

Medios de protección de la posesión

I.—LOS INTERDICTOS «RETINENDÆ POSSESSIONIS»

El primer ejemplo que en el derecho romano se encuentra de la posesión considerada como objeto de disposición jurídica, es la colación de los *Vindicæ* en el antiguo procedimiento reivindicatorio. El Pretor concedía los *Vindicæ* a una de las partes, o en otros términos, le asignaba la posesión mientras duraba el proceso. Esta medida puede tener un doble significado: o bien en cuanto confería al poseedor sólo las ventajas *de hecho* de la posesión, es decir, el goce de la cosa, o bien en cuanto le concedía, además, las ventajas *jurídicas*, es decir, le eximía del peso de la prueba. Esta última opinión ha sido sostenida recientemente todavía por una gran autoridad (1); pero, a pesar de esto, yo no puedo aceptarla. Según se expresa Gayo, el Pretor tenía libertad completa de acción en la colación de los *Vindicæ* (2); en tal supuesto, podía atribuirse la posesión hasta el mismo no poseedor. ¿Qué peligrosa influencia no hubiera podido ejercerse sobre el resultado del proceso, si de ese modo librase al demandante del peso de la prueba, que en muchos ca-

(1) Von Bethmann Hollweg, *Der civil process des gemeinen Rechts* (Procedimiento del derecho común), Vol. I, pág. 144.

(2) Gayo, IV, 16, *Secundum ALTERUM eorum vindictas dicebat, l. c., ALIQUEM possessorem constituibat*. En cuanto a las consideraciones por las que el Pretor acaso se determinaba, véase las conjeturas de mi *Espritu del derecho romano*, III, pág. 99.

sos decide el derecho. Los partidarios de esta opinión pierden de vista que el procedimiento reivindicatorio, en su más antigua forma, era un *judicium duplex*, en el cual las dos partes reivindicaban a la vez *Vindicatio* y *contravindicatio*), y tenían, por consecuencia, la obligación de probar en igual medida: de donde resulta que no era la prueba *absoluta* de la propiedad, sino la preponderancia *relativa* de los medios de prueba, lo que hacía inclinarse a la balanza (1).

Veamos ya qué punto de apoyo podemos sacar para nuestro asunto de esta institución. Encontramos, en primer lugar, el hecho interesante de que la posesión, desde sus primeras manifestaciones en la historia del derecho romano, se presenta en la más estrecha conexión con la propiedad y el debate sobre la misma. El posesorio, para emplear el lenguaje moderno, constituye una parte integrante del petitorio, y no se puede creer que el primero pudiera presentarse independientemente del segundo, porque la única forma conocida para nosotros, la colación de los *vindicæ*, no podía concebirse más que en un debate sobre la propiedad, y los interdictos *rei. poss.*, que sustituyeron más tarde a esta forma, y la separaron, no podían en absoluto haber existido al lado de ella. No se encuentra ejemplo alguno, en los antiguos tiempos, de semejante acumulación de dos remedios jurídicos relativos al mismo fin. La segunda observación que nos inspira el examen de esta institución, es que la cuestión de posesión es independiente de la violencia. Es verdad que la lucha ficticia por la cual comenzaba la *reivindicatio*, parece significar lo contrario, pero sólo en apariencia. La circunstancia de

(1) V. mis deducciones, l. c., pág. 90 y siguientes. Encuéntrase la misma relación en el antiguo procedimiento inglés de la propiedad, donde la cuestión planteada a los jurados no tendía a saber si el demandante tenía la propiedad, sino que estaba concebido así. *Utrum A vel B MAJUS jus habeant in terris illis*. Gneist. *Selfgovernment*, pág. 80. Un ejemplo más reciente que recuerda el juicio de Salomón se encuentra en Suetonio. Galba, c. 7: *Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus UTRIMQUE argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, ut ad lacum, ubi aduari solebat, duceretur capite imoluto atque ibidem reve lato ejen esset, ad quem sponte se a pouts recepisset.*

que el Pretor, como hemos notado, podía conferir los *vindiciae* aun al no poseedor, es decir, al mismo de parte de quien estaba la perturbación, muestra suficientemente que la colación de los *vindiciae* no podía tener por fin permitir al Pretor proteger al poseedor contra la perturbación del no poseedor. Esta lucha no tenía más que una importancia simbólica: hacer constar, conforme al espíritu del derecho antiguo, por hechos en lugar de palabras, la negación recíproca de la propiedad. El que el Pretor concediese la posesión a una de las partes, no era, pues, a causa de la perturbación; para eso la pretensión del poseedor a ser judicialmente protegido hubiera debido ser acogida por adelantado, y ocurría lo contrario precisamente, porque tal pretensión no era reconocida, y hacía falta regular de un modo provisional la cuestión de posesión mientras duraba el proceso. Se puede, pues, afirmar en cierto sentido, que por lo general en el más antiguo derecho la noción de la posesión no existía aún (1), porque no existe allí donde el poseedor no encuentra protección y reconocimiento como tal. Ocioso sería preguntar si en la época más remota se designaba a aquél que había obtenido los *vindiciae* con el nombre de *possessor*. Para probar que se veía en él cosa distinta del *possessor* de las épocas siguientes, es decir, que se veía en él, no sólo al simple tenedor de hecho, sino al propietario interino (*einstweiligen Eigenthümer*), recurriré, si no se quiere aceptar el testimonio que Tito Livio nos ha conservado (2) sobre el procedimiento reivindicatorio más antiguo, a un testimonio más reciente, que, a pesar de la separación rigurosa intro-

(1) En general puede afirmarse que la noción de la posesión, distinta por un lado de la mera tenencia y por otro de la propiedad, es una noción jurídica difícil y que como tal no puede encontrarse en el derecho positivo sino después que la cultura llega a cierto grado. Los pueblos primitivos son inhábiles para entrar en aquellos distingos que la posesión romana y moderna suponen. La distinción entre mero detentador y propietario es fácil, pero no lo es tanto la otra, al menos tal como va implícita al fin en la usucapición, y en cierto modo en el interdicto. — (NOTA DEL TRADUCTOR).

