

"OBRAS COMPLETAS"

TOMO II

LA POSESIÓN COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA Y SOCIAL

Pag. 23-46.



ESPASA-CALPE, S. A.

MADRID, 1987

~~añadiendo a la posesión con el valor de tradición para adquirir los derechos reales.~~

d) «Poseo el piso que habito...» He aquí la posesión en sí misma considerada.

III.—FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

Todas las instituciones jurídicas responden a una situación económico-social. Si se mantiene una concepción superadora no sólo del positivismo formal sino del sociológico, las instituciones reflejan, al mismo tiempo, un paradigma ético o valorativo. Preguntarse por el fundamento de algo en los dominios del derecho implica poner en marcha estas ideas. No es frecuente proceder así en el plano estricto de la ciencia jurídica todavía imperante —pese a las renovaciones metodológicas— más entregada a la elaboración lógica de los conceptos y del sistema que a la investigación de la realidad social condicionante y de los fines. Se construyen dogmas absolutos a partir de inducciones generalizadoras que terminan por desligarse del punto de partida para dotar de un valor superior a lo «construido», olvidando el proceso seguido en la construcción. Por eso el dogma funciona como un *a priori* propicio al reduccionismo deductivo. La posesión, por tantas razones peculiar, ofrece también aquí matices particulares. Forma parte de la tradición científica y no ha perdido actualidad el problema del fundamento de la protección posesoria. Jhering comenzó uno de sus estudios clásicos advirtiendo lo siguiente: nadie —dice— se pregunta por qué se protege la propiedad; todos inquieren por qué se protege la posesión⁷. Hoy día la observación no es del todo certera. El fundamento de la propiedad ha pasado a ser un tema inquietante en las más amplias esferas ideológicas. Y a esas corrientes no puede mostrarse insensible la ciencia jurídica. Sin embargo, aunque falta aquel contraste, continúa en pie la vieja pregunta en torno a la posesión.

I.—Teorías absolutas

También se debe a Jhering la observación de que las teorías explicativas del fundamento de la protección posesoria se pueden clasificar en *absolutas* y *relativas*, según que hagan descansar su razón de ser en la posesión misma o fuera de ella. Acaso los términos más adecuados para expresar tales ideas sean los de fundamentación autónoma y heterónoma.

⁷ JHERING, *El fundamento de la protección posesoria*, trad. española de ADOLFO POSADA, 2.ª ed. 1926. Este trabajo, publicado inicialmente en la revista fundada por el autor, apareció en edición separada el año 1868. Aquí se encuentra el estudio y la crítica de las teorías hasta entonces formuladas.

Las llamadas teorías absolutas no gozan hoy de predicamento. Se troncan con ideologías tan superadas como las del individualismo y el voluntarismo jurídicos. Sólo desde tal punto de vista puede considerarse la posesión (y he aquí el prototipo de las teorías absolutas) como la encarnación de una voluntad real dirigida a la detentación y atribución de una cosa. Esta voluntad particular (sostuvieron principalmente Puchta y Bruns), dirigida hacia las cosas, desempeña el mismo cometido que la voluntad universal (ley) en orden a la propiedad. En cuanto procedente de una persona jurídicamente capaz, es digna, sin más, de tutela. Puchta llega a decir que la voluntad de una persona jurídicamente capaz debe, hasta cierto punto, ser reconocida como un derecho, aun antes de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad de una persona jurídicamente capaz y en tal supuesto es posible que sea justa. Porque en la posesión se encuentra protegida la posibilidad del derecho, la capacidad jurídica; el derecho de posesión no es más —observa— que una especie particular del derecho de la personalidad aplicado a la sumisión natural de las cosas.

2.—Teorías relativas

Las llamadas teorías relativas o explicaciones heteronómicas muestran una amplia gama de matices. Dentro de ellas figuran las doctrinas, entre sí antagónicas, de Savigny y Jhering. El primero, al estimar que la posesión no es en sí misma un derecho y que, consiguientemente, su perturbación no puede considerarse en rigor como un acto anti-jurídico, situó el fundamento de la protección posesoria en el respeto a la esfera jurídica de la persona y en la eliminación de la violencia. Jhering, que en tantos puntos discrepó de Savigny, señaló numerosas contradicciones a tal fundamento de la tutela posesoria. No comprende que careciera de protección el poseedor en nombre ajeno si el fundamento de la posesión se encontrara no en la posesión misma, sino en la persona, y obedeciera a evitar la violencia. El que fueran excluidas de la posesión las cosas *extracommercium* tampoco se lo explica, ya que la situación jurídica de la cosa es indiferente si sólo ha de pensarse en la persona y en la represión de la violencia. Por lo mismo estima un contrasentido que estuviera asistido de tutela interdictal el poseedor de mala fe y que la mayoría de los interdictos actuaran sin subordinación a un delito. Y si, como sostiene Savigny, los interdictos fueran unas acciones penales, Jhering objeta que carecerían de utilidad al lado de las ya existentes. Tampoco estima congruente con la represión de la violencia y la función penal de los interdictos que éstos tuvieran precisamente por objeto la restitución de la posesión. En conjunto, Jhering considera la argumentación de Savigny posible en un tratado de derecho natural, mas incompatible con las fuentes romanas.

Tras la tarea estrictamente crítica, Jhering llevó a cabo una labor constructiva. Tampoco él sitúa el centro de la protección en la posesión en sí. Lo ve en la propiedad. La tutela de la posesión, piensa, se ha introducido por la propiedad, si bien se ha beneficiado a los no propietarios. Concibe la posesión como la exteriorización de la propiedad; y consiguientemente la protección posesoria es un complemento de la tutela dominical, una facilitación de la prueba. «No puedo concebir en la práctica —argumenta— un estado jurídico fundado únicamente sobre la propiedad romana; es decir, un estado en que fuera necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación. El poseedor se reputa propietario hasta la prueba en contrario.»

La doctrina de Jhering, que restringe considerablemente el significado social y jurídico de la posesión, ha de considerarse — y esto se olvida a veces— circunscrita al sistema romano de la propiedad. Dada la primacía atributiva que en sí ocupa la propiedad privada, la posesión se presenta —aunque también puede ser su antítesis— como dependiente y complementaria de aquélla. Esta dependencia y complementariedad no la coloca Jhering en directa relación con el carácter hegemónico de la propiedad. Piensa, sobre todo, en consideraciones procesales. «La propiedad —argumenta— dejada a sí misma, es decir, a la prueba de su existencia, sería la institución del mundo más incompleta y defectuosa»⁸. Pese a ello, en el fondo, esa necesidad de potenciar el derecho de propiedad en orden a su prueba, guardaba relación con lo que ella misma significaba. El propio Jhering viene a reconocerlo así cuando advierte que no puede concebir en la práctica un estado jurídico fundado únicamente sobre la propiedad romana, con exclusión de la protección posesoria, en el cual fuera necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación. Ahora bien, válida o no la tesis de Jhering en el ámbito que él la asignó, lo peligroso de su doctrina es que, en versiones posteriores, se ha prescindido del condicionamiento histórico concreto para dotarla de una generalidad de la que carece. A nuestro juicio, la posesión incorpora de suyo una fluencia social y jurídica primarias que no se da sólo a partir de la propiedad y como complemento de ésta. El fenómeno humano y social del uso y la utilización de las cosas es anterior a la institucionalización que representa la propiedad privada. Podría no ser todavía ese uso primario e inevitable lo que llamamos posesión. Sin embargo, está más cerca de ella que la propiedad. Mientras la propiedad privada viene determinada por un considerable número de factores de la estructura socioeconómica y política que

⁸ JHERING, *loc. cit.*, págs. 85-86.

la hacen variable en su contenido, en la posesión hay lo que he llamado en otras ocasiones una densidad social primaria presente en cualquier sistema de convivencia⁹.

