

EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO

FOR

LUIS CLARO SOLAR

Exprofesor de Código Civil de la Universidad de Chile

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere,
alterum non laedere, suum cuique tribuere.
(Ulpiano D. lib. I, tit. I, l. 1. § 1.)

TOMO SEPTIMO

DE LOS BIENES

II

CAPITULO IX

DE LA POSESION

§ 1—GENERALIDADES, DEFINICIÓN Y CLASIFICACIONES

801.—La posesión sirve de base a tres modos de adquirir la propiedad, a saber, la ocupación, la tradición y la prescripción o usucapión. Era natural, por lo mismo, que habiendo hablado de la ocupación y de la tradición, el legislador se ocupara de la posesión; aunque reservara el tratar de la prescripción al fin de Código, desde que la posesión existe independientemente de este último modo de adquirir que en ella se funda, así como existe independientemente de la propiedad.

No se siguió en esto el ejemplo del Código francés que sólo se ocupa de la posesión en el título de la prescripción en forma rudimentaria e incompleta que ha dado motivo a justificadas observaciones de sus comentadores, quienes se han visto obligados a completar sus disposiciones o han dedicado a la posesión un tratado especial, a ejemplo de Pothier (1).

802.—Etimologicamente se hace derivar la voz *posesión*, *possession*, de *sedes*, *asiento*, y de *posse*, poder; en consecuencia *possidere* es *posse sedere*, poder sentarse (2). La posesión es según esto cierta relación exterior entre una persona y una cosa, que consiste en hallarse establecida sobre una cosa, en ocupar una cosa; de modo que la noción de *posesión* se ha referido en su ori-

(1) Pothier juntó a su *Tratado de la propiedad* el *Tratado de la posesión*, al que hizo seguir del *Tratado de la prescripción que resulta de la posesión*.

(2) El jurista Paulus decía: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Graeci detentionem dicunt*: se llama *possessio* porque viene de *sedibus*, como si dijese *positio-sedum*, según dice también Labeo, porque una cosa es naturalmente tenida por el que se mantiene sobre ella, lo que los Griegos llaman *detención*, l. 1, tit. 2, *De adquir. vel amitt. possess.*, lib. 41 del Digesto. según el manuscrito de Florencia. Vinetius, *Cuestiones selectas*, lib. 2, cap. 36, dice que este modo de leerse este fragmento de Paulus es preferible al de Acursio, Bartolo y otros que leen: *Possessio appellata est a pedibus quasi pedum positio* (Vinet, *Ad Pandectas*, sobre este título n.º 1, dice también: *Possessio, quasi pedum positio*) pero la posesión, en la etimología de la palabra, no tiene nada de común con los pies, agrega Vinetius. Así pues, posee aquel que puso su *asiento*, sin que *possession*, *positio sedum*, se aparte de su etimología gramatical. Sin embargo, los gramáticos derivan la palabra *possessio* del verbo *sedere* con la partícula *pos*, *potis* o *pote*, de donde, aun actualmente se dice *impos*, *compos*, *possum*, como que dijese *pos* o *potis sum*, y *possidere* como *posse sedere*; pues aquel que posee un campo puede entrar, salir, volver y sentarse en él.

Pothier, *Pandectae Justinianae*, t. 17, p. 1, sobre este título, dice que la versión de la Vulgata *a pedibus quasi pedum positio*, es la adoptada por varios autores como conforme con el antiquísimo derecho de los Hebreos: *Quidquid calcaverit pes tuus tuum erit* (*liber Josue*, l. 3). (El texto exacto del versículo citado es el siguiente: *Omnem locum, quem calcaverit vestigium pedis vestri, vobis tradam, sicut locutus sum Moysi*, palabras estas últimas en que se hace referencia al ver. 24, cap. 11 del *liber Deuteronomii*: *Omnis locus, quem calcaverit pes vester, vester erit*).

Para Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, n.º 211, pág. 533 de la 4.ª edición, la etimología más probable es *posse*, porque la palabra *possessio* despierta ante todo la idea de una persona colocada en contacto material con una cosa; expresa el hecho de detenerla, de haberla físicamente a su disposición, considerando muy dudosa la etimología que le atribuye el jurista Paulus, ya se lea *sedibus* o *pedibus* la ley 1.ª citada.

Véase Molina, *De Justitia et Jure*, t. 1, disp. XII, col. 71 y 72; Llamas, *Leyes de Toro*, sobre la ley 45, n.º 3.

gen primeramente a los inmuebles con respecto a los cuales conserva aun su mayor importancia, puesto que las acciones con que se protege la posesión sólo se refieren a la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (art. 916).