(2) Libro 3.º, 42: *Interim DOMINUM sequi aucillam aequum esse.*

ducida después de ese tiempo entre las nociones de la propiedad y de la posesión, aplica la misma expresión a la relación correspondiente del procedimiento nuevo. Un rescripto de Antonino Pío llama *propietario interino* (*interinus domini loco habetur*) al poseedor de la herencia que ha dado al demandante la caución que había, en lugar del *praedes litis ac vindiciarum* del procedimiento antiguo, y liga a ésto la consecuencia práctica de que los esclavos hereditarios no pueden ser sometidos a tortura contra él; disposición que Calistrato, a quien debemos esta noticia, aplica empleando las mismas expresiones a la reivindicación de un esclavo (1).

Propiedad interina; he ahí, pues, el sentido originario de la colación de los *vindiciae*, y no la atribución de la posesión neta en el sentido de la teoría posesoria moderna; sólo de este modo se puede comprender bien el debate sobre aquéllos. El procedimiento reivindicatorio no se mueve fuera del círculo de la propiedad; pero la pauta que el Pretor aplica al principio, difiere de la que empleara más tarde; se resuelve en una prueba *prima facie*, suficiente para el fin de la disposición provisional y muy distinta de la prueba completa que será necesaria para la decisión definitiva. El derecho antiguo nos muestra de esta suerte la posesión como una *posición de la propiedad*, conforme a nuestra teoría.

Pasemos ahora al derecho nuevo. Aquí la relación de sucesión histórica en que se encuentran los *ind. retinendae possessionis* con los *vindiciae* es tan evidente, que no podía dejar de ser advertida por todos (2). Según el testimonio de nuestras fuentes (V. más abajo), los interdictos fueron introducidos con el mismo fin que los *vindiciae* en el antiguo procedimiento, esto es, para regular la relación posesoria durante el proceso sobre la propiedad. Prodújose así, no sólo un cambio de forma, sino

(1) L. 15, § 2, *de quaest.* (48, 18).

(2) Me ha sorprendido encontrar esta opinión junto con una exposición muy notable de las *vindiciae*, en un autor en el cual no se la hubiera buscado ciertamente. V. Schilter *Praxis jus Rom.* Exerc. 16, § 30.

una transformación esencial y triple de la cosa. *Primeramente*, la cuestión de posesión, que era el objeto del poder *discrecional del Pretor*, llega a ser materia de una *decisión en justicia regulada*; la posesión no es ya *concedida*, sino *instruida*; o, en otros términos, se convierte la posesión en una relación independiente, separada de la de propiedad. En *segundo lugar*, esta transformación se halla en conexión estrecha con la influencia que ejercía la posesión en el nuevo procedimiento reivindicatorio, y que podía ejercer en virtud de su nueva organización, librando al poseedor del peso de la prueba. Este resultado era debido positivamente a la desaparición de la *contravindicatio* y a la transformación, que fué su consecuencia, del *judicium duplex* en *judicium simplex*. La *tercera* modificación, no menos esencial, consistía en la separación del posesorio y del petitorio. Mientras que los *vindiciae* no podían presentarse sino con ocasión del proceso reivindicatorio, con los interdictos ocurría otra cosa distinta. De igual manera que en la Edad Media, el *summariissimum*, que era su origen una disposición incidental del *ordinarium* (*portio interdicti uti possidetis*), se emancipaba de éste elevándose al rango de remedio legal independiente; así, por medio de esos interdictos, la cuestión posesoria se desligaba del proceso de propiedad. Difícilmente puede admitirse que la idea de la necesidad de proteger la posesión contra las perturbaciones frívolas haya sido decisiva en esta concurrencia, porque esos interdictos no concedían restitución alguna contra las perturbaciones pasadas; para éstas existían otros remedios, p. ej., el interdicto *quod vi aut clam.*, la *act. injuriarum*, *act. legis Aquiliae*. La separación provino, en mi sentir, de que no se podía impedir al propietario abandonar el auxilio enérgico de la reivindicación y de la negatoria, cuando el menos enérgico de los remedios posesorios le bastaba para lograr su fin. De esta manera ocurría ciertamente la posibilidad de que un poseedor que no aspirase de ningún modo a la propiedad, intentase con buen éxito los interdictos.

Esta independencia de la posesión que nos presenta al simple poseedor como tal, es decir, al ocupante arbitrario, al la-

drón, al bandido, como vencedor posible del propietario, encierra, como ya hicimos notar, el verdadero enigma de la posesión. Y hemos llegado ya al lugar en que la elección del camino que sigamos debe ser decisiva para el resto de nuestro estudio. Esta situación es el estado normal de la posesión: los interdictos han tenido por objeto declarar a esas personas dignas de protección en el grado mismo en que lo es el propietario, o bien la protección posesoria mira al propietario, y su extensión a esas personas no es más que una *consecuencia inevitable* (1). ¿Debemos ver en la propiedad el principio normal de los interdictos posesorios y el motivo de su introducción?

Oigamos la respuesta que nos da a esta cuestión el derecho romano:

1. El motivo *histórico* de la introducción de esos interdictos radica en el interés de regular la posesión en el debate concerniente a la propiedad.

Ante los testimonios inequívocos y repetidos de nuestras fuentes, que establecen ese punto de partida (2), toda tentativa

(1) Teniendo en cuenta el principio fundamental y poco estudiado de la ineficacia de la ley, para *garantir* todo estado de derecho, es indiscutible lo de la consecuencia inevitable, pues no se puede suponer la *intención legal* de proteger al indigno. Se le protege en cuanto aparece *que no lo es*. Por lo demás, siempre hablando desde un punto de vista *general*, la protección de la posesión, aunque condicione la propiedad, se explica por la *dignidad jurídica* de la posesión, la cual supone en sí misma un estado de la persona en su relación con los medios, que exige respeto y determina todo un conjunto de obligaciones. Verdad es que para explicar bien esto, debe no olvidarse nunca la distinción entre la posesión como momento jurídico y la consideración positiva de la misma como paso para la prescripción, todo lo cual depende del organismo social del derecho positivo y de sus exigencias. En rigor, y sin atender a estas exigencias, no es fácil suponer una posesión quieta, en suspenso, que no entrafie el goce actual (propiedad) de la cosa, y en tal sentido, la protección de la posesión implica protección de propiedad, aun cuando no implique la definitiva garantía: el goce de la cosa que entrafía el concepto *positivo y social* de la relación *exclusiva* de propiedad.—(N. DEL T.)