3.—Otras directrices

Superando la vieja dicotomía teorías absolutas/relativas, y a la vista de lo que con posterioridad es observable en el tema del fundamento de la tutela posesoria, puede decirse que las directrices fundamentales¹⁰ están representadas:

- a) *Por una concepción dogmático-jurídica.* Refleja a modo de un último estadio de la ciencia de corte conceptualista. Tras depurar en el plano de la construcción jurídica las nociones de la titularidad y el ejercicio de los derechos, entiende que el ejercicio en sí mismo, con independencia de que sea reflejo de una titularidad —en la medida en que puede serlo, mas también aunque no lo sea— es objeto de tutela jurídica. Las doctrinas de esta clase —innumerables— se inclinan más hacia explicar el cómo que a justificar el *porqué* de la posesión. Atendidas al patrón positivista consideran suficiente que el ordenamiento jurídico configure una normatividad de la posesión, aunque desde este punto de vista es frecuente poner de relieve el significado de la posesión en cuanto imagen externa de los derechos o su apariencia (se corresponda o no con la realidad). El Código civil italiano de 1942 (art. 1.140) y el portugués de 1966 (art. 1.251) se hacen eco de esta concepción posesoria de la que realiza una exposición muy estricta y rigurosa Messineo¹¹.
- b) *Por una concepción historicista.* Las doctrinas de este carácter abandonan los esfuerzos especulativos generalizadores para preocuparse sólo de la génesis y de las transformaciones de la posesión, obedientes a motivaciones circunstanciales y concretas. Así, por ejemplo, se resalta —como lo hace Álvaro d'Ors— que la función originaria de la *possessio* fue un modo de distribuir una parte del *ager publicus*, sustraído al *dominium*, con lo que vino a introducirse una propiedad especial protegida por un medio extraprocesal (el *interdictum*), distinto de la *actio*¹². Por otro lado, esta actitud metodológica tiende a reducir a formas históricas las diversas concepciones, de suerte que el poder de hecho unido a

la intención dominical evocaría el régimen romano, y el ejercicio de hecho de los derechos se correspondería con el régimen canónico, mientras la posesión en cuanto mecanismo para la adquisición de los derechos reales y la teoría de la apariencia serían ecos de la *Gewere* germánica.

- c) *Por una concepción económico-social o realista.* Tal modo de plantearse el problema de la tutela posesoria envuelve una doble crítica: la del intelectualismo abstracto y la del sometimiento de la posesión a la propiedad como su medio de completar la protección de ésta. Las elaboraciones, ya clásicas, de Saleilles¹³ siguen siendo fundamentales. Contrapone a la rigurosa instrumentación jurídica de la propiedad, la realidad de la posesión como la efectividad consciente y querida de la apropiación económica de las cosas. A Puig Brutau, en nombre de su realismo, le parece muy ambiciosa la pregunta del *porqué* de la protección del poseedor, para reputar preferible preguntarse tan sólo «en qué casos merece la protección», si bien reconoce que la protección representa siempre «un fenómeno social que no es posible eliminar»¹⁴.
- d) *Por una concepción exaltadora de los valores de la paz y el orden.* A todas las teorías posesorias les subyace una ideología pacifista. La diferencia está en que mientras algunos autores buscan respaldos metodológicos e intencionalidades políticas, otros, de manera muy directa, proclaman una convicción. De Diego Lora afirma que «la protección de la posesión se justifica en la finalidad última que persiguen los procesos estrictamente posesorios: defender y tutelar la paz jurídica»¹⁵. De un modo muy completo y sintético, Albaladejo escribe: «La protección de la posesión se apoya en que la Ley no debe permitir que una situación existente, aunque sea de hecho, como la posesión, sea atacada ni siquiera por el que persigue un fin justo en sí (como el de hacerse con una posesión que le corresponde), y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor»¹⁶.

¹³ Varios trabajos de SALEILLES aparecen recogidos en la monografía *La posesión*, trad. esp. de NAVARRO DE PALENCIA, 1909. Cfr. también *La posesión de bienes muebles*, 1927, con notas de CASTÁN.

¹⁴ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, III, 1971, págs. 48 y sigs. He aquí una sutil reflexión con la que PUIG BRUTAU termina el tratamiento del tema: «Seguramente en esta cuestión de la protección posesoria el derecho civil se encuentra en los límites de sus posibilidades. No cabe suponer que una situación de hecho podrá quedar sin protección, si no es porque al mismo tiempo se ha juzgado preferente un interés distinto del que corresponde al poseedor. La cesación de todo estado posesorio exigirá un juicio entre valores en discordia, pero no será posible decretarla a base únicamente del hecho de poseer, al margen de todo enfrentamiento» (pág. 51).

¹⁵ DE DIEGO LORA, *La posesión y los procesos posesorios*, II, 1962, pág. 141.

¹⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de cosas*, 1974, pág. 83.

⁹ Un análisis más detenido de estos puntos de vista, se encuentra en nuestro libro *La función social de la posesión*, 1969.

¹⁰ Para estos y otros aspectos, cfr. *La función social de la posesión*, cit.

¹¹ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1946, págs. 4 y sigs.

¹² ÁLVARO d'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, 1960, pág. 103.

e) *Por la concurrencia de las varias concepciones.* En esta línea pueden recordarse, entre muchos, los nombres de Barassi¹⁷, G. García-Valdecasas¹⁸, Espin¹⁹ y Castán. El último escribe: «Las variadísimas teorías formuladas por los autores (la mayoría de las cuales han surgido como explicaciones históricas de la posesión en derecho romano), lejos de ser incompatibles se complementan entre sí, y unidas a otras razones de utilidad (como la de preparar la posición procesal de las partes en el juicio acerca del dominio), justifican cumplidamente la tutela de la posesión»²⁰. Díez-Picazo descarta como poco satisfactorias las teorías que colocan el fundamento de la tutela posesoria en la protección de la personalidad por su carácter genérico, ya que ésta es la razón justificativa última de todas las instituciones humanas; considera que aun cuando la posesión genera una apariencia jurídica, la protección de la posesión va más allá de ésta; estima que no es argumento suficiente el de la defensa de la propiedad; ve en la posesión una eliminación del arbitrio y de la violencia, así como la necesidad de mantener la continuidad de la vida jurídica, aspecto este subrayado por Heck, y dispensa una acogida favorable a la función social de la posesión dentro de ciertos límites, sin demasiadas exacerbaciones sociales (podría decirse)²¹. Lacruz resalta dos fundamentos principales: uno de carácter histórico en el sentido de que el derecho canónico medieval (tan cuidadoso de enmendar la violencia o argucia empleadas contra cualquier poseedor) que cree ha influido en la regulación posesoria del Código civil más que el derecho romano; y otro fundamento de carácter social. «La posesión — escribe — no es el simple contacto, igual en quien ocupa la finca para destruir la caza o para cultivarla, sino la proyección del hombre en la cosa para satisfacer sus necesidades o crear riqueza con abstracción de la relación de dominación; del *animus domini* que cualifica a la propiedad y no necesariamente a la posesión»²².

¹⁷ BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4.ª ed. 1955, pág. 415. Cfr. especialmente, *Diritti reali e possesso*, 1952, págs. 15 y sigs.

¹⁸ GARCÍA-VALDECASAS, *La posesión*, 1953, pág. 65.

¹⁹ ESPIN, *Manual de derecho civil español*, II, 1974, pág. 29.

²⁰ CASTÁN, *Derecho civil español*, II, 1.10.ª ed., 1964, pág. 437.

²¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, 1978, págs. 460

y sigs.

²² LACRUZ BERDEJO, *Manual de derecho civil*, 1979, págs. 290-291.

IV.—LA SEGURIDAD JURÍDICA, LA REALIDAD Y LA APARIENCIA EN EL FUNDAMENTO DE LA POSESIÓN

Para explicar el fundamento de la tutela que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la posesión hay que distinguir dos aspectos. Un primer aspecto es el relativo a la protección jurisdiccional específica constituida por las acciones interdictales de las que está asistido todo poseedor, incluso el poseedor natural, que constituye la situación posesoria mínima. Luego tomando como base los interdictos podemos encontrar un fundamento que afecta a toda la posesión, si bien en su faceta jurisdiccional, que siendo importante es sólo una parte de los efectos ligados a la misma. El otro aspecto a tener en cuenta concierne a las consecuencias jurídicas reconocidas a ciertas clases de posesión, como el derecho a los frutos en la posesión de buena fe, y la adquisición de la propiedad y de los derechos reales como prerrogativa de la posesión en concepto de dueño, con o sin buena fe.

En cuanto al primer aspecto, el fundamento de la tutela descansa, evidentemente, en razones de seguridad jurídica. Anteponiendo ésta a la justicia (que no queda excluida, aunque sí jurisdiccionalmente postergada) la ley organiza la subsistencia de las situaciones dadas sin prejuizar el pronunciamiento definitivo que corresponda. Antes de discernir cuál es el deber ser último, se impone el ser mismo del *statu quo* posesorio con lo que el derecho al respeto opera a modo de un derecho subjetivo general previo a los demás derechos subjetivos. Lo dado en cuanto tal determina el doble efecto de que, amparándose sólo en ello, puede ser defendido jurisdiccionalmente, así como que, para removerlo, se precisa una actuación jurisdiccional de orden superior. Si amparado es el poseedor también lo es el que intenta o realiza el despojo por cuanto el poseedor ha de proceder jurisdiccionalmente.

