la relación de propiedad respecto de estos bienes, se establece entre la sociedad *total* (nación, provincia y municipio) y la cosa, resultando la diversa manera de verificarse otras relaciones jurídicas de la naturaleza especial de estas personas colectivas.

En nuestro Código, la distinción, digo, se advierte también, y basta

puede conciliarse perfectamente con ese destino una relación jurídica secundaria del Estado con esas cosas, y yo reconozco que la pretensión del Estado a la renta de las *res publicae* (1), lo mismo que la propiedad que le corresponde sobre esas cosas en el caso en que la *res publica* se transforma en *res privata*, ex-

para demostrarlo (aun cuando los términos no se empleen siempre bien), tener en cuenta: 1.º, que de la propiedad como «derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», se trata en título distinto de aquel en que se especifican los bienes, según las personas a que pertenecen; 2.º, que clasifica el Código los bienes como de *dominio* público o de *propiedad* privada (art. 338); 3.º, que en el artículo 339 especifica los bienes de dominio público, y en el 340 habla de todos los demás bienes *pertenecientes* al Estado que tienen el carácter de propiedad privada, y en el 341 añade, que «los bienes de *dominio* público, cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado». El Código también afirma esta distinción respecto de los municipios y provincias; según el art. 346, «los bienes de la provincia y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales», y son bienes de uso público (art. 344) «en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos y provincias. Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales, y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales». Por fin, en el artículo 345, se indica la existencia de la propiedad privada, individual y colectiva.

Para comprender bien estas ideas, es necesario tener presente la diferencia entre el Estado y la sociedad y que ésta es persona jurídica en sí misma, con su finalidad *racional* y por ende con su derecho de propiedad. El Estado, persona jurídica también, representa a la sociedad, pero no la absorbe.—(N. DEL T.)

(1) Por ejemplo, la hierba que crece a lo largo de las vías públicas, los árboles que están plantados en ellas, el *solarium* de una *superficie* erigido sobre un terreno público (L. 32, *De cont. emt.*, 18, 1; L. 2, § 17, *ne quid in loc. pub.*, 43, 8). Es preciso colocar también en esta categoría el derecho del fisco sobre la mitad del Tesoro encontrado en un fundo público, según el § 39, I, *De rer. did.* (2, 1). Según la L. 3, § 19, *De F. fisci* (49, 14), ese derecho se concedía al fisco sobre los tesoros encontrados *in locis religiosis aut in monumentis*.

ceden de la noción del *jus magestatis*, al cual Keller (1) ha querido limitar el derecho del Estado sobre la *res publicae*, y le dan el carácter de derecho privado (2). Pero, ¿es necesario admitir ese derecho como *propiedad*? He ahí lo que yo niego. Si se quiere ampliar esta expresión en el sentido indeterminado de pertenecer jurídicamente, como cuando se habla de la propiedad de un crédito o de una letra de cambio, o de una propiedad literaria, entonces no tengo nada que objetar: los mismos romanos se han permitido semejante inexactitud ante la falta de otra expresión (3). Pero es cosa muy distinta aplicar a esa relación la noción de propiedad, y he ahí toda la cuestión, pues eso implica la aplicación de todas las reglas de la teoría de la propiedad. La aplicabilidad de la noción de propiedad a las *res publicae* está claramente denegada en derecho romano, porque no sólo esas cosas están puestas en oposición con el *verdadero* patrimonio del Estado (*patrimonium, pecunia, bona populi, fisci*) (4) sino

(1) En la opinión emitida con ocasión del proceso mencionado más arriba reproducida en el suplemento al informe relativo a las fortificaciones de Basilea (J. Rüttimann, Zurich, 1860) y en sus Pandectas, § 48.