(2) Gayo, IV, § 148. Ulpiano, L. 1, *de uti poss.* (43, 17), § 4, *de interd.* (4, 13) Irofilo, *ibid.*

para dar a los interdictos otra explicación debe resultar infructuosa (1). No es, ciertamente, el pensamiento de colócar bajo la égida del derecho los bienes, aunque procediesen del robo, lo que ha hecho nacer esos interdictos, sino la idea realizada ya en los *vindicæ* del procedimiento más antiguo, de *regular provisionalmente la relación de propiedad*. Miraban, pues, la posesión desde mi punto de vista, considerando la como obra avanzada, como una *posición de la propiedad*.

2. Esta relación de los interdictos con el debate sobre la propiedad se reprodujo continuamente en la época más moderna del derecho romano.

En nuestras fuentes no se trata casi nunca de aquella sin que al propio tiempo se haga alusión al debate sobre la propiedad (2).

L. 35 de POSS. (41, 2). *Exitus controversiæ POSSESSIONIS hic est tantum, ut prius pronunciet iudex, uter POSIDEAT... et tunc de DOMINO queratur*

L. un. COD. UTI POSS. (8, 6)... *de PROPRIETATE cognoscat.*

L. 1, COD. de interd. (8, 1)... *orta PROPRIETATIS et POSSESSIONIS lite prius possessione decidi oportere quæstionem competentibus actionibus ut ex hoc ordine facto de DOMINII disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur.*

L. 13, COD. de REIN (3, 32). *Ordinarii juris est. ut municipiorum orta quæstione prius exhibitis mancipiis de POSSESSIONE iudicetur ac tunc demum PROPRIETATIS causa ab eodem iudice decidatur.*

(1) Hasta Savigny no se ha intentado, que yo sepa. V., p. ej., la *glossa* y los comentarios sobre la *Instituta* de Jano, Costa, Vinnio, Otto, al texto citado; contra la tentativa de Savigny, v. Von Vangerow, *Pandectas*, § 336, n. 1.

(2) Igualmente en el procedimiento de libertad, la *promuntiatio* sobre la relación posesoria, es decir, sobre la cuestión de saber si el supuesto esclavo estaba *in possessione libertatis* o *servitutis*, era el primer acto del *judicium liberale*. L. 7, § 3, de *lib. causa* (40, 12).

L. I. COD. *si de NOM POSS.* (7, 69)... *ita POSSESSIONIS reformationem fieri oportet, ut integra omnis PROPRIETATIS cause servetur.*

I. *un.* COD. *Theod.* UTRUBI (14, 23)... *bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri (éste es por medio del interd. utrubi) tunc causas origines (colonorum) et PROPRIETATIS agitari (en el Cod. Just. la L. 14, de agric., II, 47).*

En las mismas Basílicas (50, 3, 72), el interdicto *uti possidetis* se pone siempre en relación con la propiedad:

Quando de possessione movetur actio uti possidetis, is vincit, qui nec vi nec clam nec precario possidet: et DEINDE aut satisfacit et suscipit REINDIVICATIONEM aut non satisfacit et possessio ad alterum transfertur.

Al posesorio, pues, que es el primer paso, se refiere (*deinde*), como una consecuencia necesaria, el petitorio.

Esta asociación de ideas entre la posesión y la propiedad, o entre el posesorio y el petitorio, se representa también en sentido inverso, es decir, que además de los textos que mencionan el petitorio con ocasión del posesorio, hay otros que mencionan a éste con ocasión del petitorio: así se ve, por ejemplo:

L. 24, de R. V. (b. 1): *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem.* L. 3, *Cod. Theod. unde vi* (4, 22), i. f. L. 3, *Cod. fin seg.* (3, 39).

3. El posesorio y el petitorio se designan como partes del mismo debate jurídico, el segundo como *causa principalis*, el primero como preparación.

La L. 3, *Cod. Theod. de judic.* (2, 18), ligeramente modificado en la L. 10, *Cod. Just. de judic.* (3, 1), contiene un edicto de Constantino, en el cual prohíbe llevar el posesorio y el petitorio ante dos jueces distintos; llega hasta prohibir, con imposición de penas, el pedir dispensa imperial de esta disposición. Esta cons-

titución es interesante para nosotros, por la manera de expresarse acerca de la relación entre el posesorio y el petitorio. Los indica como un todo (*QUI CAUSÆ CONTINENTIAM dividit*) como un proceso que *in uno eodẽmque iudicio poterat terminari*, y el debate *super possessione* se opone al *SUPER PRINCIPALI quæstione* (1).

En la L. 1, § 45, *de aqua quotid* (43, 20), Ulpiano coloca en oposición con el interdicto posesorio, que sirve para garantir el derecho sobre aguas, un interdicto que tiene por condición la prueba de ese derecho, y advierte respecto de ese último:

In hoc interdicto totam quæstionem finire assignationis, non enim PRÆPARAT hoc interdictum causam ut superiora interdicta, nec ad POSSESSIONEM TEMPORARIAM pertinet, sed aut habet jus assignatum sibi aut non habet et INTERDICTUM TOTUM FINITUR.

Los interdictos posesorios, pues, dice, que se refieren únicamente a la posesión temporal (*ad possessionem temporaria pertinent*); no resuelven el debate mismo como el interdicto en cuestión, sino que preparan sólo la decisión final y definitiva (*præparant causam*).

Así, también, la L. 5, *Cod de poss.* (7, 32) ha podido emplear para la protección posesoria prometida al implorante la expresión: *Præses DOMINII TUI JUS convelli non sinet*. La protección de la posesión corresponde al *jus dominii*; retirarla sería prejuzgar la protección de la propiedad, *jus dominii convellere* (2).

