

VI

La posesión es un derecho.

La cuestión de saber si la posesión es un derecho o un hecho, es objeto de una controversia no resuelta hasta el día en la ciencia jurídica. La opinión dominante sostiene que es un hecho, y es preciso reconocer que aparentemente toda la razón está de su parte. La posesión nace puramente de hecho, sin presuponer un derecho. ¿Cómo, pues, ha de ser un derecho? El poseedor que no tiene otra cualidad sucumbe en la lucha contra el propietario reivindicante; prueba que la posesión no es más que un puro hecho que desaparece ante el derecho. En realidad, sin embargo, eso no demuestra que la posesión no sea un derecho, sino que constituye un derecho de una especie particular, diferente por su naturaleza de todos los demás. Para aplicar a una relación jurídica una distinción teórica de carácter general, es necesario, ante todo, determinarla con precisión. Ahora bien; es lo que no se ha hecho, en punto a la distinción del hecho y del derecho por casi todos aquellos que de la cuestión han tratado. Un jurista ya muerto, Büchel, ha escrito una vasta monografía a este propósito, en la cual no ha dicho ni una palabra acerca de esta cuestión previa tan decisiva. Y en realidad, ¿para qué? Esta distin-

ción fundamental debe ser clara para todo juriscónsulto. Debería serlo ciertamente; pero se ha visto poco ha que no lo es. La doctrina antigua no ha hecho la más leve tentativa para fijar científicamente la noción del derecho en un sentido subjetivo. Lo que se encuentra en los tratados antiguos no es más que una paráfrasis de la expresión: derecho al término medio de equivalentes —de que he hablado en mi *Espíritu del Derecho romano*, tomo IV—. La doctrina nueva se ha referido a la primera, en la solución de esta cuestión por tanto tiempo abandonada; mas, por una fatalidad que persigue a la posesión, tal doctrina, que, según su definición del derecho hubiera debido reconocerle la naturaleza de tal, se la ha negado.

Para juzgar si la posesión es un derecho o un hecho, me fundo en la definición del derecho que he expuesto en otro lugar con gran detenimiento¹. Los derechos son los intereses jurídicamente protegidos. Ha sido objeto de contradicción. Si la reproduzco aquí, no sólo es para poner al público al cual esta obra se dirige, en situación de formarse una idea de la naturaleza jurídica de la *posesión*, sino porque creo que precisamente mi noción del derecho puede revestir un valor especial para el economista.

Las objeciones que se han producido contra mi definición no son fundadas. No es verdad que para definir el derecho me sirvo de la noción misma que trato de definir. Sin duda, la palabra *derecho* se representa en la expresión “jurídicamente protegidos”; pero es con una significación muy distinta. En el primer respecto significa el derecho en el sentido *subjetivo*, y en el segundo en el sentido *objetivo*; estas dos nociones son fundamentalmente diferentes. Que se

1 Obra citada, LV, Parr. 70 y 71.

LA POSESIÓN

ponga en lugar de *jurídicamente* protegidos, *legalmente* protegidos, y todo quedará bien. Si me he valido de la primera expresión, es porque la ley no es la única fuente del derecho en el sentido objetivo; es necesario acudir al derecho consuetudinario, que no puede ser comprendido en la expresión "LEGALMENTE protegidos".

Se ha creído poder criticar el elemento del *interés* (que yo opongo como elemento *sustancial* al elemento *formal* de la protección del derecho), diciendo que, según las circunstancias, un derecho puede no tener el menor interés para el derechohabiente, y, sin embargo, estar protegido como tal. Así se razona, por ejemplo, en la crítica hecha recientemente por Kuntze². Esta crítica se funda en una confusión que no se me podrá atribuir, porque he indicado suficientemente la diferencia³. Es necesario haber leído muy por encima mi libro para atribuirme una opinión contra la cual me mostraba yo mismo tan prevenido. En mi definición me refería al interés *abstracto*, que es decisivo para el legislador en el establecimiento de todos los tipos jurídicos sin excepción. He dicho expresamente que la medida de este interés varía según el horizonte de los intereses del pueblo y de la época; que el juicio sobre la cuestión de saber si ciertos intereses son dignos de protección y la necesitan, se modifica con la evolución de las apreciaciones del pueblo. Ciertos intereses a los cuales, en una fase inferior de la civilización, se les niega la protección del derecho, han sido admitidos por ella con el progreso de la civilización; otros la han perdido.

2 Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf v. Ihering. Leipzig, 1890, págs. 77 y sigtes.