En otro aspecto, constituido por la adquisición de los frutos y de la propiedad u otros derechos reales, el fundamento de la posesión, partiendo también de lo dado, ya no se contrae sólo a su respeto. Por eso las razones de seguridad jurídica, válidas para la totalidad de la posesión, reciben otras matizaciones y complementos. La posesión llega a enfrentarse con (los otros) derechos y a triunfar sobre ellos. El poseedor es preferido no ya al no poseedor que se decide a actuar por las vías de la fuerza, sino que incluso es preferido al titular del derecho, bien confiriéndole determinadas ventajas durante el tiempo que se mantiene en la situación posesoria (como los frutos), bien haciendo girar el derecho hacia él (como ocurre con las presunciones posesorias, con el papel de demandado que ocupa en la reivindicación y con la adquisición de la propiedad y los derechos reales). Para explicar este alcance de la posesión no basta el mero pacifismo del orden. La idea básica que late aquí como fundamento de la posesión es superponer la realidad de una con-

ducta al formalismo de la atribución meramente nominal de los derechos.

Curiosamente, junto al valor de la realidad —o facticidad— cuenta también el valor de la apariencia. Con base en ésta se producen ciertos efectos posesorios favorecedores de los que ocupan la posición de terceros. No hay contradicción. La apariencia no es lo contrario de lo real, sino lo que se muestra externamente como real. Para los que intervienen en la apariencia, ésta puede ser realidad o no. En la simulación hay siempre una realidad interna y una apariencia externa. Los que intervienen en el negocio jurídico simulado saben que no es real, si bien persiguen mostrar como real lo que no lo es; y en esto consiste la apariencia, que puede tener un alcance absoluto, como cuando detrás de la compraventa no hay sino el mostrar como comprador a quien no lo es, o relativo, como cuando la compraventa (aparente) encubre una donación (real). Los extraños al negocio jurídico toman como real lo aparente. Las partes conocen perfectamente la realidad y la apariencia. En el orden interno se atienden a la primera y en el externo a la segunda.

No ocurre lo mismo con la apariencia contemplada en el plano de la posesión. Cuando decimos que la posesión es o cumple una función de apariencia no contraponemos ésta a la realidad. En tanto en la simulación generadora de la apariencia hay siempre una discrepancia, internamente conocida, en la apariencia posesoria no existe de modo necesario. El poseedor que funda la apariencia puede considerarla como expresión de la realidad, en cuyo caso no hay contraposición entre una y otra e incluso la noción de apariencia sobra; hay una plena identidad; lo que es, es; o es igual a lo que es. Tal ocurre en el caso del poseedor de buena fe, que en un sentido jurídico-social completo no es solamente el que ignora o cree algo distinto de lo que es en realidad, sino también aquel poseedor que no se encuentra en esa situación de ignorancia o creencia porque nada ignora y lo creído coincide con lo que es. Diversamente, el poseedor de mala fe distingue entre realidad y apariencia; funda una situación de apariencia, mas no cree en ella. Entonces la apariencia, estimada como una manifestación de la realidad, cuenta sólo para quienes desconocen la condición o situación de mera apariencia. El origen de la apariencia posesoria puede estar en un negocio jurídico simulado en el que haya intervenido el poseedor, con lo que éste, como todo el que interviene en la simulación, no cree en la apariencia, aunque la quiera (con la otra parte, si el negocio es bilateral) y la funde respecto de terceros. No obstante, su origen puede ser distinto. La esfera de acción de la apariencia posesoria es más amplia que la derivada de la simulación. Sin salir del campo negocial, la apariencia posesoria puede proceder de un negocio jurídico en el que concurren causas de nulidad (o anulabilidad) o de resolución que, por no haberse ejercitado la acción impugnatoria o por cualquier otra razón, mantie-

nen la posesión y con ella la apariencia del derecho. Sin embargo, la apariencia en la posesión actúa por sí misma sin consideración a cuál sea su origen. Ya es una manifestación de la tutela de la posesión en cuanto apariencia la presunción de que el comportamiento del poseedor está amparado por un título o razón jurídica, de manera que lo exteriormente expresado —lo que aparece— se considera coincidente con lo que es. Favorecido, en primer término, es el poseedor en cuanto, a muy amplios efectos, queda liberado de la prueba. Pero la función más específica de la apariencia se produce en relación con los terceros de buena fe. Éstos, fundados en la apariencia creada por la posesión, pueden ser mantenidos en la adquisición procedente del poseedor, aunque éste no sea propietario o titular del derecho que transmite. Así surge la adquisición *a non domino* que tiene su manifestación más importante en materia de bienes muebles, conforme al artículo 464.

Algún sector de la doctrina confiere a la apariencia un campo de acción más extenso. Considerando predominantemente la posesión como el ejercicio de los derechos y ligando ejercicio y apariencia, tiende a explicarse la posesión misma y todos sus efectos como una legitimación derivada del ejercicio aparente de un derecho real por su no titular. Así se sostiene, por ejemplo: todo poseedor está legitimado para el ejercicio de los interdictos de retener y recobrar; el poseedor en concepto de dueño tiene una legitimación extraordinaria para actuar con base en la apariencia de titularidad; la protección dispensada al titular aparente se acentúa cuando se trata de un poseedor de buena fe que hace suyos los frutos, está favorecido con la usucapión ordinaria, le asiste la acción publiciana, etc. Ladaria, que expone y sustenta este punto de vista, escribe: «En resumen, la posesión... constituye una situación de hecho en base a la cual su detentador (poseedor o titular aparente) es investido por la ley de legitimación (extraordinaria) para realizar eficazmente actos de goce y conservación»²³. En la misma línea, aunque con mayor relieve, aparece la teoría de la apariencia jurídica como explicativa de los actos de disposición realizados por el no titular del derecho. A nuestro juicio, esta absorción de la posesión por la apariencia es un claro exponente del método dogmático o de la construcción jurídica, que tiende a la superposición de los conceptos. Por eso, el concepto de la posesión se engloba en otro más general, como el de la apariencia. Creemos innecesario proceder así, en términos de tan absoluta generalización. Entre las funciones que cumple la posesión figura la de fundar una apariencia, pero ésta no la engloba por completo. Los interdictos se confieren al poseedor por razones de seguridad, como medio para que una situación establecida no se altere por las vías de hecho; mas no porque

²³ LADARIA CALDENTEX, *Legitimación y apariencia jurídica*, 1952, pág. 136.

haya de reputársele un titular aparente. El derecho a los frutos procede de que, efectivamente, el poseedor tiene a su cargo la gestión económica de la cosa, y si es de buena fe, han de reconocérsele sus rendimientos. Tampoco para explicar la usucapión es necesario —o, al menos, suficiente— acudir a la apariencia. Se necesita el mantenimiento durante un tiempo determinado de la situación posesoria. Es más la permanencia en la posesión, unida a la inhibición del titular, la que termina por imponer el derecho como efectividad frente a la mera titularidad formal. A la noción y a la función de la apariencia hay que acudir para fundamentar ciertas adquisiciones por los terceros de buena fe. Los terceros se atienen a la apariencia y confían en ella, no ya porque sea apariencia, sino en cuanto ésta, careciendo de otros elementos de juicio, hace suponer que expresa y publica una realidad. Por eso la apariencia en materia de bienes muebles desempeña un cometido similar al de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles y respecto de determinados derechos reales mobiliarios. La adquisición es una transmisión procedente de un titular aparente, según la posesión o el Registro. De todas maneras, el efecto jurídico no se produce *porque* el titular sea aparente, sino *aunque* sea aparente. La adquisición a *non domino* viene a equivaler a la adquisición procedente del dueño porque el transmitente actúa como si lo fuera. Pero de todas maneras la adquisición no viene legitimada sólo desde el punto de vista del enajenante, sino también y sobre todo desde el punto de vista del adquirente.

V.—LA NATURALEZA DE HECHO O DE DERECHO DE LA POSESIÓN

1.—Posición de la doctrina

El viejo tema polémico no ha perdido por completo actualidad, aunque sí virulencia. Tampoco carece de consecuencias prácticas. La Ley Hipotecaria excluye la posesión del Registro de la Propiedad, al que tienen acceso los derechos reales, por no considerarla como derecho.