(1) En otra parte véase *causa principalis*, L. 1, *Cod. Theod. unde vi* (4, 22), *Negotium principale*, L. 3., *Cod. Theod. ad Leg. Jul. de vi* (9, 10). Simmachus, Ep. X, 41, *de possessione... judicari*, *PRINCIPALEM vero causam... reservari*.

(2) De igual suerte la L. 9, *de commod.* (13, 6), pudo indicar como motivo de la regla de la L. 8. *rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus: Nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat*, lo que no puede aplicarse a la posesión más que si se la contaba en estrecha conexión con la propiedad. ¿No es también la misma idea la que hay en el fondo de la L. 43 *de releg.* (11, 7): *Qui de jure domini queritur?* El propietario no puede contra la voluntad del usufructuario inhumar en el fundo ningún cadáver (L. 2, § 7, *ibid*, *invito fructuario locus religiosus non fiet*).

4. Según el uso corriente y normal de las cosas, es el *propietario* quien intenta los interdictos,

Ningún jurista romano lo ha dicho expresamente, es cierto; pero se encontrará implícitamente esta idea si se examina sin prevención la

L. 8, *de vi* (14, 3, 16), de Paulo: *Fulcinius dicebat vi possideri, quotiens VEL NON DOMINUS CUM tamen possideret, vi dejectus est.*

El interdicto *unde vi*, dice el jurista, se concede aun en el caso de expulsión del no propietario. Si juzga necesario notar esta circunstancia como algo particular en lo relativo al no propietario; muestra esto claramente, en mi sentir, que aquel para quien, en el fondo, se ha hecho, y en manos de quien debe, por lo regular, encontrarse la posesión, es el propietario. Así se explica también por qué en este interdicto se designa como demandante al propietario y no al poseedor. V., p. ej., L. 12, *ibid.*

El mismo procedimiento se encuentra para el interdicto *de precario*. Los juristas romanos designan en él también al demandante con el término *dominus*, v., p. ej., L. 4, § 4, L. 6, p. L. 12, p. *de precario*, y el objeto por los adjetivos que indican la propiedad, L. 15 p. *NOSTRO utatur*, L. 3 *per fundum MEUM*. L. 18 *ibid. rem suam*. Aquí también un jurista creyó que debía hacer la misma observación que hemos anotado más arriba para el *unde vi*. *Sed et si eam rem*, dice Venuleyo en la L. 17 *ibid.*, *cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim teneberis hoc interdicto*. La convención de que el precario no podrá ser revocado durante un cierto tiempo es nula:

L. 43 cit.); sin embargo, si el usufructuario se opone, se concede al propietario el interdicto *mortuo infrendo*, para vencer su resistencia; o, en otros términos, y empleando el lenguaje actual, el debate se agita, no en petitorio, sino en posesorio; el usufructuario con su derecho de oposición es rechazado *ad reparatum*, y de esta protección del propietario, que descansa esencialmente sobre la idea de la posesión, es de la que dice Papiniano: *de jure domini queritur*.

nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat. L. 12, p. *ibid.* La propiedad en la persona de aquel que recibe excluye la validez del precario. L. 4, § 3 *ibid.*; y la idea de que aquel que ha dado su cosa en prenda podrá hacer que se le restituya la posesión *precario* por el acreedor, es rechazada por Ulpiano en la L. 6, § 4, *ibid.*, porque se trata aquí de un *precarium possessionis non proprietatis*. Volveremos más adelante sobre este punto de vista.

Esta idea de que el poseedor es regularmente propietario, y acerca de cuya verdad relativa nos hemos ya decidido más arriba, ha sido legalmente expresada:

5. En la disposición del derecho romano, según la cual los *poseedores*, es decir, los poseedores de bienes fundos comprendidos en los límites de la ciudad, están exentos de la caución judicial (1).

Como *poseedores* se designa aquí, no los VERDADEROS PROPIETARIOS, como Savigny creía (2), sino los poseedores como tales, porque y en tanto que obran como propietarios se supone que lo son (3). A esto es preciso añadir:

6. El lenguaje usual de la vida ordinaria que toma *possessor* por *dominus* y *possessio* por propiedad (inmueble).

La propiedad asume en la posesión una forma visible, la posesión es la propiedad en su plena eficacia, en su forma normal (4). No es extraño, según esto, que en el lenguaje ordina-

(1) L. 15, *qui satisd.* (2, 8).

(2) En efecto, en la explicación empleada en el § 1 del texto citado, el jurisconsulto no se sirve de la palabra *dominus*, sino que conserva la palabra *possidere. qui rem soli possidet.*

(3) Por tal motivo el acreedor hipotecario no pasa por *possessor* en el sentido del párrafo 2, porque no tiene la pretensión de la propiedad, *non anim opinione domini possidet*, como dice C. L. 22, § 1 *de nox act.* (9, 4).

(4) Innegable desde el punto de vista de la satisfacción de la necesidad que el derecho de propiedad supone, la posesión, como *condición esencial* (momento). No hay en rigor propiedad *sin posesión*, aun cuando al tenor del art. 432 del Código español, la posesión puede tenerse en concepto de dueño o en el de tenedor, perteneciendo el dominio a otra persona, porque en este caso se supone la propiedad como derecho a

rio, el cual gusta de referirse antes a lo que es visible que a lo que no lo es, hable de poseedor territorial y de posesión, cuando tiene presentes el propietario territorial y la propiedad, tanto entre nosotros como entre los romanos (1). Cosa muy diferente es, en verdad, el lenguaje del derecho y el de los jurisconsultos; pero siempre que ambas nociones no aparecen exactamente distintas, la idea de la vida común, que ve en el poseedor al propietario, se transporta al dominio del derecho y de la jurisprudencia.

Pero volvamos a los *interdictos posesorios*.

Un caso había en el que se negaban sus servicios: en materia de herencia. Como la posesión del difunto pesa con su muerte, la apropiación de cosas hereditarias por parte de terceros no llamados, no es una *sustracción de posesión*, y en tal supuesto, los interdictos *retinendae* o *recuperandae possessionis* no son aplicables.