3 Libro citado, págs. 343 y 345: importancia del interés en *Tesis* y en *Hipótesis*.

La cuestión de saber si en un caso particular existe el interés que el legislador juzga digno de ser protegido y que, según él, necesita serlo (*interés concreto*), no tiene importancia alguna en tesis general; la prueba de los hechos a los cuales la ley refiere el *nacimiento* del derecho, basta, sin que el demandante deba consignar el interés que tiene en hacer valer su derecho, ni que el demandado sea admitido a prevalerse de la falta de este interés. Un ciego puede prevalerse de una servidumbre de vistas; el hombre desprovisto de todo sentimiento del honor puede intentar una acción de injurias; el comodante puede pedir la restitución del libro prestado por un cierto tiempo, aun cuando el comodatario tenga mayor interés en conservarlo durante un tiempo más largo, y aquél no tenga acaso interés alguno en verlo. La decisión célebre de Ciro, que, a despecho de los derechos de propiedad, zanjaba la cuestión de los dos mantos adjudicando el mayor al más alto y el menor al más pequeño, está en contradicción flagrante con los principios superiores más incontrastables del derecho. *El derecho es en concreto absolutamente independiente de la cuestión de interés.* No es de otro modo más que en ciertos casos: en las obligaciones interesadas, como yo las llamo, por ejemplo, el mandato. En esos casos es preciso la prueba de un interés *concreto* para dar al juez una medida de evaluación, y aun en ciertas demandas obligatorias de otra especie, este interés puede añadirse accesoriamente y llegar a ser así el objeto de la prueba. Además, en algunos casos nominativamente citados por la ley, la falta de interés se opone al ejercicio de ciertas facultades. La noción de la *argucia* y de la *sutileza legal* tiene ahí su fundamento; es el ejercicio *sin interés* y con el único fin de perjudicar a otro, de facultades

LA POSESIÓN

que, consideradas en sí mismas, son jurídicamente fundadas. Sólo está prohibida donde la ley la prohíbe expresamente, y, por paradójico que parezca, en eso es en lo que consiste la seguridad del orden jurídico. Estaría éste sacrificado si, en principio, la persecución de los derechos, en justicia, dependiese de la prueba del interés en la persona del demandado, o bien se permitiese sólo al contrario oponer y probar la falta de interés.

Si se parte de esta definición: los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de *derecho* a la posesión. Hemos expuesto más arriba el interés que implica la posesión: constituye la condición de la utilización económica de la cosa. Que esta utilización resulta así posible para el derechohabiente, como para el que no tiene derecho, no nos importa; en todo caso, la posesión presenta interés como pura relación de hecho: es la llave que abre el tesoro, y es tan preciosa para el ladrón como para el propietario. A este elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica, y de este modo concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho. Si la posesión como tal no estuviese *protegida*, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento en que es protegida, reviste el carácter de *relación jurídica*, lo que vale tanto como *derecho*.

Windscheid ha querido eludir la necesidad de esta conclusión, diciendo: la posesión engendra muchas "consecuencias jurídicas", pero eso no constituye un derecho; si no sería preciso calificar también como derechos las conveniencias y los testamentos⁴. Con-

⁴ *Pandectas*, I, Parr. 150.

funde en este caso el *hecho generador* del derecho con su efecto. Un hecho no es un derecho; la adquisición de la posesión vale en este respecto tanto como la conclusión de un contrato o la confección de un testamento. Pero cuando, como en los tres casos citados, la ley concede a un hecho consecuencias jurídicas favorables para una persona determinada, que coloca en situación de asegurárselas por medio de una acción, provoca la producción precisamente del conjunto de las condiciones legales que llamamos *derecho*. Al *hecho* de la conclusión del contrato la ley liga la *consecuencia jurídica* de que el acreedor puede reclamar del deudor la ejecución del contrato; al *hecho* de la confección del testamento liga la *consecuencia jurídica* de que el heredero instituido puede reclamar de los terceros la restitución de los bienes de la sucesión, y de los deudores de ésta el pago de sus deudas; al *hecho* del nacimiento de la posesión liga la *consecuencia jurídica* de que el poseedor puede exigir de los terceros el respeto de su situación posesoria. En los dos primeros casos denominamos la *consecuencia jurídica*, derecho del acreedor o de sucesión. ¿Qué motivo hay para negarle el nombre de derecho en el tercero? Si se niega el derecho de posesión sólo porque resulta como consecuencia de un hecho, es preciso también negar el derecho del acreedor y el de sucesión, porque la relación entre el *hecho generador* del derecho y la *consecuencia jurídica* es exactamente la misma, y, en efecto, no hay un solo derecho que no presuponga un *hecho generador* de derechos. Todos los derechos sin excepción aparecen como consecuencias jurídicas, es decir, como consecuencias jurídicamente protegidas en favor de aquellos a quienes deben aprovechar. No tengo inconveniente en conceder a quien destruya esta definición,

LA POSESIÓN

el derecho de decir que la posesión no es un derecho: si se renuncia a eso, se admite la naturaleza jurídica de la posesión.

