

X

La posesión de los derechos.

La consideración que ha determinado al Derecho romano a poner a disposición del propietario, en los interdictos posesorios, una forma de protección más fácil, ha sido también el motivo de introducir los *interdictos cuasi posesorios*. Estaban hechos para la *servidumbre* (servidumbre personal; *usus fructus*, y *usus* y ciertas servidumbre rurales de aguas y de caminos), y para la *superficie*. El que se prevalía de un derecho semejante frente a un tercero tenía en caso de oposición, al igual que en la instancia de propiedad, que hacer la prueba de su derecho, lo que exigía en ambos casos, no sólo la prueba del acto de establecimiento, sino también la de la propiedad del autor. El pretor le dispensaba de esta prueba cuando había ejercitado antes su derecho sin oposición, y luego era perturbado en él. A su instancia, en efecto, le daba un interdicto que prohibía al adversario continuar perturbándole. El demandado no era admitido a sostener que el demandante no tenía derecho alguno, al igual que en los interdictos posesorios propiamente dichos: la única objeción que podía hacer, era, como en éstos, que la posesión estaba viciada, es decir, que el demandado había ejercitado el derecho clandesti-

namente, sin él saberlo (*clam*), contra su voluntad declarada (*vi*) o sólo con su autorización dada bajo reserva de revocación (*precario*). Ambas partes quedaban libres, cuando habían sucumbido en esta instancia, de disputar el derecho; la decisión en el posesorio no perjudicaba al petitorio; el carácter de la acción posesoria comparada con la acción petitoria era severamente observado, tanto con relación a la restricción del litigio en la cuestión de posesión, como respecto de la falta de influjo de su decisión sobre la cuestión de derecho.

La protección del derecho se concede aquí también a un *estado de puro hecho*. Pero no todo estado de hecho tiene derecho a esta protección. Durante años mis gallinas han podido buscar su alimento en el jardín del vecino, o mis criados han podido arrojar los desperdicios en su terreno, y, sin embargo, no tengo derecho a la protección posesoria, esto es, al mantenimiento provisional de la situación hasta la decisión en justicia: por el contrario, si yo no obedezco a la prohibición del vecino, él es el que tiene una acción posesoria para atender a sus derechos. Pasa esto de muy otra manera cuando, sin oposición de su parte, he hecho uso del camino que pasa por sus fincas o enviado mis caballos a su abrevadero. ¿Cuál es la causa de semejante diferencia? Radica en la relación de la posesión con el derecho. Lo que se protege en la posesión no es el estado de hecho como tal, sino un estado de hecho que puede tener por base un derecho, y que, por consiguiente, puede ser considerado como el *ejercicio* o la *exterioridad de un derecho*. Así, los juristas romanos designan muy exactamente este estado como *juris possessio*. En rigor, se debería colocar en el mismo lugar la posesión del propietario, porque contiene igualmente el ejercicio.

LA POSESIÓN

la exterioridad de un derecho, de la propiedad. Pero los juristas romanos la designan con la expresión de *posesión*, pura y simplemente, o cuando quieren distinguirla de la *juris* o *quasi possessio*, por medio de la expresión *corporis possessio*, ocurriendo lo mismo con las expresiones modernas *posesión real* y *posesión jurídica*.

Así como la propiedad debe ser posible para que se pueda admitir la posesión de las cosas, así es preciso también que un derecho sea posible para que se pueda admitir la *possessio juris*. Allí donde un *ius*, en el sentido de la teoría romana, no se admite *in thesi*, el estado de hecho no es protegido sino cuando la propiedad es jurídicamente imposible en cuanto a la persona o la cosa. A nuestra regla general ya enunciada, *donde no hay propiedad no puede haber posesión*, corresponde la regla: *donde no hay derecho no puede haber posesión de derecho*, o sea, en el lenguaje procesal: *donde no hay petitorio no puede haber posesorio*. Por este motivo es por lo que en los dos primeros casos citados antes se niega la protección posesoria. En efecto, esos actos no pueden, según la teoría romana de las servidumbres, formar el objeto de una servidumbre. En los otros dos, en los que se puede encontrar el objeto de una servidumbre, la protección se concede, pero sólo a aquel en cuya persona puedan tales actos considerarse como derechos, esto es, en el propietario del fundo, y no, por ejemplo, en sus domésticos o en el peatón del correo que ha pasado durante años por el camino. Si la ejecución material de los actos fuese suficiente, debería concedérseles al igual que al propietario del fundo, y debería negársele a este último, si a consecuencia de parálisis no hubiera podido pasar por ese camino. Pero esas gentes no han hecho más que *pasar*, no *han ejercitado*

un derecho; en cambio él ha ejercitado el derecho aunque no haya pasado, porque lo han hecho aquéllos en su lugar.