Si el derecho romano no hubiese llenado este vacío por medio de la *hereditatis petitio*, el heredero hubiera perdido la facilidad de la prueba que la posesión procura al propietario, y en la reivindicación o acción publiciana que le quedase, habría debido proporcionar la prueba rigurosa de su propiedad, es decir,

reivindicar la cosa que está en posesión material del que la use, pero realmente considerando la *posesión*, no como la *tenencia material*, sino como la posibilidad de hecho de disponer del objeto (no de la cosa misma) del derecho, el propietario está en *posesión* de su derecho de reivindicar, como el tenedor es *propietario* de cada una de las condiciones que el uso y posesión de la cosa le prestan. En tal supuesto, nos afirmamos en las ideas ya expuestas más o menos explícitamente, de que en cada relación jurídica plena no hay posesión sin propiedad, y menos al contrario, y en lo formalista y limitado del concepto de posesión romano y español. — (N. DEL T.)

(1) Particularmente en las Constituciones imperiales. V., p. ej., L. 12, *Cod. de poss.* (1, 32). L. 1, *Cod. de praes.* (7, 23). L. 2, *Cod. de probat.* (4, 19). L. 1, *Cod. si per vius* (8, 5); y se encontrará la misma palabra *dominium possessionis*. L. 2, *Cod. Theod. de bon. mat.* (8, 18). Se sabe que los jurisconsultos romanos usaban *possesiones* por bienes fundos, es decir, propiedad de los bienes. V. un ejemplo en la L. 78, de V. S., (50, 16).

de la *bonae fidei possessio* de su autor. Ahora bien, esta circunstancia de que el derecho romano supla los interdictos posesorios por medio de la *hereditatis petitio* (1) proporciona,

7. Un nuevo argumento en pro de la exactitud de la opinión que vengo sosteniendo:—la «*hereditatis petitio*» llena en la práctica la función de las acciones posesorias (2).

Como estas últimas, sustituía la prueba del derecho por la de la *tenencia del hecho* (3). Si, como pretende la teoría de la voluntad, la posesión se protege únicamente a causa de la voluntad que se realiza; si la protección posesoria tiene por causa única que la voluntad del poseedor ha sido desconocida, ¿cómo la tenencia pasada del difunto, que en el momento de la aprehensión de las cosas hereditarias de parte de un tercero está ya inanimado, es decir desprovisto de la voluntad, puede llegar a ser protegida? Que no se objete que no se trata ya de una protección posesoria; porque la noción de ésta no radica en la noción habitual de los interdictos (4), sino tan sólo en la circunstancia de que una *relación de hecho* es reconocida y protegida *sin prueba del derecho*.

Entre vivos, esa relación de hecho exige regularmente la *voluntad*, y se llama *posesión*; con la muerte desaparece la voluntad, y por consiguiente, la posibilidad de asentar la noción de posesión; pero la necesidad práctica de esta protección no des-

(1) He expresado incidentalmente esta opinión hace varios años en mi disertación inaugural de *hereditate possidente*. Berol., 1842, página 40.

(2) Ocurre lo mismo con el interdicto *quod legatorum*, que se dirige como el *utrubi* en su forma antigua, contra los terceros poseedores. L. 1, § 18, *quod legat.* (43, 3).

(3) No sólo de la *posesión jurídica*, sino también de la simple *tenencia*. L. 19, *pr. de her. pet.* (5, 3), lo que por lo demás es accesoriamente posible para el *int. unde vi*. L. 1, § 33, *de vi* (43, 16).

(4) Savigny, l. c., pág. 385: «que el magistrado haya acordado un *interdicto* en lugar de una acción, es para nosotros un hecho sin importancia, y aun para los mismos romanos era sólo una circunstancia fortuita que en nada afectaba a la naturaleza del derecho del demandante».

aparece por eso, y el motivo legislativo de la protección posesoria, la facilidad de la prueba que debe proporcionarse al propietario, subsiste siempre en toda su plenitud (1). A la posesión corresponde aquí el estado de las cosas constituidas pasivamente en la masa (2). Espero no exponerme a una mala inteligencia diciendo: la *posesión* falta ahí, es verdad, pero no la *idea* de la posesión. Lo que da a la posesión su importancia práctica, no es este efecto subjetivo psicológico, según el cual el poseedor se *siente* y se *sabe* poseedor—y de ahí, por otra parte, según más adelante demostraremos, el signo distintivo normal de la posesión—sino su importancia para la propiedad: la usucapión y la protección posesoria. Ahora bien: *esos dos efectos se transportan a la petición de herencia*. La usucapión continúa, y la petición de herencia garantiza la protección posesoria, sin que la posesión exista.

Si el colono es expulsado en vida del arrendador, éste tiene contra él el interdicto *unde vi*: si la expulsión se verifica después de su muerte, su heredero tiene la petición de herencia. Para ambas acciones basta la prueba de la posesión.

La muerte pierde, de esta manera, la perniciosa influencia que debería tener, según la teoría de la posesión, sobre el derecho de propiedad, tomada la palabra en su más lato sentido; la laguna que la pérdida de la posesión engendra al heredero, se salva, y el *motivo* legislativo de la posesión se repite, por decirlo así, fuera de la verdadera esfera de la posesión. Y así se confirma precisamente lo que es el primer fundamento, la verdadera *vis agens* de la posesión, es decir, no la voluntad, sino

(1) L. Cod. Theod. Quor. bon. (4, 21). *Quid jam planius, quam ut hereditibus tranderetur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamentum... Omnibus frustrationibus amputatis in petitem corpore transferantur, secundum proprietatis non exclusiva.*

(2) L. 40, § 1, *De poss.* (41, 2)... *Si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper IN HEREDITATE COLONI MANSERIT.* Con respecto a la usucapión (la *POSSESSIO. qualis qualis* de la L. 88, *De acq. her.* 29, 2), V. L. 6, § 2, pro. enit (41, 4)... *Si nemo eum possedisset.*

la necesidad indispensable de la posesión para la propiedad (1).

La herencia no es, por lo demás, la única relación donde el fin práctico de la posesión echa por tierra la fórmula teórica que hace de ella una relación de voluntad. Las personas que no tienen voluntad, como los mentecatos, los niños y las personas jurídicas (2), no pueden (3), según ese motivo, tener una verdadera posesión. Pero negarles la posesión sería comprometer, de la manera más sensible, su posición de propiedad (4), y esta última consideración es tan decisiva, que la necesidad práctica

(1) En último término, se protege, protegiendo la posesión, a la persona, que es a quien se mira y cuyas condiciones de existencia racional exigen tal protección. — (N. DEL T.)