Un censo doctrinal completo acerca del problema resultaría fatigoso. Cabe algún bosquejo divisible en dos periodos: antes y después de 1884. Este año es el de la publicación de la obra del Marqués de Olivart, *La posesión. Su noción en el derecho abstracto*, que contiene un examen exhaustivo de las fuentes y la literatura en torno al problema²⁴.

Las fuentes del derecho romano muestran pasajes gramatical y lógicamente inconciliables. Según el conocido texto de Paulo *«possessio est*

rei facti, non iuris», mientras Papiniano piensa: *«Non est corporis; sed iuris»*. La disparidad de los textos se prolonga como un eco en las contrapuestas opiniones de los intérpretes. Entre los glosadores y los comentaristas prepondera la creencia de que la posesión es un hecho, aunque con algunas excepciones notables como las de Bártolo y Bassiano. Gran parte de la doctrina clásica española se inclina por la tesis del hecho: Ramos del Manzano, Fernández de Retes, Covarrubias, Vázquez de Menchaca y Pichardo; si bien no faltan representantes de la otra tendencia: Orozco y Gómez, y acaso Matienzo y Paz. En la llamada jurisprudencia humanística y elegante y entre los juristas del siglo XVIII, los nombres de Duareno, Cuiacio, Vinnio, Donello, Pothier y Heinécio aparecen inscritos en la tesis del hecho. Del último, tan divulgado, son estas palabras poco afortunadas: «La posesión es un hecho momentáneo que cesa tan pronto como se presente el verdadero dueño, y que cesa también cuando alguien nos arrebatara la cosa poseída, y que produce los interdictos que son acciones posesorias.» Savigny inicialmente proclama la naturaleza de hecho de la posesión; pero a partir de la 5.ª edición de la famosa obra formula la conocida teoría de que si bien en sí misma es un hecho, engendra consecuencias jurídicas constitutivas de verdaderos derechos.

A raíz de Savigny la antítesis hecho/derecho, sin desaparecer, cede el paso a la síntesis hecho/derecho. Diversos autores, como Brinz, Apleton y Rudorff, siguen fielmente al fundador de la Escuela histórica. Otros continúan manteniendo el criterio del hecho: Thibaut y buen número de pandectistas (Bruns, Arndts, Kuntze, Kierulff, etc.); Randa (que con evidente exageración la califica de un «no derecho»); los franceses Troplong y Laurent; los italianos Pacifici-Mazzoni y Prisco y otros muchos. No faltan, sin embargo, los partidarios de la teoría del derecho, como Jhering (que posiblemente contribuyó más a la justificación con el modo amplio de entender el derecho subjetivo como interés protegido que con lo específicamente sostenido acerca de la posesión), Gans, Mühlbruch, Sintenis, Bekker (pandectistas), Hegel y Sthal (en el plano de la filosofía), Puchta (el discípulo de Savigny), Demolombe (el comentarista del Código Napoleón), Marcadé, Accarias, Ortolan, Sánchez Román y el propio Marqués de Olivart.

En el tiempo subsiguiente a la obra del Marqués de Olivart puede decirse que el problema de la naturaleza de la posesión experimenta las consecuencias de la evolución metodológica y de la codificación de los derechos nacionales. En el derecho romano, la altura lograda por los estudios histórico-críticos con el empleo del método de las interpolaciones, ha roto el nudo gordiano de la contradicción entre los textos, para desembocar en la creencia de que la posesión mientras en la etapa del derecho clásico era considerada como un hecho, en la justinianea tiende a configurarse como un derecho, según piensan, juntamente con otros

²⁴ En esta obra, de carácter eminentemente erudito, pueden consultarse con todo detalle las referencias bibliográficas y las opiniones sobre el tema anteriores a su publicación.

muchos autores, Bonfante, Rotondi, Vasalli y Albertario. Enneccerus, exponiendo el derecho alemán, subraya la importancia del dato jurídico positivo: «Hoy día se reconoce por la mayoría, dice, que la posesión es un derecho, y apenas cabe discutirlo conforme al BGB.» De modo análogo piensa el jurista argentino Lafaille: «Puede afirmarse que, hoy por hoy, el comentario, como la enseñanza, se manifiestan en el sentido de que la posesión es un derecho a través de las normas del Código civil.» Hay quien expresa un convencimiento racional profundo, como Filomusi: «En verdad, yo no puedo persuadirme de la dificultad de concebir la posesión como un derecho por sí. Hecho es todo elemento material del derecho. Hecho es el honor, pero no se niega un derecho al honor.» También Von Tuhr: «Un señorío reconocido y protegido por la ley no es otra cosa que un derecho subjetivo, y como se trata de un señorío sobre la cosa, un derecho real.»²⁵

Entre los autores italianos, lo mismo el ya clásico Fadda que Montel (autor de numerosos estudios sobre temas posesorios; obra fundamental: *Disciplina del possesso nel Codice civile*, 1947), pasando por Venci, Carboni, Ruggiero, Ferrara, Barassi, Maroi, Messineo..., es claramente dominante la tendencia a considerar la posesión como un derecho. Gentile, en *Il possesso nel diritto civile* (1956), tras agrupar en cuatro fórmulas las teorías explicativas de la naturaleza de la posesión (teoría empírica, teoría jurídica, teoría mixta y teoría procesalista), llega a la conclusión, poco convincente, de que la posesión no es un derecho subjetivo, sino un interés protegido no contra cualquier lesión, sino contra algunas lesiones cualificadas por la forma y por el sujeto. «Si la propiedad —dice— es un derecho subjetivo, la posesión no puede serlo, pues no habría modo de distinguirla del dominio.» Los autores franceses, más realistas que dogmáticos, no conceden importancia o se la conceden mínima al problema de la naturaleza de la posesión. Ejemplos bien característicos los brindan Planiol, Bonnecase y los hermanos Mazeud. Josserand apunta que en la concepción moderna la posesión es un derecho o fuente de derechos.

En España, los comentaristas y muchos de los autores de exposiciones generales se inclinan por considerar la posesión como un derecho. Así, Manresa, Scaevola, Sánchez Román, Valverde, Falcón, Jaén, Morrell, Clemente de Diego, Casso, Pérez González y Alguer y Castán. «No vemos inconveniente —escribe este último— en reconocer que, dentro de nuestro Código, la posesión, además de un hecho, es un derecho. Aunque no se dé gran valor a la dicción del artículo 438 *in fine*, y menos a la del 443, siempre resulta que el sistema de nuestro Código, al admitir el régimen de la transmisibilidad de la posesión a los herederos

(la llamada *successio possessionis*), constituye un fuerte argumento demostrativo de que se trata de una relación jurídica»²⁶.

La reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria dio ocasión para anatematizar la tesis de la posesión como derecho. En esta línea aparecen: Marín Pérez (*La naturaleza jurídica de la posesión*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1943); Cirilo Genovés (*La posesión y el Registro de la Propiedad*, conferencia en el Colegio notarial de Barcelona, 1944); Porcioles (*La prescripción y el Registro de la Propiedad*, conferencia en el mismo Colegio, 1944); Núñez Lagos (*Realidad y Registro*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945); Roca Sastre (en su *Tratado de Derecho hipotecario*) e Iglesias Cubría (*De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en «Revista de Derecho privado», 1949). En estos trabajos, junto a juicios muy equilibrados, se encuentran algunas muestras de apasionamiento, como afirmar que «en la actualidad no hay nadie que sostenga rotundamente que la posesión es un derecho real perfecto, y tanto los textos legales como una abrumadora mayoría de las opiniones doctrinales la consideran como un simple hecho».

G. García-Valdecasas (en *La posesión*, 1953) se apega mucho a la tesis savigniana, si bien observa que el régimen del Código civil favorece la concepción de la posesión como derecho. El mismo autor (en su trabajo *La doble naturaleza de la posesión*, al que luego aludiremos) expone más ampliamente su punto de vista. Fieles asimismo a Savigny son, entre otros muchos autores, Desen y Vera Villalobos (*Manual de Derechos reales. Parte General. Posesión. Defensa posesoria*, 1962).

De Diego Lora, en *La posesión y los procesos posesorios*, 1962, contraponen un concepto primario de la posesión (el inicial del derecho romano), para el que tendría sentido la tesis del simple hecho, al desenvolvimiento ulterior de la posesión a «imitación del derecho».