(2) Nace siempre este modo de ver las cosas del influjo del derecho romano, aquí por las consecuencias que se desprenden de la aceptación y aplicación de la distinción entre derecho *público* y *privado*. Las cosas *públicas* (carreteras, plazas, etc.), son de la nación, y mientras se destinan al uso común (necesarias) no pueden destinarse a otro uso; pero desde el momento en que cese la necesidad (por ejemplo, el terreno que se ocupe para una carretera, y que por variar el trazado no se usa para carretera), la cosa llamada pública entra en el comercio general y entonces obra respecto de ella el Estado en *representación* de la nación.—(N. DEL T.)

(3) Ella dice, por ejemplo, *dominium usufructus* (por oposición a la expresión: *possessio usufructus*) L. 3, *Si usufr.* (7, 6), *dominus hereditatis*, L. 48, pr., *De her. inst.* (28, 5), *dominus sepulchri*, L. 6, sep. nol. (47, 12).

(4) L. 6, pr. L. 72, § 1, *De cont. emt.* (18, 1), L. 14, pr. de A. R. D. (11, 1). L. 2, § 4, *ne quid in loco* (43, 8), L. 17, pr. de V. S. (50, 16). Ante esos pasajes no es dudoso que la expresión *res publicae* NULLIUS IN BONIS esse creduntur (L. 1, pr. de R. D., 1, 8), y *sacrae res et religiosas et sanetae* NULLIUS IN BONIS sunt no pueden significar más que la negación de la propiedad privada.—Sobre esta nota y sobre el pasaje citado de mi *Esp. del D. R.* me ha dirigido una comunicación el Doctor Von Kernstorff

que también se encuentra formalmente discutida en lo que les concierne la aplicación de las nociones que suponen las cosas susceptibles de ser el objeto de un derecho de propiedad, por ejemplo, la usucapión, la venta, las servidumbres, la estipulación, etc. (1). Así no es en virtud de una casualidad por lo que los jurisconsultos romanos evitan cuidadosamente la expresión *dominicum* hablando de esa relación, y cuando quieren designar el derecho del Estado sobre esas cosas se sirven de la expresión indeterminada *jus civitatis*. (2).

No veo la necesidad de abandonar esta apreciación. En efecto, si se alega que la *res publica* sustraída al uso público, cae en la propiedad del Estado, esta alegación, por una parte, no es generalmente verdadera (*alocus derelictus e insule in flumen nata*), y en cuanto lo es (camino, plazas públicas), está contrabalanceada por la *res religiosae* (3); en ambos casos cesa el obstáculo que se oponía hasta aquí a la admisión de la propiedad, la cosa pasa a ser *res in commercio*, objeto de la propiedad privada común, pero de esto no se desprende consecuencia alguna para el pasado. Las rentas accesorias de las *res publicae* no prueban nada; atestiguan que la relación jurídica del Estado con

de Ausburgo, en la cual explica que en la L. 49, de V. S. (50, 16) la expresión *bona* abraza, no sólo la propiedad, sino todas las formas y especies de haber jurídico, y que, por tanto, la frase de que me ocupo en esta nota: *nullius in bonis sunt*, debe ser entendida únicamente respecto de la propiedad; pero que, sin embargo, no está en contradicción con mi teoría, porque no toca la cuestión del derecho del Estado, en tesis general, sino que sólo niega a los particulares (*nullius*) una pretensión jurídica sobre esas cosas. Dudo que esta tentativa de explicación pueda parecer satisfactoria, porque si *in bonis esse* debiera significar sólo el haber jurídico, se podría oponer a la tentativa de referir la negación sólo a los individuos, y no al Estado también, la objeción de que bajo la palabra *nullius* están comprendidas, no solamente las personas físicas, sino también las personas jurídicas.

(1) L. 83, § 5, de V. O. (45, 1), L. 34, § 1, *De cont. emt.* (18, 1), L. 1 pr. de S. P. U. (8, 2), L. 9, *De usurp.* (41, 3), L. 2, *De via publ.* (43, 11).