(2) Habría mucho que decir, en el terreno de los principios (que es el mismo en que en otras ocasiones se coloca Ihering al tratar de las personas jurídicas), respecto de si las personas jurídicas tienen o no voluntad; Ihering, en este punto, toma las personas jurídicas en el sentido de personas *ficticias* (concepto romano), considerando que no hay más personas reales que el individuo; pero, ¿puede en virtud de las corrientes reinantes en la Filosofía del Derecho y merced al influjo de la Sociología, negarse la realidad objetiva, el carácter de ser y la cualidad de sustantividad, a las personas sociales? Y si tienen esa sustantividad, si las sociedades son verdaderas organizaciones racionales, ¿cómo decir que son personas sin voluntad? Más bien parece que las teorías modernas se inclinan a lo contrario, viendo en la persona social algo que, produciéndose bajo el estímulo de la necesidad, alcanza una existencia *per se*, y es ser racional con todas las facultades y condiciones del mismo. Por caminos diferentes, y dando a las personas colectivas y a la sociedad misma la consideración de seres, van Spencer, Schäffler, Fouillée, Espinas y tantos otros, cuyas ideas puede el lector español ver admirablemente expuestas por el señor Giner de los Ríos, en su estudio sobre *Las personas sociales, según los juristas y sociólogos modernos*, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1891-92. — (N. DEL T.)

(3) V. para estas últimas la L. 1, § 22, *De poss.* (41, 2), *municipes per se nihil possidere possunt, quia une consentire non possunt*, es decir, porque la voluntad de poseer les falta.

(4) Esta apreciación está expresamente enunciada para los insensatos en la L. 44, § 56 *De concep.* (41, 3). *Eum, qui posteaquam usucapere cepit in furorem incidit, UTILITATE SUADENT, relictum est, NE LANGUOR ANIMI DAMNUM ETIAN IN BONIS afferat, ex omni causa impliri usucapionem.*

vence las aprensiones jurídicas: la exterioridad de la propiedad (ejercida por medio de representantes), se conceptúa respecto de esas personas como *posesión*, así gozan de prescripción y tienen los *interdictos* (1). Si el derecho romano no hubiese acudido en socorro del heredero por la petición de herencia y por el principio según el que la usucapión se continúa aún mientras la herencia está vacante (2), los jurisconsultos romanos difícilmente hubieran titubeado en admitir, *utilitatis causa*, una posesión sin voluntad de poseer para la *hereditas jacens*, así como para esas personas. ¡La usucapión continuada mientras la herencia está vacante, un efecto de la posesión! La concesión de los interdictos posesorios, en ese caso, no sería una enormidad más grande que esa usucapión sin posesión.

La *her. pet.* les evitaba tales vacilaciones. Es sabido que esta acción no se dirige contra cualquier persona que posea las cosas hereditarias, sino contra aquella que las posee *pro herede vel prepossessore*. ¿Por qué motivo? Por el mismo motivo que hace que los interdictos posesorios no sean concedidos contra tercer poseedor, sino sólo contra aquel que inmediatamente subtrae la posesión, o bien contra aquel que nos la disputa; o en otros términos, es en la persona del adversario donde obra el motivo de la facilitación de la prueba que esos dos remedios conceden igualmente al demandante, y en el sentido de que no tenga que producir la prueba de su propiedad, puesto que le basta probar el estado de hecho, la exterioridad de la propiedad. En la *lesión* de la posesión ese motivo obra sobre la injusticia cometida por

(1) *Sed hoc juri utimur*, dice Ulpiano en la L. 1, *ibid*, *ut et possidere et usucapere municipales possunt*.

(2) Este mismo principio está en nuestro Código civil consagrado en el art. 440, el cual dice: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento», y luego en 1934, el cual dispone que «la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia, antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.—(N. DEL T.)

el defensor, *vi aut clam*; a este elemento corresponde en la *her. pet.* el *titulus pro possessione* (1); en una *controversia de possessione* el motivo radica en que sólo la posesión y no la propiedad es el objeto del debate. A ese caso del *uti possidetis* corresponde la *her. pet.* contra el *pro herede possidens*. Sería absurdo imponer al demandante, frente a ese defensor, la prueba de la propiedad del *de cuius*, porque no se trata entre ellos de saber quién es propietario, sino de quién puede pretender la posesión como heredero. Contra aquel que, por el contrario, no posee, ni *pro herede* ni *pro possessore*, la *her. pet.* está tan fuera de lugar, como los interdictos posesorios contra terceros que poseen nuestras cosas. Es preciso usar contra ellos, o la *revind.* o la *Publiciana*.

La *her. pet.* llena, pues, también de hecho la función de los remedios posesorios. No pretendo que tenga exclusivamente este fin; me basta que lo alcance. Ya hemos notado que va más allá aún en eso que las condiciones de la posesión *juridica*. La tenencia de hecho, que en los interdictos posesorios se restringe en la noción de la posesión jurídica, obtiene en la *her. pet.* la misma extensión que en las acciones penales que tienden a la restitución de las cosas arrebatadas (2); se extiende a todas las cosas comprendidas en la masa, por consiguiente a aquellas que el *de cuius* no hacía más que detener, y respecto de las cuales tiene algún interés el heredero (3). Otro desarrollo de los interdictos posesorios de la época clásica, se encuentra en la extensión del *titulus pro possessore* (4); yo probaré con oca-

(1) La L. 37, § 1, *de usucap.* aplica hasta el mismo *pro possessore possidens* la noción de la *vis*, en la que la posibilidad de la posesión de un fundo hereditario *sine vi*, es limitada al caso *si dominus SINE SUCCESORE decesserit*.

(2) *Non utique spectamus rem IN BONIS actoris esse... si tamen EX BONIS sit... si est bonis hoc est EX SUBSTANTIA MEA res ablata esse proponatus*. L. 2, § 22, *vibam* (47, 8).