La idea de hacer depender la naturaleza de derecho de la posesión —o al menos la intensidad de esa naturaleza, que ya aparece en García-Valdecasa— de la existencia o no de un poder de hecho, la ofrece más radicalizada Albaladejo (*Derecho civil*, III, 1976). Para él los dos sentidos de la posesión —hecho y derecho— vienen a constituir dos modos de ser la posesión: poder de hecho y poder jurídico (derecho). En cuanto poder de hecho consiste «en el *hecho mismo* de ese poder, omisión hecha de que se tenga o no derecho a él». Este modo de ser la posesión difiere, para Albaladejo, del derecho subjetivo, porque éste es un poder concedido por el ordenamiento jurídico, y la posesión «ni puede proceder de la ley ni depende de ella, ya que la ostenta quien *en realidad domine la cosa*, y no quien establezca la ley que debe dominar

²⁶ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. II. *Derecho de cosas*, vol. I.^o 11.^o ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, 1978, pág. 569.

²⁵ Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Algunos problemas en torno a la posesión*, 1951.

la». La cualidad de derecho de la posesión la reserva Albaladejo «para ciertas situaciones que no son de poder de hecho de una persona sobre una cosa», respecto de las cuales el ordenamiento jurídico, por conveniencias prácticas, establece efectos esencialmente iguales que los producidos por el poder de hecho. Pues bien, de la circunstancia de que no haya una dominación efectiva, sino sólo un señorío o poder jurídico (independientemente de a quien corresponda el derecho definitivo), se deriva la existencia de casos «que son... de posesión como derecho (poder jurídico), y no como hecho (dominación efectiva)». Como manifestaciones de la posesión en cuanto derecho señala: el poder incorporal que conserva durante un año el despojado, la posesión civilísima del heredero y la posesión mediata.

Espín (*Manual de Derecho civil español*, II, 4. ed. 1974, págs. 23 y sigs.) singulariza la importancia de un argumento: como conforme al artículo 440 del Código civil se produce la sucesión en la posesión, ésta en nuestro ordenamiento es un derecho.

Lacruz, en un ensayo de planteamiento muy original (*Contribución a una pedagogía de la posesión*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro», II, 1976), en el que concibe la posesión como fuente del «derecho a seguir poseyendo» y como ese mismo derecho, afirma como «indudable su condición de derecho subjetivo». Lacruz observa como nota caracterizadora que la posesión en cuanto hecho constituye un *estado* (continuo y estable), a diferencia de otros hechos (actos) teóricamente instantáneos, que carecen de entidad (no de localización) temporal. Y esa diferencia sigue manifestándose «en el aspecto de la producción del derecho subjetivo, pues el acto crea instantáneamente y para en adelante el derecho, que puede persistir independiente (por ejemplo, transmisión de propiedad), mientras el *estado* genera el derecho habitualmente y como un medio transitorio de defensa de su continuación, frente al despojo...». Para Lacruz, la posesión —dada su eficacia *erga omnes* y su relación inmediata con el bien poseído— es un derecho subjetivo, absoluto, real y claudicante. Esto último en dos sentidos: porque claudica ante cualquiera que demuestre su derecho a poseer (*ius possidendi*); y porque se esfuma, «sea al desaparecer el supuesto fáctico que incesantemente le produce, sea poco después».

A Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 1978, pág. 465) le parece «conciliadora y muy razonable» y que «goza hoy de gran aceptación en la doctrina civilista», la opinión que, inspirada en Savigny, expone Messineo en los siguientes términos: «La vieja disputa (que no tiene razón de ser) sobre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, se resuelve observando que la misma nace como una relación de hecho (aprehensión, uso o entrega), mas apenas nacida se convierte en una relación de derecho (de tendencia, eso sí, meramente temporal), en cuanto es súbitamente productora de efectos jurídicos,

toda vez que el poseedor como tal es admitido a continuar poseyendo, y es tutelado (si bien en forma provisional), aun cuando no esté asistido de un título de adquisición de la posesión.»

2.—Justificación de la tesis de que la posesión es un derecho.

Hay suficientes razones para considerar que la posesión puede ser concebida como un derecho que guarda semejanza con los derechos reales, lo cual no quiere decir que se identifique con éstos. De un lado, porque hay una diferencia de rango, razón por la que ha sido calificada como un derecho real provisional en cuanto puede ceder o decaer ante el derecho (definitivo); y de otro lado, porque puede darse fuera de los derechos reales en virtud de una relación obligacional (como en el arrendamiento, el depósito, el comodato, etc.) que desplaza hacia otro la posesión de la cosa, aunque se conserve la posesión del derecho (propiedad, usufructo, etcétera.).

No es convincente la concepción ecléctica pese a la autoridad de muchos de sus defensores y especialmente la de Savigny, cuando sostiene que la posesión es un hecho en su nacimiento o que surge como una relación de hecho (por la aprehensión, el uso o la entrega), si bien produce unas consecuencias jurídicas, donde está su faceta de derecho. En la posesión, como categoría jurídica, el hecho no es pura facticidad, sino un hecho jurídico en cuanto hay una regulación conformadora del hecho o hechos que conducen a la posesión. La aceptación de esta faceta de hecho no es incompatible con la tesis del derecho. Ahora bien, resulta insuficiente, incompleta, para caracterizar globalmente a la posesión. El problema no se resuelve diciendo que, en parte, es un hecho y, en parte, las consecuencias jurídicas de ese hecho; o que en las consecuencias jurídicas se muestra como un derecho. Cuando se afirma que es un derecho no se descarta que en la posesión hay un hecho ni que éste produce consecuencias jurídicas. Lo que se sostiene es que, el conjunto denominado posesión, tiene la estructura y la función propias de los derechos. No hay inconveniente, además, en aceptar que en la posesión se acusa más la presencia de los hechos que en otros derechos. La regulación posesoria está muy ligada a la realidad social en un grado superior a la de los demás derechos. A veces, la propia norma jurídica es una remisión a lo socialmente dado. A nuestro juicio, la posesión es la institución jurídica de mayor densidad social. No obstante, ello no excluye su configuración como un derecho. La tesis del hecho parte de una concepción predominantemente nominalista y formalista de los derechos.

Afirmar que la posesión es un derecho no significa, ni mucho menos, desconocer la presencia en ella de un poderoso elemento de hecho. No hay contradicción en definir, por una parte, la posesión como señorío o poder de hecho, y considerarla, por otra, como un derecho.

El elemento de hecho que figura en la posesión es insuficiente para expresar su total estructura y función. Es supuesto de hecho, contenido e incluso fundamento; pero supuesto, contenido y fundamento de algo: del derecho que es la posesión, en su conjunto.

La caracterización de los derechos reales en sí y su diferencia de los derechos de obligaciones ha sido objeto de larga polémica. Hoy puede considerarse en cierto modo dominante la conclusión de que los derechos reales están caracterizados por dos elementos: uno, llamado interno; y otro, externo.

El elemento interno espresa una potestad sobre la cosa, una sujeción de la misma a nuestro poder; el derecho real, en fin, se proyecta de una manera directa sobre la cosa. No hay duda que este elemento interno se da en la posesión. No existe poder sobre una cosa físicamente tan perfecto, ni tan directo, ni tan inmediato como el que expresa la posesión. El artículo 430 del Código civil la define precisamente como «tenencia» o «disfrute». Claro es que esta perfección que físicamente tiene el poder que otorga la posesión, se invoca por los contradictores para sostener que la posesión es un hecho; se alega que esa vinculación al goce demuestra que no se ostenta un poder jurídico sobre la cosa, sino tan sólo un poder material, económico; de hecho, en una palabra. Se piensa en la propiedad como exponente de los derechos reales, y se contraponen a ella la posesión. El poder que atribuye la propiedad, se dice, por ser propiamente jurídico, es independiente del goce de las cosas. Eliminado el goce, lejos de negarse el derecho de propiedad, se reafirma. En cambio, en la posesión no ocurre así.

La indiscutible diferencia existente entre la propiedad y la posesión no basta para que ésta no sea concebible como un derecho. Sólo significa que no se pueden escindir titularidad y goce; pero la vinculación al ejercicio no lleva consigo que la posesión no sea un derecho. Es sólo la consecuencia de que el fundamento de la posesión como derecho radica en el ejercicio mismo. En todo caso, al valorar la regulación a que un determinado derecho positivo somete a ciertas relaciones, la protección con dependencia o con independencia del goce no es apta para contraponer hechos y derechos; de forma que sea cierta la proposición de que allí donde se da con independencia del goce hay un derecho, y donde no se da, un hecho. Lo contrapuesto es sólo un poder espiritualizado a otro materializado; uno formalista a otro realista. No el hecho y el derecho.