No es de extrañar, por lo mismo, que el término *possessio* aparezca también empleado por los jurisconsultos romanos en el sentido de propiedad y para designar los bienes mismos objeto de ella (3), de acuerdo con el lenguaje vulgar. Aún actualmente se habla a menudo de *posesiones* territoriales, de *poseedores* de bienes raíces, cuando se trata de la propiedad (4). «Se puede concluir de esta costumbre de lenguaje, dice Ihering (5), que con poca diferencia la posesión y la propiedad se cubren, en cuanto a su manifestación exterior en la vida. En realidad, así ocurre. Regularmente el poseedor de una cosa es al mismo tiempo propietario de ella, y mientras subsiste la relación normal, es inútil establecer una distinción. Pero desde que la posesión y la propiedad se separan, el contraste estalla al punto con una evidencia tal que no puede escaparse, aún al lego. Es evidente, aun para el espíritu más sencillo, que el arrebatamiento violento o clandestino de una cosa mueble no hace perder la propiedad al propietario y aun aquel que, en su vida, no hubiera oído hablar de poseedor y de propietario sería capaz de precisar en el hecho la posición diferente de uno y otro con una exactitud tan perfecta que sólo le faltaría aprender del jurista que en el lenguaje de éste, la una se llama *propiedad* y la otra *posesión*. Para rehusar al uno el derecho de quedarse con la cosa, y para conceder al otro el derecho de recuperarla, el no-jurista ha debido comprender que la relación de estas dos personas con respecto a la cosa es enteramente diferente y no le sería difícil expresar la diferencia con una exactitud perfecta».

Entre nosotros es corriente hablar de *posesiones* para designar los retazos de terreno que, con su respectiva vivienda, se entregan a los inquilinos en los fundos, dando así idea de lo precario de su ocupación.

803.—La distinción entre la propiedad y la posesión se reduce, así, a una antítesis entre el *hecho* y el *derecho*. Si la *propiedad* es el *poder legal* que tiene una persona de disponer arbitrariamente de una cosa, con exclusión de todas las demás, la *posesión* es la exterioridad de la propiedad, el *poder de hecho* (6) que corresponde a la propiedad como estado de derecho.

(3) L. 78, tit. 16, *De verb. sig. lib.* 50 del Digesto, tomada de Paulus: *interdum proprietatem quoque verum possessionis significat sicut in eo qui possessionem suam legasset respondit est.*

L. 115, de o. titulo, de Javolenus, *Quis est fundus a possessione, vel ager, vel pradio quid distat? ... Possessio ab agro iuris proprietate distat; quidquid enim apprehendimus, cuius proprietatem ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere hoc possessionem appellamus; possessio ergo usus, ager proprietatis loci est. Pradium utriusque suprascriptae generale nomen est; nam et ager et possessio huius appellationis species sunt.*

Véase tomo I *De los bienes*, lo que decimos en el número 333, pág. 421.

(4) Ihering, *Possession. Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde. Œuvres choisies*, t. 2, pág. 215, trad. Meulenaere.

(5) Loc. cit.

(6) No hay que confundir el *poder de hecho*, el hecho de tener poder sobre una cosa, con el *poder físico*, Véase n.º 806.

Normalmente, una y otra se hallan reunidas. Cada uno posee lo que le pertenece y no posee más que esto. Pero la propiedad puede encontrarse separada de la posesión y el poseedor, por lo mismo, puede no ser propietario (7). Así el robo o el hurto no quita al propietario su derecho de propiedad; pero lo priva de la posesión de la cosa robada o hurtada; y por su parte el ladrón, que evidentemente no se ha hecho propietario con la perpetración de su delito, se convierte, sin embargo, en poseedor de la cosa que ha robado o hurtado, porque ejerce sobre ella el poder de hecho de que ha privado al propietario. Así el que compra una cosa a quien no era dueño de ella y la recibe creyendo haberla adquirido del legítimo dueño, no será propietario de la cosa comprada, porque no habrá podido efectuarse a su favor la tradición del dominio; pero tendrá el poder de hecho sobre la cosa, y será por lo tanto, poseedor, sin perjuicio del derecho del verdadero dueño para reivindicar la cosa mientras no se extinga por la prescripción realizada en favor del poseedor.

Un hombre aparece ejerciendo sobre una cosa un poder de hecho sin que se haya establecido que lo ha adquirido de una manera legal. Mientras no se pruebe que esta situación de hecho lesiona los derechos de otro, la ley garantiza esta posesión contra toda turbación extrajudicial. «El respeto debido a la voluntad del hombre por una parte, y el principio fundamental del orden social, según el cual el individuo no puede hacerse justicia por sí mismo, por otra parte, dice Maynz (8), concurren, pues; a asegurar al simple hecho de la posesión cierta garantía y cierta protección legal. Esta idea racional ha sido adoptada y sancionada por los Romanos, y como consecuencia de esta sanción, la posesión ha entrado en su sistema legal».

Esto explica desde luego, y a parte de otras consideraciones a que hemos de hacer referencia más adelante, que el legislador trate separadamente de la posesión.

804.—Según el art. 700, «la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él».

Es la definición que correspondía a la doctrina corriente en materia de posesión en la época en que nuestro Código fué redactado. La posesión implica según ella dos elementos: el uno corporal, (*corpus* o *factum*), la tenencia de la cosa (9); y el otro in-

(7) Ulpianus, explicando el motivo que tuvo el pretor para otorgar el interdicto *ut possidetis* dice: *Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.* Pues la causa de la promulgación de este interdicto fué que debe considerarse la posesión separada de la propiedad; en efecto, puede ocurrir, o que uno sea poseedor y no sea dueño, o que otro sea dueño, pero no sea poseedor; y puede suceder que uno mismo sea poseedor y dueño. L. 1, § 2, tit. 17, *Ut possidetis*, lib. 43 del Digesto.