Se puede, pues, considerar que la *cuasi posesión* implica una *pretensión de un derecho*. Que el derecho exista es indiferente, lo mismo que en la protección posesoria del propietario: basta para la protección posesoria la posibilidad del derecho y la exterioridad de su ejercicio. Si en la posesión de los derechos, al igual que en la de las cosas, la protección posesoria aprovecha aun al que no tiene derecho, esto no es más que una consecuencia inevitable; no hubiese sido posible concedérsela al derechohabiente, sin que de ella participase el que no tiene derecho; está en rigor establecida en favor del primero: el segundo no es más que un parásito que el Derecho no puede extirpar. La inteligencia de toda la teoría posesoria descansa en la proposición siguiente: *la protección posesoria ha sido introducida en favor del que tiene el derecho: en el poseedor se trata de proteger al que tiene derecho.*

La posesión de los derechos es de una gran importancia para la teoría posesoria. Una verdad que no siempre se ha visto clara con motivo de la posesión de las cosas, a saber, que la posesión no es el poder físico sobre la cosa, sino el ejercicio, la exterioridad del derecho, es manifiesta aquí con una claridad tal que es imposible desconocerla. Los actos de ejercicios aislados que el derechohabiente de una servidumbre verifica en las fincas de otro, de ninguna manera pueden ser mirados como una relación de poder. Ni los mismos partidarios de la teoría del poder físico lo han intentado nunca. La mera circunstancia de que el poder físico sobre el fundo sirviente está reconocido en el propietario, se opondrá desde luego: el

LA POSESIÓN

poder no está conferido por adelantado; no puede disponerse de él, y el poseedor del derecho debe contentarse con algo menos. No se ha advertido aquí que ese menos puede ser equivalente al todo. Cuando una persona ha concedido a otra una servidumbre de pasto en una dehesa, los actos que uno y otro realizan son exactamente los mismos: ambos envían sus ganados al pasto, y nadie podrá saber, sin estar de antemano preparado, cuál es el propietario y cuál el que obra en virtud del derecho de servidumbre, y, sin embargo, la misma relación constituye en el uno el poder físico sobre la cosa y en el otro el ejercicio de un derecho sobre la cosa de otro. La arbitrariedad que se comete estableciendo el punto de vista del poder físico, se advierte así claramente.

Una noción genérica debe ser concebida de tal suerte, que sea exacta para todas las especies que el género comprende: la noción de posesión debe comprender la posesión de las cosas y la de los derechos. La ciencia romanista no ha cumplido esta condición; vanamente se busca en ella una noción genérica que abarque las dos especies de posesiones. Se limita a yuxtaponerlas; la posesión de las cosas es el poder físico, la de los derechos es el ejercicio de un derecho. Indudablemente desflora la noción genérica cuando acomoda la transición de la posesión de las cosas a la de los derechos diciendo, que así como la posesión de las cosas entraña el ejercicio de la propiedad, la posesión de los derechos implica el ejercicio de un derecho. Pero ese punto de vista sólo le sirve como una especie de puente para pasar de una especie a otra, cuando precisamente hubiera debido reconocer ahí que el punto de vista del ejercicio del derecho contiene la idea fundamental de toda la teoría posesoria, es decir, la idea genérica de la posesión. Bajo

ese aspecto, la posesión de los derechos es del más alto valor científico; ante ella no queda otro recurso que transportar la noción del ejercicio, o, en mi lenguaje, de la exterioridad del derecho, que no puede discutirse, a la posesión de las cosas, o bien, colocarlas una al lado de la otra, como dos formaciones separadas, que no tienen entre sí de común más que el nombre de posesión, sin tener lazo intrínseco alguno, o en otros términos, renunciar a establecer una noción genérica. Si el punto de vista del poder, fuese completamente exacto para la posesión de las cosas, lo que no es exacto según ya vimos, será necesario prescindir de él y reemplazarlo con otro, teniendo en cuenta que no sirve para explicar la posesión de los derechos. Sólo hay uno que tenga ese mérito, es el de la exterioridad del derecho a que me he referido; la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad; la de los derechos es la exterioridad de los derechos sobre la cosa de otro.

A esta ventaja de reunir las dos especies de posesión bajo una misma noción común, se juntan otras más, que no resultan de la noción del poder físico, a saber:

Primera. El punto de vista de la exterioridad del derecho crea un lazo íntimo entre el hecho y el derecho; no se encuentra aquél ante éste, al modo como en el poder físico, cual elemento extraño y sin relación, sino que se presenta como un elemento proporcionado por la noción del derecho mismo; la realidad, el goce, el ejercicio del derecho y la protección que la ley concede a este estado de cosas, encuentran su justificación en la circunstancia de que en la mayoría de los casos coinciden con el derecho.

Segunda. Si el estado de puro hecho fuese protegido como tal, debería serlo también allí donde no

LA POSESIÓN

podiera ser considerado como el ejercicio de un derecho. Ya hemos visto que el Derecho romano, en este caso, niega la protección posesoria; eso sólo puede explicarse por la noción de la exterioridad de derecho.

En resumen: el Derecho romano protege en la posesión la exterioridad del derecho; ha creado esta protección en favor del que tiene el derecho, mas para procurarla tenía que permitir que de ella participase también el que no tiene el derecho, favor este último que tiene sólo un efecto pasajero, y que el derechohabiente puede soportar fácilmente, porque tiene en la acción originada en el derecho el medio de dar fin en todo tiempo a la posesión sin derecho. Para el que no tiene el derecho, la protección posesoria es sólo provisional; para el otro, contra el cual nadie puede ir por la vía del derecho para despojarlo de la posesión, la protección es definitiva. La teoría posesoria reinante ha desconocido ese fin legislativo de la protección posesoria, y en su construcción de la teoría de la posesión ha tomado por punto de partida, no al que tiene el derecho, sino al que no lo tiene. De esta suerte se ha colocado en un terreno, en el cual es imposible armonizarla con el aspecto de la posesión en Derecho romano.