Ocurre, eso sí, que en otros derechos hay un supuesto de hecho determinante de la adquisición, del que luego el derecho nacido o transmitido se independiza; mientras que en la posesión subsiste, se reitera. Es, al mismo tiempo, factor determinante del nacimiento y contenido.

Además, la vinculación de la posesión al goce, a la tenencia, no es, ni mucho menos, absoluta. En la evolución histórica de la posesión se

percibe con toda claridad un proceso de espiritualización. Si para afirmar la naturaleza de hecho de la posesión se ha tenido en cuenta el aspecto material del poder que entraña, por la misma razón podrá invocarse esa espiritualización para aproximarla a los derechos. En este proceso de espiritualización ha jugado un papel muy importante la idea germánica de la *Gewere*, aunque también la *possessio* romana se ha espiritualizado. El requisito del *corpus* ha perdido gradualmente su originaria significación rígidamente material. Otra muestra de la espiritualización de la posesión la encontramos en la circunstancia de que en el propio derecho romano se fueron dando gradualmente supuestos de conservación de la posesión con base sólo en el *animus*, es decir, sin la concurrencia del *corpus* necesario para adquirirla.

También en el Código civil se contemplan diversas situaciones de conservación de la posesión con independencia del mantenimiento del poder de hecho sobre las cosas. La más importante y significativa está recogida en el número 4º del artículo 460: «El poseedor puede perder la posesión... 4º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.» Este precepto es enormemente significativo, pues demuestra que la posesión no se pierde por el sólo hecho de que la cosa salga del poder del poseedor. Hace falta algo más; ha de permanecer en poder de otro durante más de un año —año y día— para que la posesión se estime perdida. El despojado está asistido durante ese tiempo por las acciones posesorias. Es lo que con afortunado grafismo se ha llamado «la posesión incorporal del despojado». Muestra del proceso de espiritualización es también la amplitud que ha ido alcanzando la posesión; en el derecho romano sólo se consideraron como objeto de la misma a las cosas, creando para los derechos la figura anómala de la *quasi-possessio*. El derecho canónico y el germánico extienden la posesión a los derechos y lo mismo hace el Código civil (arts. 430, 431, 432, 437 y 438). La posesión mediata, propia del derecho alemán, consistente en el ejercicio de la posesión a través de un poseedor inmediato, dota de gran flexibilidad al concepto.

De todas maneras, la gradual espiritualización de la posesión o la posibilidad de que, en alguna medida y en ciertas situaciones, el contenido fáctico se debilite e incluso transitoriamente desaparezca, aunque sea un argumento atendible para poner de manifiesto su similitud con los derechos, no nos parece un argumento decisivo. Si afirmamos su cualidad de derecho no es en razón de esa circunstancia, aunque sea invocable frente a quienes identifican el poder jurídico con el desligado de una efectividad real. No se trata tan sólo, desde nuestro punto de vista, de que en algunas situaciones guarde parecido con el que se reputa rasgo definidor de los derechos. Nuestra tesis (opinable, como todas) es la de que la posesión, aun nutrida del máximo contenido fáctico, puede

ser integrada en la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder y una tutela jurisdiccional. Por otra parte, la independencia de los derechos de su efectividad o de su ejercicio, su abstracción, es la secuela de una ideología dirigida a robustecer y ampliar el «tener» al margen del ser, mismo, antes que una exigencia óntica o meramente conceptual. Ciertamente se trata de un modo de pensar e incluso de actuar ideológicamente traducido en normatividades. El derecho de propiedad, no para debilitarse, sino para absorber todos los poderes, llega a prescindir de todo contenido. A través de la sociedad anónima —y de las múltiples combinaciones o cadenas de sociedades— la figura del propietario de los bienes se esconde y difumina, lo que no impide que acumule un capital de fuerte potencialidad económica. No obstante, los propios ordenamientos jurídicos de corte tradicional conocen de antiguo instituciones como la prescripción y la usucapión que son un freno a los derechos abstraídos de su efectividad. Modernamente, los problemas de distribución de las riquezas, que se afrontan a través de la función social de los derechos, están haciendo ver cómo la fórmula de la abstracción de los derechos respecto de su ejercicio tiene que ser corregida. En definitiva, ese rasgo pretendidamente inmaterial de los derechos no puede hoy convertirse en un dogma absoluto para, desde él, negar a la posesión su cualidad de derecho.

El otro elemento caracterizador de los derechos reales es el llamado externo. Bajo tal denominación se comprende el conjunto de medidas con que el ordenamiento jurídico asegura el mantenimiento de la situación de poder sobre una cosa. Esto se consigue a través de un deber general de abstención, que tiene su traducción dinámica en las acciones con eficacia *erga omnes*, persecutorias de la cosa. Posiblemente no hay acción tan definida por el mantenimiento de la situación dada y la cosa en sí como la estrictamente posesoria.

Que la posesión, aun considerada como un hecho, produce consecuencias jurídicas, nadie lo niega. Precisamente en cuanto las produce se halla regulada por el derecho positivo; o bien, en cuanto se halla regulada produce consecuencias jurídicas. Que la posesión produzca consecuencias jurídicas no basta para que, por ello sólo, se la pueda concebir como un derecho. El contrato produce efectos jurídicos y, sin embargo, en sí mismo no es un derecho. Otro tanto sucede, por ejemplo, con el tiempo.

Ahora bien; si esas consecuencias son de naturaleza y entidad análogas a las generadas por los derechos, se está en presencia de un derecho. Así: la adquisición de la propiedad de los frutos, la adquisición de la propiedad a través de la usucapión, la adquisición de la propiedad por el juego de la regla contenida en el artículo 464. En todos estos casos, la posesión actúa como medio de adquisición de otros derechos, como fuente de los mismos. Ciertamente que en estos supuestos la pose-

sión actúa como fuente o antecedente de otros derechos: el de propiedad de los frutos y el de propiedad u otro derecho real correspondiente a la cosa. Sin embargo, el que sea origen o tránsito hacia otros derechos no quiere decir necesariamente que ella carezca de ese carácter. En la hipótesis de los frutos ocurre lo mismo que con la propiedad o el usufructo. Y las otras hipótesis —usucapión, adquisición ex artículo 464— sólo significan que se trata de un derecho no siempre reducido a sí mismo o que es transitorio. Pero aparte de estos efectos, la posesión en sí misma produce la fundamental consecuencia jurídica de estar protegida frente y contra otros. El poseedor está amparado por el deber general de abstención que recae sobre los terceros. El poseedor tiene derecho a conservar la posesión, a continuar en ella y a recuperarla. La transgresión de ese deber general de abstención funda las acciones interdictales dirigidas al restablecimiento de la situación posesoria: «Todo poseedor, dice el artículo 446, tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuera inquiriendo en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.»

De aquí se desprende que el señorío del poseedor —como dice Von Tuhr— no encuentra protección solamente mientras subsiste el hecho, sino que el poseedor, como los demás titulares de derechos reales, tiene a su disposición instrumentos jurídicos para recobrar su señorío cuando lo haya perdido.

Esta protección no es ciertamente de la misma intensidad que la dispensada a la propiedad; si se ponen en conflicto la mera posesión y la propiedad, tendrá aquélla que ceder. No obstante, la posesión funda un deber general de abstención. Este deber alcanza incluso al propietario; el poseedor está protegido también contra los actos arbitrarios del propietario. Sólo cuando éste actúa por las vías legales y demuestra su mejor derecho, cede la posesión ante la propiedad.

3.—Impugnación de algunos argumentos

Pese al carácter de dominante que corresponde atribuir a la tesis de la posesión como derecho no han faltado, según hemos visto, quienes se oponen. ¿Con qué argumentos? Tomaremos en consideración sólo algunos.

A) Iglesias Cubria considera como un error histórico sostener la naturaleza de derecho de la posesión con base en las acciones que la tutelan, porque la prioridad no puede atribuirse siempre a la acción²⁷.