(3) L. 19, *p. de her. pet.* (5, 3)... *quorum tamen periculum ad heredem pertinet*.

(4) L. 13, D. 1. L. 16, § 4, etc., *de her. pet.* (5, 3), L. 14, § 2, *quod med.* (4, 2). Este último texto concede al heredero la *her. pet.* aun contra el que violentamente subtrae la posesión al *de cuius*.

sión del *unde vi* (VIII) que la época imperial posterior ha dado la misma extensión a la protección recuperatoria de la posesión.

Y esto basta para sostener mi opinión, sobre la importancia de las acciones posesorias. Cuando yo digo *mi* opinión, no sé si se querrá reconocerme tal derecho. En efecto, Savigny y los que le han seguido, han perdido de vista el lazo de los remedios posesorios con la propiedad; no han faltado, sin embargo, antes y hoy, autores que lo han reconocido y puesto en claro. Ante expresiones inequívocas de nuestras fuentes, la relación del interdicto *retinendae poss.* con el debate sobre la propiedad no fué, que yo sepa, puesta en duda antes de Savigny (1); la práctica, por su parte, daba todavía un paso más que nuestras fuentes. Guiados por la idea de que el posesorio y el petitorio no son en el fondo más que fases de un solo y mismo debate sobre la propiedad (2), y mostrándose por consecuencia positivamente contrarias al posesorio en el caso en que se presenta aislado (3), muchos antiguos prácticos enseñan que el juez debía, cuando la propiedad es clara desde el primer momento, decidir en

(1) Comp. por ejemplo, los antiguos exégetas sobre el § 4, 1, de *ind.* (4, 15).

(2) De ahí la regla: *Finis possessorii est principium petitorii*. V., por ejemplo, Gaill. *Obs. pract.*, I, 7, § 3; este autor invoca a su vez los autores anteriores.

(3) Schiller, *Praxis jur. Rom.* Sentando la posibilidad de emancipar el posesorio del petitorio, introducido por medio del *interd. et. poss.*, como una innovación no prescrita por el Pretor mismo, pero intervenida más tarde, y como una alteración positiva del antiguo derecho que consideraba el procedimiento por *vindiciae* como una parte integrante de la reivindicación (Exerc., 16, § 10), advierte al juez que no debe acoger con facilidad los remedios posesorios y le invita a terminar el debate de un golpe *et quod possessionem et proprietatem eodém iudicio compendiosa terminari*. Invoca además un autor *qui pie monuit, remedia possessoria in consuetudine valde esse periculosa; nam nullo modo posse quem sine periculo animo possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus, nisi etiam in iudicii proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas damna et interesse parti victoae teneri*. (Exerc., 13, § 12).

interés de la abreviación del proceso por el petitorio y no por el posesorio (1).

Esta opinión, que ha encontrado aún en este siglo algunos defensores (2), ha debido sucumbir por completo ante la influencia decisiva que el escrito de Savigny sobre la posesión ha ejercido en la teoría y en la práctica. Por otra parte, no se puede poner en duda, en presencia de las explicaciones de autores recientes (3), que Savigny por un lado se ha dejado ir demasiado lejos en el sentido opuesto, cuando ha sacrificado por amor propio, al carácter penal de los interdictos, el punto de partida de los textos en lo que concierne a los interdictos *retinendae possessionis*, esforzándose por someter al mismo punto de vista hasta la misma función de la *reivindicatio*. El interdicto *uti poss.* es a mi ver la piedra de toque de toda la teoría posesoria. Desde el momento en que un autor se ve obligado a añadir artificialmente la condición de la violencia que las fuentes no exigen en parte alguna, ha demostrado, en mi sentir, que su teoría no es conforme al Derecho romano. Semejante doctrina no se acomoda tampoco a las necesidades de la práctica, porque es preciso que a todo trance quede en ésta abierto un camino para la *controversia possessionis*, y es preciso que sea posible someter a una decisión judicial la relación posesoria

(1) Por ejemplo, Peres, *Prosl. ad Cod.*, lib. 8, tit. 6, § 20. Lauterbach, *Coll. theor. pr.*, 43, 17, § 13 y los autores que él cita. Mevio Decis, parte VII, 248; *Notorium dominium facit cessare interdictum uti possidetis et defensionem possessionis*. Leyser, *ad Pand.* sp. 468, med. 31, se refiere a una decisión de la Facultad de derecho de Helmstad: designa la opinión contraria como un *vetus ac. pervulgatus, error, sed etiam rationi juris et aequitate adversatur*. Pufendorf, *Obs.* II, s. 113, se refiere a una sentencia del tribunal de apelación de Cete y expresa la opinión: *Cum iudicia possessoria PRÆPARANDI IMPRIMIS PETTORII gratia inuenta sint, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus*.

(2) V. Schmid, *Handb. des gemeinen Civilprocesses (Manual de procedimiento civil común)*, III, p. 24. Thibaut, *Pand.*, § 210 y los autores que cita; y Stahl, *Filosofía del derecho*, II, sec. 1, p. 302 (2.ª edic.).

(3) V. Vangerow, *Pand.*, § 336, nota, y Herm Witt. *El int. uti poss.*, página 28.

disputada por las partes sin haber sido perturbada de hecho por ninguna de ellas, en suma, es necesario una acción posesoria prejudicial. No hace falta detenerse mucho para investigar los casos en que la necesidad de esta acción es irrecusable; se ofrecen a granel (1), y si algunos de entre ellos permiten en rigor suponer que ha habido retención de hecho de la posesión, la mayoría resisten a semejante artificio. Que se tome por ejemplo, el caso de la L. 38, § 1, de *poss.* (41-2). La posesión ha sido entregada bajo una condición: el *tradens* sostiene que la condición no se ha cumplido, el *accipiens* sostiene lo contrario, y para saber a qué atenerse quiere intentar el *interd. uti possidetis*. Quisiera yo saber cómo podría negársele o concedérsele fundándose sobre las fuentes, porque se encuentra aquí incontestablemente la condición de la L. 1, § 3; *uti poss.* (33-17): *Si inter ipsos contentatur, uter possideat, quia alteratur si majis possideri affirmat.* ¿Dónde está la violencia o la perturbación de hecho por parte del adversario? O bien: dos personas se disputan la posesión de una cosa detenida por un tercero. Este último (supongamos, por ejemplo, que es el heredero del tenedor originario, que sólo sabe que su autor ejercía la posesión en nombre de una de las dos partes, pero ignora cuál); este último, repito, está dispuesto a entregarla a aquel de las dos que establezca su posesión. No se puede pretender en absoluto obligarle a sostener un proceso contra esas dos personas, corriendo el riesgo de sucumbir frente a una de ellas y de tener que pagar los gastos del proceso. Entonces no queda otro camino que dejar a las dos partes terminar el