(2) L. 2, § 2, *Ne quid in l. publ.* (43, 8)..., *loca publica privatorum usibus deserviant JURE scilicet CIVITATIS, non quasi propria cujusque.*

(3) L. 44, § 1 *de relig.* (11, 7).

ellas, no es sólo una relación de derecho público, sino también de derecho privado; pero no prueban que esa relación pueda ser sometida a la forma del derecho de propiedad. Mientras subsista otra forma jurídica de tener—y la relación de la *res sacrae y religiosae* nos proporciona una prueba—el jurisconsulto no estará obligado a abandonar el lenguaje correcto del derecho romano, y atribuir al Estado una propiedad a la cual falta todo lo que caracteriza la diferencia entre la propiedad y esa relación.

El sistema desenvuelto hasta aquí, y el paralelismo que sostengo entre la posesión y la propiedad, encuentran en la L, I, § 22 de *poss.*, citada más arriba, un apoyo sólido por el cual se completan mutuamente. En efecto, negando la posesión de las *res publicae*, y sustituyéndola con el *usus publicus*, ese pasaje reconocía mi proposición: allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, y suministra así un nuevo argumento contra la teoría de la propiedad del Estado sobre la *res publicae*. Si el Estado tuviese la propiedad de esas cosas, ¿por qué la jurisprudencia romana no habrá reconocido ahí como posesión la exterioridad de esta propiedad, y por qué habrá negado al Estado la protección posesoria que tiene una importancia tan grande desde el punto de vista de la protección de la propiedad?

b) DONDE LA PROPIEDAD ES POSIBLE, LA POSESIÓN TAMBIÉN LO ES

Si la protección posesoria es un complemento de la protección de la propiedad, la posesión debe marchar siempre a la par con la propiedad, supuesto, por lo demás, que las condiciones de su existencia estén reunidas. Esta última reserva me pondrá a cubierto de la objeción de que la propiedad pueda continuar sin la posesión, porque para la continuación de ésta no basta que la *propiedad misma* continúe, sino que continúe su *ejercicio de hecho*.

La teoría romana de la posesión, ¿responde a esta exigencia?

No conozco relación alguna de propiedad en la cual sea desmentido el paralelismo entre la posesión y la propiedad de que aquí se trata. Allí donde admiten la propiedad, los jurisconsultos romanos admiten siempre también la posesión, aun cuando a este efecto se vean precisados a abandonar la noción escolástica de la posesión. Citaré, no como prueba de este último aserto, sino sólo como ejemplo de aquel paralelismo general, la copropiedad que en el terreno de la posesión tiene su correspondiente en la coposesión, de igual suerte que a la inversa la imposibilidad de una copropiedad *in solidum* tiene su correspondiente en la imposibilidad de la coposesión *in solidum*. Desde el punto de vista del poder físico, se hubiera llegado con gran dificultad a la coposesión; desde el punto de vista de la propiedad, resulta necesariamente como un reflejo de la copropiedad. En cuanto al primer aserto, creo poder fundarlo alegando las relaciones siguientes:

1. La posesión de los *niños* y de los *locos*. ¿Por qué admitir una posesión de las personas desprovistas de voluntad, si el motivo y el interés de la posesión descansan únicamente sobre la voluntad? (1). ¿Se debe, interponiendo su tutor, colocarles artificialmente en posición de sufrir un delito contra el cual estarían sin eso garantidos por su incapacidad natural de querer? Eso equivaldría, a mi ver, a obligar a un desdentado a poner su diente, con el único objeto de proporcionarle la posibilidad de tener dolores de dientes. ¡Bienaventurados aquellos que no tienen voluntad, si la importancia jurídica de la posesión consiste sólo en ser la relación bajo la cual la voluntad es herida y lesionada! Nadie negará que hacer abstracción de la voluntad con respecto a esas personas, constituye una de las más grandes anomalías de la teoría posesoria. Que no se diga que la vo-

(1) He aquí cómo regula esta relación posesoria nuestro Código civil. Según el art. 433, «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.— (N. DEL T.)

luntad de su representante suple la suya, porque por una parte eso no es cierto para el caso en que el poseedor se vuelva loco, al menos en tanto que no se le instituye una *cura furiosi* (1), y por otra parte, aun en la adquisición de la posesión por un representante, el representado mismo debe tener la voluntad de poseer.