²⁷ «Es un problema muy hondo —escribe—, y aún no del todo calado, el de la existencia de derechos sin acción y el de la prioridad de la acción sobre el derecho subjetivo. Afirmar esa prioridad, entendiéndolo que los derechos son siempre en Roma

Prescindiendo del problema genético acerca de cuál sea primero si el derecho o la acción, parece seguro que, para explicar el concepto de una institución —y en concreto de la posesoria—, es preciso tener en cuenta, junto a otros factores, las consecuencias que produce; y entre estas consecuencias figuran, sin duda, las acciones que la protegen o, si se prefiere, las pretensiones que funda. Una institución no es independiente de sus efectos, sino el reflejo, la síntesis estructural de éstos. Para aprehenderla ha de considerarse la institución en su conjunto, en su ser y en su acontecer, en su estática y en su dinámica. Prescindir de los efectos es tanto como desconocer la función vital. Los efectos forman parte del existir sociológico, de la *praxis* humana. La «naturaleza jurídica» es una explicación que, divorciada de los efectos, adviene esquema conceptual inservible. Problema distinto es si la protección ha de conducir al derecho. Ciertamente no todas las situaciones provistas de tutela jurisdiccional tienen la entidad de derechos subjetivos. Por lo que no es la existencia misma de la tutela, sino su alcance, el factor a tener en cuenta para considerar la posesión como un derecho.

El argumento esgrimido por Gentile, en el sentido de que considera da la posesión como un derecho se identificaría con la propiedad, es poco satisfactorio²⁸. Aunque el derecho de propiedad es el precedente y en muchos ordenamientos el exponente máximo de los derechos subjetivos, no cabe duda que éstos forman una categoría más amplia en la que hay un lugar para la posesión. La especialidad de ésta no estriba tanto en su contenido como en el ser susceptible de presentarse con entidad autónoma en cuanto situación dada, lo que siempre la diferenciará del derecho de propiedad.

No es más convincente la argumentación de Gentile cuando sostiene que hay una diferencia «ontológica» entre la propiedad y la posesión, lo que impide encuadrarlas en la misma categoría del derecho subjetivo. Esa diferencia la hace consistir en que mientras el propietario tiene una posición privilegiada en virtud de la cual, ante cualquier lesión,

una emanación o consecuencia de la acción procesal que los protege, es un grave error histórico.» Considera que en el derecho romano es preciso distinguir entre el *ius civile* y el *ius honorarium*. Mientras éste puede concebirse como un «sistema de acciones», no ocurre lo mismo con el *ius civile*. En él «y en aquellas instituciones que entrañan un poder sobre la cosa, como la *possessio*, el *dominium*, etc., la acción nació para proteger la situación jurídica preexistente; es una emanación del derecho subjetivo». (De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión, en «Revista de derecho privado», 1949, pág. 638.)

Por lo demás, para el propio autor es importante captar la diferencia que existe «entre la naturaleza esencial de la posesión en sí y las consecuencias que la acompañan accidentalmente o de ella se derivan». A su juicio «la posesión en sí es un hecho eventual, limitado en el tiempo, al menos en su duración máxima, pues dura mientras se continúan ejercitando las facultades que indica».

²⁸ Cfr. GENTILE, *Il possesso*, 1956, págs. 36 y sigs.

está asistido de la *reivindicatio* o de la *negatoria servitutis*; en cambio «el poseedor no puede reaccionar contra cualquier lesión, sino solamente contra aquella que le haya sido inferida de un determinado modo». Si existiera tal diferencia no sería, en rigor, ontológica, no pertenecería al ser mismo de las instituciones; derivaría, más bien, de la regulación jurídica. La prueba está en que, al menos, conforme al derecho positivo español, no puede decirse que procede la acción reivindicatoria «cualquiera sea el modo» en que resulte lesionado el propietario. Uno de los requisitos de la acción reivindicatoria, reiteradamente encañecido por la jurisprudencia, es que ha de ejercitarse contra el poseedor o detentador de la cosa, lo cual significa que cualquier lesión no da lugar al ejercicio de esta acción. Es indispensable que la cosa no se encuentre en poder del reivindicante, sino en poder de aquel contra el que se dirige la acción para que la restituya. En los casos en que esto no ocurra así falta incluso el interés de reivindicar. Si la lesión experimentada por el propietario ha consistido en que un tercero le ha causado daños en un bien de su propiedad, la acción a ejercitar no será la reivindicatoria, sino la de indemnización. Luego no puede decirse que siempre tiene a su disposición la acción reivindicatoria; o mejor, la tiene, pero en tanto haya de exigir la restitución. Con mayor amplitud y flexibilidad está protegido el poseedor con los interdictos; porque para la procedencia del interdicto de retener no se requiere el despojo; basta la comisión de actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle (art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil) para que sea posible el ejercicio de la acción interdictal. Luego ocurre lo contrario de lo sustentado por Gentile. La acción interdictal asiste al poseedor (sea o no propietario) cuando el propietario no está todavía asistido de la posibilidad de ejercitar una acción reivindicatoria. Bien es verdad que el propietario, ante la amenaza de su derecho de propiedad, puede ejercitar una acción declarativa de la misma. Mas, en cualquier caso, es preciso reconocer que no existe reacción tan inmediata como la del interdicto de retener.

B) También se ha acudido precisamente a los interdictos para sostener que, protegiendo exclusivamente el hecho de la posesión, presupone que ésta es sólo un hecho. Ciertamente que el alcance de la tutela interdictal no prejuzga el derecho a poseer. Pero cuando nos planteamos el problema de la naturaleza de hecho o de derecho de la posesión nunca nos referimos *al derecho a poseer* (que no es tema posesorio), sino *al derecho de poseer*. Y sin negar la facticidad de la posesión puede afirmarse que la tutela del hecho se configura como un derecho. Hecho y derecho no se contradicen. A partir del hecho, para su mantenimiento y restablecimiento, se organiza una defensa que implica la atribución de un derecho.

C) Roca Sastre ha dicho: «Si la posesión fuera un derecho, nadie dis-

cutiría acerca del por qué y de la forma de su protección. No se discute acerca de si ha de protegerse el dominio, el usufructo, la hipoteca o cualquier otro derecho, y, en cambio, ello es discutido en la posesión...»²⁹. El argumento no parece decisivo. La propiedad es un derecho: ¿Y no se ha discutido el fundamento de la protección de la propiedad? Más que el de la posesión: ¿Y no se ha negado incluso que la propiedad sea un derecho? Evidentemente, sí. Y tras esta negativa se oculta un dramatismo social y político que no se ha manifestado en las discusiones en torno a la posesión.

D) Se ha advertido también que la posesión se protege no en sí misma, sino por razones de utilidad, conveniencia y paz social. A esto ha de oponerse que las razones determinantes de su protección no condicionan de manera excluyente su calificación jurídica. Son dos cosas que se mueven en campos distintos: el fundamento de la protección es materia de la filosofía o la sociología del derecho; la calificación de la institución pertenece a los dominios de la ciencia y de la técnica.

Claro es que, a nuestro juicio, en la ciencia jurídica quedan integrados también aspectos filosóficos y sociológicos. En cualquier caso, lo cierto es que el derecho (objetivo) genera o dota de positividad a los derechos (subjetivos). Las razones de utilidad, conveniencia o paz social impulsan la ordenación jurídica y se traducen en normatividad. Lograda ésta, el presupuesto económico-social determinante se consolida como derecho objetivo. Luego no cabe remontarse a aquella motivación para decir que la posesión no es un derecho. Tanto más si se observa que en la posesión aparece muy acentuado ese presupuesto: toda su ordenación jurídica está en función de la realidad social.

E) El profesor Guillermo García-Valdecasas³⁰ sostiene que la posesión es un hecho y un derecho. Sintetizando su punto de vista, afirma: «Si, pues, la palabra posesión tiene esa doble significación, es decir, si con ella se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es, al mismo tiempo, hecho y derecho. Con esta advertencia, sin embargo, que al hablar de la doble naturaleza de la posesión no pensamos que el hecho sea al mismo tiempo derecho, sino que tanto uno como otro son elementos integrantes de la posesión en la forma y con las peculiaridades que hemos indicado al examinar la conexión existente entre ellos.» De suerte que, según la propia exposición de su autor, patrocina la tesis de Savigny acerca de la doble naturaleza de la posesión, si bien con una variante: la de que esta doble naturaleza es una doble naturaleza radical, es decir, que el elemento de «hecho» que hay en la posesión es sólo «hecho» y el elemento de

«derecho» sólo «derecho». Queda establecida así una escisión en el concepto; no es un concepto unitario. Lo que viene a sostener el profesor Valdecasas es que en la posesión el poder sobre la cosa es sólo elemento o factor de hecho; y que las consecuencias jurídicas que produce, y muy particular la protección posesoria, engendran un derecho.