Sin duda un hecho puede también engendrar consecuencias jurídicas que no constituyan derechos; tales son los hechos de *extinción* (por ejemplo, la *derelictio*, la entrega, el pago), y los hechos *modificativos* de derecho (por ejemplo, la *mora*, la *culpa*, el *dolo* en las relaciones *contractuales*). Pero dondequiera que los hechos engendran consecuencias que la ley garantiza al interesado por medio de una *acción* especial, destinada exclusivamente a este fin, tales hechos los clasificamos (como generadores de derecho) bajo el nombre de derechos.

En la mayoría de los derechos, la confusión del hecho generador con el derecho mismo está excluida por la diversidad misma de los nombres que el lenguaje les da; por ejemplo, el contrato y el crédito, el testamento y el derecho de suceder. Pero en el lenguaje de los romanos había también expresiones que tenían los dos significados; por ejemplo, *nexum*, *obligatio*, y tal es precisamente el caso de la posesión. Del mismo modo que al *nexum* y a la *obligatio*, como acto (hecho generador de derecho), se ligaba y refería el derecho del acreedor (consecuencia jurídica), designado bajo el mismo nombre, así a la posesión como *estado de hecho* se liga y refiere la posesión como *derecho*.

Los juristas romanos tuvieron plena conciencia de ese doble aspecto de la posesión. En el primer sentido, distinguen la posesión como *causa facti*, o por medio de expresiones análogas, por ejemplo, *corporis, facti est*; en el segundo la designan como *jus possessionis, jura possessionis*, siendo por tanto difícil de comprender cómo se han podido emplear expresiones

de la primera categoría, para sostener que la posesión, en sentir de los juristas romanos, no es un derecho. El aserto está desmentido por el reconocimiento formal de la posesión como derecho, y hay tan poca contradicción entre esas dos expresiones, que, muy al contrario, ponen de manifiesto el reconocimiento exacto, por parte de los juristas romanos, de la naturaleza jurídica de la posesión. En la posesión, la relación entre el hecho generador y el derecho es tan particular, que fuera de un solo caso, que mencionaremos inmediatamente no se la encuentra en ninguna otra parte.

En todos los demás derechos, y pueden citarse por vía de ejemplo como principales la propiedad y la obligación, el derecho se separa desde el momento en que ha nacido del hecho que lo ha engendrado, por ejemplo de la tradición, de la ocupación, del contrato, del delito: el hecho corresponde inmediatamente después al pasado, sólo persisten sus consecuencias. En la posesión, por el contrario, el mantenimiento de la relación de hecho es la condición del derecho a la protección: el poseedor no tiene un *derecho* sino *en cuanto*, o *mientras posee*. En otros términos; en todos los demás derechos el hecho es la condición *transitoria* del derecho; en la posesión es la condición *permanente*. De ahí nace la diferencia de la prueba. En los primeros mira al *pasado*; en éste al *presente*; en aquéllos no prueba más que el *nacimiento* del derecho, al cual se refiere como consecuencia necesaria su *existencia*; en este es preciso probar la *existencia* del derecho, y por eso no basta probar que la posesión ha nacido en tal o cual momento, porque no se estaría por ello autorizado para concluir que *existe* actualmente, sino que es preciso probar que la pose-

LA POSESIÓN

sión existía en el momento mismo en que el atentado se ha cometido.

De este modo es cómo en la posesión, el hecho y el derecho se completan: el derecho nace con el hecho y con él desaparece; no existe más que en tanto en cuanto el hecho existe. Ocurre lo mismo con el derecho de la personalidad, el cual ha compartido la suerte del de posesión, por lo que ciertos juristas han querido, tan equivocadamente como para la posesión, negarle el carácter de un derecho. Así como la posesión se encuentra unida a la existencia del estado de hecho destinado a protegerla, así el derecho de personalidad está ligado a la existencia de la persona; nace y muere con ella: en este caso el hecho y el derecho concuerdan también completamente.