Dada mi opinión, no hay necesidad de explicar ese fenómeno. No se podrá negar a esas personas la capacidad de poseer sin declararlas cuasi-incapaces de ser propietarias. La teoría debía amoldarse aquí a las necesidades de la práctica. Negándoles esta capacidad, se les hubiera obligado, en el caso de una *dejectio* violenta, a intentar la reivindicación a falta del int. *unde vi*; se les hubiera hecho, además, imposible la adquisición de la propiedad por tradición; en una palabra, lejos de mejorar su posición jurídica, que es lo que siempre se ha propuesto el derecho, se hubiera comprometido gravísimamente.

En el derecho nuevo, los *infantes* también pueden, como es sabido, adquirir la posesión sin tutor; por supuesto, sólo de las cosas que es costumbre dar a los niños (2). Apenas si hace falta advertir que esta concesión no está inspirada por la idea de la posesión considerada como dominio de la voluntad, sino por el interés de la propiedad. ¿Por qué esta limitación de la capacidad de poseer en caso de donación? Porque es el mismo caso en que

(1) La posesión continúa en ese caso: la L. 27 de poss. (41, 2), lo dice hablando de la posesión ejercida *animo*; la usucapción continúa, V. L. 4, § 3 y L. 44, § 6 de usuc. (41, 3). La consideración invocada en este último pasaje; *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat*, es aquella de que yo quiero servirme. Es quizá más importante aún para la protección posesoria que para la usucapción. Savigny (pág. 354) trata de justificar racionalmente esta continuación por medio de la ley que ha enunciado para la pérdida de la posesión (sobre la que volveré luego), el juriconsulto romano veía ahí una anomalía admitida *utilitate suadente*, es decir, bajo la influencia de la consideración alegada.

(2) Arg. L. 3, Cód. de poss. (7, 32) verb. CORPORE QUÆRITUR, L. 4, § 2 de usurp., (41, 3)... *et animum possidendi habeat*. Se aplica esto a los juguetes, a las golosinas y al dinero, pero no a las casas ni a los caballos.

se encuentra en la practica una adquisición de propiedad de parte de niños sin autoridad del tutor, o para hablar más exactamente, es el único caso en que hay interés en procurarles la posibilidad de adquirir. Sólo esta última consideración hace admitir la posesión, por lo que también aquí la posesión no se presenta sino al servicio de la propiedad.

Pudiendo decirse lo mismo;

2. Respecto de las *personas jurídicas*. No tienen voluntad natural de poseer, pero el obstáculo que algunos jurisconsultos romanos ponían ante esta circunstancia para quitarles la capacidad de poseer, no ha sido admitido en la práctica, y con razón (1). ¿Cómo explicar esta concesión si se tratase sólo de hacer posibles con respecto a esas personas los delitos posesorios, si la importancia de la posesión se apoya en la noción de la voluntad y en el derecho primordial de la personalidad a no ser lesionada en la libertad de su voluntad? Se trata de un fin más serio, se trata para la persona jurídica de la posibilidad de la usucapión y de la facilidad de la prueba concedida a la posesión en las discusiones sobre la propiedad.

3. A la muerte del poseedor, la posesión cesa, es verdad; pero ya hemos demostrado antes que el interés práctico de los vivos, al cual la posesión responde, ha sido plenamente satisfecho de otra manera en la sucesión hereditaria, y todo por medio de la continuación no interrumpida de la usucapión y de la *hered. petitio*.