(1) Aun en las fuentes, v., por ejemplo, la combinación de los textos en Wiederhold, *El interd. uti poss.*, p. 18; otras muchas citas podrían hacerse, por ejemplo, L. 33-34, p. de *poss.* (41-2), L. 2, *Cod. ibid.* (7-32). Verb. *Se sciante* L. 21 de *usuc* (41-3), V. un ejemplo práctico reciente en Seuffert, *Archivos*, XVII, número 45; varios miembros de una comuna que piden y obtienen la protección posesoria contra una resolución tomada por la autoridad curadora de la misma (Tribunal superior de apelación de Munich). V. también (*Archivos*, VIII, número 221) un ejemplo análogo en el cual la protección posesoria se niega, bien que injustamente, en mi opinión. (Tribunal superior de Stuttgart).

debate entre sí; ahora bien: ¿qué otra forma hay para eso más que el interdicto *uti possidetis* o *utrubi*? ¿Dónde está aquí la perturbación de hecho de la posesión, si ninguna de las partes litigantes inquieta al tenedor? ¿Es que acaso hay perturbación de hecho desde el momento en que se presente respecto de la posesión una pretensión que impida al adversario realizar la suya? ¡Si eso es cierto, la condición de perturbación se reduce, en último análisis, a muy poca cosa: a *simples palabras*! Pero entonces que se rinda homenaje a la verdad, y que se diga: la condición del interdicto *uti possidetis* no es la perturbación o la violación de la posesión; es la pretensión de poseer formulada por el adversario, y esta pretensión puede ser probada hasta por palabra sólo. De ordinario se repugna llegar a este extremo de reconocer la posibilidad de una perturbación posesoria por medio de simples palabras; pero en la literatura anterior a Savigny, que no estaba todavía influida por el punto de vista del delito, se encuentra siempre anunciada la condición de la perturbación, hasta por parte de autores que admiten, además, lo que yo llamaría, para abreviar, la función perjudicial de esos interdictos (1). Sólo algunos han tenido el valor de decidirse abiertamente sólo por las palabras (2). Nuestra práctica moderna no debería vacilar en adherirse a esta opinión (3).

La posibilidad de esta función puramente perjudicial de los interdictos posesorios, es la conclusión inevitable de las ideas que hemos desenvuelto hasta aquí.

Si la protección de la posesión tiende a facilitar, a completar y a perfeccionar la protección de la propiedad, debe admitírsela para ser consecuente, no sólo allí donde la posesión ha sido vio-

(1) Por ejemplo, en Voet y Westphal, citados por Widerhold, l. c., página 28.

(2) V. Lauterbach, *Coll. tchor. pract.* 43-17, § 8, y los autores que él cita: *Putant quidem non, nulli, quod necessario ad turbationem facta requirantur: verum quod etiam verba sufficient, probat.* L. 3, § 2, *uti poss.* (?) *quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo.*

(3) El Tribunal superior de Oldemburgo lo ha hecho: V. Seuffert, *Archivos*, VII, número 41; lo mismo el Tribunal de apelación superior de Munich, ib., XVII. 45.

lada, sino también allí donde es controvertida entre partes, al igual que se hacía en el derecho antiguo con respecto a la propiedad, mientras la *reivindicatio* era un *judicium duplex*. Para motivar su *reivindicatio*, el demandante no debía en ese tiempo suponer que su propiedad había sido *lesionada* por la detención de la cosa de parte del defensor, sino que le bastaba decir que se hallaban en desacuerdo sobre la propiedad y que pedían al Juez zanjar sus diferencias. Esto no siguió en vigor para la reivindicación, en el derecho nuevo, luego que llegó a ser un *judicium simplex*, y que supuso la posesión en la persona del defensor; pero se aplicó siempre a los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, que han conservado sin modificación, su carácter de *judicia duplicia*. Nuestros Jueces no pueden, pues, rechazar una demanda formulada en ese sentido, como el Pretor no podía en su tiempo rechazar la demanda correspondiente con respecto a la cuestión de propiedad. En esta demanda la cuestión de posesión aparecía pura y sin mezcla, libre de todo elemento de violencia: la posesión tal como yo la presento, como una posición que tiene su interés patrimonial, la cual no basta defender cuando es lesionada, sino que conviene también asegurar cuando se le disputa; en una palabra, como una relación del derecho sobre una cosa. Apenas si hace falta decir de qué suerte esta idea es potentemente sostenida y confirmada, por la circunstancia de que los jurisconsultos romanos reconocían que la posesión puede ser el objeto de las *condiciones* y de la *restitución in integrum* (I).

(1) L. 2. de cond. trit. (13-3). *Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici... Sea ita, si dominus sit, qui dejectus condicat, ceterum si non sit, POSSESSIONEM condicere celsus act.* L. 25, § 1, de furt. (47-2). L. 15. § 1, de cond. ind. (12, 6). *Quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem condicerem.* L. 9, § 2, L. 21, § 2, quod. met. (4, 2). *Qui possessionem nonsui fundi tradidit, non quanti fundus, sed QUANTE POSSESSIO est, ejus quadruplum... consequetur.* No se puede expresar con más claridad que en este último pasaje el valor patrimonial independiente de la posesión, sobre la *restitutio in integrum*. V. L. 23, § 3, ex quib. e. maj. (4-6).—A Bruns corresponde el mérito de haber llamado la atención sobre ese punto, durante mucho tiempo olvidado. (L. c., p. 27).