No se hubiera llegado a desconocer la naturaleza jurídica de la posesión si no se hubieran encontrado inconciliables con ella los dos hechos jurídicos que siguen. El primero es que aun el poseedor injusto es protegido. ¿Cómo puede la injusticia engendrar el derecho? ¡Qué contradicción más grande! ¡El despojo violento está prohibido, y sin embargo, tiene por consecuencia un derecho! Pues el mismo fenómeno se presenta en materia de propiedad. El especificador, es decir, aquel que de una materia existente hace una cosa nueva, por ejemplo, el zapatero que emplea el cuero para hacer unas botas, el sastre que emplea paño para hacer un vestido, se hace el propietario de esta cosa, aun cuando la materia no le pertenezca. Igualmente, según la teoría romana sobre el derecho de caza, el que cazaba en terreno de otro contra la voluntad del propietario se hacía dueño de lo que hubiere cazado. Aquí también el *hecho* simple engendra el derecho. La ley no ha querido en modo alguno dar la aprobación a ese hecho y dejar el campo libre al

no propietario para hacer toda clase de especificaciones y al cazador para cazar en terreno ajeno: sus disposiciones responden a la idea de que los terceros no tuvieran que sufrir por la injusticia del acto: las consecuencias perjudiciales alcanzan exclusivamente a las personas culpables, lo cual se obtiene por medio de una acción personal dirigida contra ellos. La propiedad les es reconocida, no *por ellos mismos*, sino en interés de la seguridad de las transacciones sobre la *propiedad*. He ahí una de las ideas más fecundas del Derecho romano, que además se reproduce en una porción de relaciones, en que la adquisición de la propiedad en la persona del *adquirente* puede ser atacada, sin que el vicio que entraña su adquisición alcance a la *propiedad*. Esta pasa pura e intacta de manos del adquirente actual a la corriente de las relaciones: el principio enfermizo que la atacaba en su poder, queda en él y toma la forma de una acción personal. Quien no se dé cuenta de esta idea del Derecho romano, no podrá comprender el aspecto de la propiedad romana, ni la protección posesoria: se sorprenderá lo mismo al ver que la propiedad se conceda al propietario injusto (expuesto a la acción de rescisión) que al ver la protección posesoria concedida al poseedor injusto. Mas debe tenerse presente que la propiedad se concede a aquel, no en atención al mismo, sino en atención a *los terceros* que han adquirido la cosa de él, y también que la protección posesoria se concede al poseedor injusto, no por él, sino en atención al *propietario*. El fin perseguido por la ley no hubiera podido ser alcanzado si se le hubiera negado la propiedad al adquirente injusto, y la protección posesoria al poseedor injusto.

La comparación con la propiedad nos proporciona también un arma para rechazar la segunda obje-

LA POSESIÓN

ción hecha contra la naturaleza jurídica de la posesión. La posesión, se dice, sucumbe en la lucha contra la propiedad, es decir, en la reivindicación; no puede, pues, constituir un derecho. Si la conclusión fuese justa, la propiedad no sería un derecho tampoco, porque en ese caso mismo sucumbe a su vez bajo la acción personal de rescisión, y hasta hay otro caso en que la propiedad, *como tal*, puede extinguirse directamente por la declaración de otra persona, a saber: por una reserva condicional de revocación (condición resolutoria) adicionada a la transmisión. La noción de derecho no sufre nada por la circunstancia de que otra persona pueda en cualquier momento ocasionar la resolución del mismo.

El acreedor hipotecario puede siempre poner término a la propiedad del deudor por la venta de la cosa, y el deudor puede dar fin en todo momento al derecho del acreedor pagando la deuda. Lo mismo ocurre con la posesión en su relación con la propiedad. Mientras la persona que tiene el derecho de revocación no hace uso de él, el propietario, el acreedor hipotecario, el poseedor, deben ser considerados como en su pleno derecho. La circunstancia de que la posesión, como tal, no da el derecho, sino tan sólo la *posibilidad de hecho* de usar de la cosa, no implica el desconocimiento de su naturaleza jurídica. De lo expuesto resulta tan sólo que es un derecho muy poco extenso; pero los intereses más ínfimos pueden revestir el aspecto de derechos desde el momento en que no son de la categoría de aquellos a los cuales la ley niega la protección jurídica. Ahora bien; la cuestión del interés jurídico de la posesión ha sido elevada por la ley hasta colocarla fuera de toda discusión, por el hecho sólo de haberle concedido la protección jurídica. De este modo la posesión ha sido reconocida como

un interés que reclama protección y digno de obtenerla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de *derecho*, considerando como *institución jurídica* el conjunto de los principios que a él se refieren. La posesión, como relación de la persona con la cosa, es un *derecho*; como parte del sistema jurídico, es una *institución de derecho*.