Contemplando la tesis del profesor García-Valdecasas desde el punto de vista de la nuestra, observamos lo siguiente: que mientras nosotros afirmamos que en la posesión se dan los dos elementos de los derechos reales, el interno y el externo (el uno reflejado en el poder sobre la cosa y el otro manifestado en la protección), en cambio, García-Valdecasas sostiene que falta en la posesión el elemento interno del derecho real, porque el poder sobre la cosa hace referencia sólo al aspecto de hecho que hay en la posesión y no se integra en el aspecto de derecho que la posesión también ofrece. Así dice: «Conviene no olvidar la existencia de ambos aspectos, fáctico y jurídico, en la posesión. Como hecho, ella consiste en una situación de poder sobre un objeto. Poder que requiere una cierta estabilidad y permanencia, pero que no precisa un ejercicio actual constante, ni siquiera la posibilidad inmediata de actuación sobre el objeto...» «En cuanto a los efectos jurídicos, ellos se centran en la protección posesoria.» Más adelante, estudiando este elemento jurídico, centrado en la protección posesoria, afirma claramente que se da en la posesión el factor o elemento externo de los derechos reales. «No aparece, en cambio, tan claro el lado interno o positivo del derecho real; es decir, el señorío jurídico directo sobre el objeto.» He ahí, en resumen, la teoría de la doble naturaleza de la posesión, que es un retorno a la tesis de Savigny.

Naturalmente que manteniendo la tesis de que la posesión es un derecho no puede acogerse la que sólo en parte la acepta. La discrepancia es obligada; derivada de la necesidad de ser consecuentes con los propios puntos de vista. Por tanto, tómense en este sentido las leves observaciones que aquí se formulan. Son estas: en el orden metodológico, toda conclusión cifrada en estimar que algo es al mismo tiempo dos cosas infunde alguna sospecha. Conviene huir en lo posible de los conceptos *sui generis*, mixtos o rigurosamente eclécticos. El problema está en encontrar en la posesión la nota o característica *predominante*; y con base en ella afirmar su naturaleza. En principio, la naturaleza de algo tiende a ser una; por lo menos conforme a un criterio natural y lógico es de dudosa consistencia afirmar la doble naturaleza de un mismo objeto. Si se admite que en la posesión aparece muy marcado el poder inmediato y directo sobre la cosa ¿por qué este poder inmediato y directo no configurarlo como elemento del derecho real?

Los que piensan que la posesión es exclusivamente un hecho aducen que el poder inmediato y directo que se ostenta sobre las cosas en la posesión no tiene los caracteres de un derecho precisamente por faltarle

²⁹ Derecho hipotecario, I, pág. 525.

³⁰ GUILLERMO GARCÍA-VALDECASAS, *La doble naturaleza de la posesión*, en «Anuario de derecho civil», abril-junio, 1954.

cierta espiritualidad, o sea, la posibilidad de independizarse del contacto con las cosas. Sin embargo, no hay que confundir o identificar los conceptos «derecho» y «poder independizado del goce o del ejercicio». Lo que ocurre en la posesión es que, en contraste con otros derechos, no se diferencian nitidamente «ejercicio» y «titularidad», en cuanto que el ejercicio mismo implica la atribución. Pero la posibilidad de una atribución independizada por completo del goce de la cosa objeto del derecho es, por una parte, un nominalismo y no una característica del derecho; y por otra parte tampoco falta el ejercicio cuando éste se espiritualiza.

VI.—LA DOCTRINA ROMANA DE LA POSESIÓN

Los romanos fueron juristas, como todos sabemos, eminentemente prácticos. No se preocuparon de las cuestiones especulativas. Por otra parte, en el derecho romano no aparecen suficientemente distinguidos los conceptos de «ordenamiento» y «ciencia jurídica», hoy tan diferenciados. De todo ello resulta que los romanos no elaboraron propiamente una doctrina de la posesión; regularon unas situaciones jurídicas entendidas como posesión. La concepción romana de la posesión está representada más bien por el entendimiento posterior, a muchos siglos de distancia, de la ordenación romana. Más que de una concepción romana se trata de una concepción «romanista», que vamos a contemplar en dos grandes juristas, los que más se han preocupado del entendimiento de la posesión en el derecho romano: Savigny y Jhering. A través de ellos vamos a ver la posesión; pero naturalmente no en su integridad, sino en las características o nociones fundamentales de la posesión: el *corpus* y el *animus*, y la distinción entre *posesión natural* y *posesión civil*³¹.

1.—El «corpus» y el «animus» como elementos de la posesión

A) Savigny para formular el concepto de la posesión acude a los conceptos de *corpus* y de *animus*. Parte de la tenencia, de la detentación;

³¹ Las referencias al derecho romano, circunscritas principalmente a las concepciones de SAVIGNY y de JHERING, ampliamente superadas o rectificadas en muchos aspectos, se hacen no con el fin de dar cuenta del estado de la doctrina, sino como medio de establecer unos presupuestos con vistas a la explicación de ciertos problemas interpretativos que plantea el Código civil.

De la obra de SAVIGNY *Das Recht des Besitzes*, que data de 1803, se hicieron varias ediciones en pocos años. Se tradujo al castellano en 1845. La traducción francesa de 1841, revisada por VALETTE, es más cuidada.

Las obras de JHERING, *Über der Grund des Besitzschützes*, 1868 (como ed. separada) y *Der Besitzville* (1869), fueron traducidas por ADOLFO POSADA, con los títulos, *La teoría de la posesión* y *La voluntad en la posesión*, 1896, que en la ed. de 1926 aparecen bajo *La posesión*.

y sostiene que detentación no es la mera posibilidad de ejercer influencia sobre una cosa, sino también la de impedir la influencia de un extraño. El reconocimiento y la calificación jurídica de esa detentación es la que constituye, según Savigny, la posesión, de suerte que la posesión es el resultado de la detentación, en cuanto es estructurada, ordenada jurídicamente. Y la posesión está constituida por dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Según Savigny el *corpus* se presenta como el elemento material o físico; el *animus*, como el elemento espiritual, anímico o intencional. El *corpus* hace referencia al contacto con la cosa. Para que la posesión surja se precisa la posibilidad de ejercer sobre la cosa una influencia inmediata y la posibilidad también de excluir la influencia de otras personas. Para conservar la posesión no es preciso que esa posibilidad sea inmediata. Es decir, Savigny distingue el grado de influencia o de posibilidad de ejercerla en orden a la posesión, según que se trate de adquirir o de conservar la posesión. Para adquirir es indiscutiblemente preciso que la influencia sea inmediatamente posible; para conservar, ya no. Es suficiente para conservar que la relación de poder, la influencia sobre la cosa, pueda producirse a nuestra voluntad, y de esa manera la posesión cesa cuando desaparece tal posibilidad. La posibilidad desaparece no sólo cuando otro adquiera la posesión, sino también cuando otro estorba o destruye la posibilidad en nosotros de ejercer la influencia; y así cita Savigny el caso del esclavo, que puede producir una desaparición de nuestra posesión sin que él, por su parte, por falta de capacidad jurídica, pueda convertirse en poseedor. La posibilidad de ejercer el poder sobre la cosa puede ser excluida por la intervención de otro, pero también sin la intervención de otro. Y así ocurre que desaparece la posibilidad cuando la cosa se encuentra en un lugar para nosotros inaccesible, donde no podemos ejercer un acto de poder sobre la cosa. Ahora bien, se conserva la posesión, no se pierde, aunque en un determinado momento el poseedor no sepa dónde se encuentra la cosa; basta con la posibilidad de ejercer sobre ella actos de disposición o de dominio —entendiendo esta palabra en un sentido amplio— para que la posesión se conserve. En definitiva, el *corpus* en Savigny es un elemento físico, material; pero no rígido, rigurosamente materialista. El *corpus* no es la aprehensión inmediata, directa y constante de la cosa; el *corpus* es la posibilidad de actuar, disponer de la cosa. Así y todo se precisa de una base física, material; aunque no es indispensable para que se dé el *corpus*.

El segundo de los elementos de la posesión, según Savigny, es el *animus*; factor espiritual, psíquico, voluntario. Se contrapone al *corpus* en cuanto que en el *animus* el poder sobre la cosa no aparece referido a ningún acto de externa o material dominación; se alberga en la voluntad con que el poseedor actúa. Para poseer no basta la detentación, el *corpus*; se requiere la voluntad, el *animus*. Las fuentes del derecho ro-