4. La *cuasi posesión* viene a dar un poderoso apoyo a esta opinión. Si se llega a la *posesión* partiendo del derecho, si el motivo práctico de la posesión reside en el derecho, no sólo se concibe perfectamente bien la extensión de la noción de la posesión a todos los derechos en los cuales puede haber exteriorización del derecho, es decir, a los cuales corresponde un ejercicio duradero y visible, sino que también ese hecho contiene, para esos derechos, la última y necesaria evolución de su formación jurídica. No puede comprenderse cómo se ha llegado, por otra

(1) Comp. L. 1, § 22, L. 2 de *poss.* (41, 2).

parte, a semejante extensión de la noción posesoria, partiendo del *poder físico sobre la cosa*, porque esta extensión no conserva de la posesión ni el elemento de la *cosa*, ni el del *poder físico*, y no me es dado alcanzar el motivo en que se inspira esta caricatura de la posesión, que desfigura la supuesta idea fundamental hasta ponerla desconocida. La teoría de Savigny, si quiere ser sincera, no puede ver en la cuasi posesión más que una singularidad sin motivo alguno, una de las más terribles confusiones de ideas que haya habido nunca en el derecho, y en verdad, el abismo que separa el poder físico y la cosa de una parte, y de la otra el ejercicio de los innumerables derechos que pueden en el derecho moderno ser objeto de una *cuasi posesión*, abstracción hecha de esos dos elementos, es infranqueable. Este abismo no podrá salvarse sino mediante la idea de que esas dos formas de la posesión contienen ambas el ejercicio de un derecho, y cuando Savigny (192) se vale de este expediente, inevitable por lo demás, no lo hace sino a costa de una infidelidad con su teoría. Desde el instante en que recurre a la noción del ejercicio del derecho, confiesa que la idea del poder físico sobre la cosa no es una idea primordial y no tiene una importancia independiente para la posesión, que, por tanto, no puede servir de fundamento a toda la teoría posesoria, sino que no tiene más que la importancia secundaria de ser la forma bajo la cual se manifiesta la idea del ejercicio del derecho en la *propiedad*. Y desde el instante en que así se ha sustituido a la idea del poder físico la del ejercicio de los derechos, como idea fundamental de la posesión, la lógica no permite investigar el motivo último de la posesión en otra parte que no sea en los derechos mismos, y uná vez en este camino se llega a descubrir el movimiento paralelo de los derechos y de la posesión, y se alcanza al fin la convicción de que la protección de la *posesión* es un *complemento indispensable* de la *protección del derecho* (1). Así, la idea desenvuelta hasta aquí

(1) Idea ésta que en cierto modo es la que sustentan los señores Giner y Calderón (lugar citado), partiendo de que la posesión no implica meramente la tenencia material de los objetos y que no se refiere sólo a la

del paralelismo entre la propiedad y la posesión de las cosas encuentra la extensión completada por nuestro derecho consuetudinario moderno, de la *cuasi posesión*, a todos los derechos que de ella son susceptibles, ejemplo y apoyo que arrojan sobre ese paralelismo la luz más viva y que nos permitirá formular de una manera más general, como *exterioridad de los derechos* (ligados a un ejercicio de cierta duración), la *idea de la posesión*, que hemos debido concebir, aquí donde sólo la examinamos en su aplicación a la posesión de la cosa, como *exterioridad* de la propiedad.

relación de propiedad (económica), sino que la posesión es un momento esencial de la vida o cumplimiento de la relación entre el sujeto (persona) y la condición en virtud de la que se hace posible la aplicación de ésta a su fin correspondiente. Según esto, si la protección de la *posesión* es el complemento *indispensable* de la protección del *derecho*, pero como el *derecho* se protege ya mirando al ser del mismo, de ahí que el fundamento de la protección de la posesión radica en el respeto a la persona cuando vive y obra como ser de derecho. ~ (N. DEL T.).