(8) *Cours de droit romain*, t. 1, § 80, pag. 629, 5.ª edición.

(9) El *corpus* como el *animus* determinan la situación personal del poseedor con respecto a la cosa. Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain*, pag. 21, observa que las fuentes del dere-

telectual (*animus domini, animus rem sibi habendi* o simplemente *animus*), el ánimo de señor o dueño. Estos dos elementos deben concurrir o coexistir para que haya posesión: el que tiene el ánimo de señor o dueño sin la tenencia de la cosa, el *animus* sin el *corpus*, o el que tiene el *corpus* sin el *animus*, no poseen en el concepto legal (10). Al uno le falta el elemento exterior y material de la posesión; quizás su ánimo implica una fundada pretensión a la propiedad, pero no pasará de un acto interno, no atendible mientras no se afirme con el ejercicio de la acción reivindicatoria. En cuanto al otro su situación tiene una semejanza aparente con la del poseedor desde que se halla en contacto físico con la cosa; pero carece de toda significación jurídica al faltarle la voluntad del tenedor de la cosa; tal sería, por ejemplo, la situación de un individuo dormido a quien se pusiera una cosa en su mano. Para que la relación exterior entre una persona y una cosa constituya posesión, se necesita que dicha relación sea querida por la persona; que ésta tenga voluntad conciente de tener la cosa para sí *affectionem tenendi* (11): la simple yuxtaposición local entre la persona y la cosa, la simple *tenencia* de la cosa, no constituye posesión si no está acompañada de la voluntad.

El Código precisa esta idea distinguiendo la *posesión* de la *mera tenencia*. «Se llama mera tenencia, dice el art. 714, la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno» (12).

La posesión aparece así «esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca

cho romano no hablan jamás del *corpus possessionis*, atribuyendo al término *corpus* la significación de elemento substancial de la posesión. En materia de posesión, este término sólo se encuentra en genitivo y en ablativo; en genitivo, en la expresión *corpus possessionis* que designa la posesión de una cosa corporal, opuesta a *iuris possessio*; en ablativo, en las locuciones *corpus adquirenti possessionem*, *corpus possidenti*, siendo empleado el ablativo ordinariamente en el sentido de *corporaliter*; se trata aquí, no de un *corpus possessionis*, sino del cuerpo del poseedor, como lo atestiguan claramente los pasajes que oponen la posesión adquirida *corpus nostro*, a la posesión adquirida *corpus alieno*, exactamente como en el mismo sentido se dice, por ejemplo, que el demandado en la acción legis Aquilia debe haber causado el daño *corpus suo* (Instituciones, § 16, lit. 3, De lege Aquilia, lib. 4). El término *corpus* entendido en el sentido de un elemento constitutivo de la posesión es extraño a las fuentes y por lo tanto se le desnaturaliza».

V. aze Jhering, *De re de la volente dans la possession*, cap. III, pág. 17 y sigs. trad. Meulencare.

(10) El jurisconsulto Paulus, cuya autoridad invoca especialmente Savigny, decía: Adquirimos la posesión con el cuerpo y el ánimo; y no por el solo ánimo, o por el cuerpo solo: l. 3, tit. 2 De adquirir, vel amitt. poss. lib. 41 del Digesto, § 1: *Et adipiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo, aut per se corpore*.

(11) L. 1, tit. 2, De adquirir, vel amitt. poss. § 3 *Furius et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant sicuti si quis dormientem aliquid in manu ponat; sed pupillus tutore auctore incipit possidere. Ulfilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, cum enim rem facit, non iuris est; quæ sententia recipi potest si ejus auctoritas sicut ut intellet, tum capiant: el furioso y el pupilo no pueden adquirir la posesión sin la autoridad del tutor, porque no tienen la intención de adquirir por mas que retengan corporalmente la cosa, como ocurriría con aquel a quien se pusiera algo en la mano durante u sueño; pero el pupilo puede, con autoridad del tutor, adquirir la posesión. Ulfilius y Nerva, hijo, dicen que también puede un pupilo principiar a poseer sin la autoridad del tutor, porque la posesión es una cosa de hecho y no de derecho; pero esta opinión es admisible, si por su edad se dan cuenta de lo que hacen.*

(12) Véase n.º 819.

sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella... El que a nombre ajeno posee, no es mas que un representante del verdadero poseedor, ni inviste mas que la simple tenencia; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre: la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno» (13).

805.—Las Partidas, inspiradas siempre en las leyes romanas, no se expresaron con mayor claridad que nuestro Código en la teoría de la posesión. La ley 1.ª título 30, Partida tercera dice: *Possession tanto quiere dezir, como ponimiento de pies. E segun dixerón los sabios antiguos, possession ES TENENCIA derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*. Refiérese así la ley a los dos elementos que intervienen en la posesión, el *corpus* y el *animus*; pero domina en ella la idea de que la posesión es la *tenencia* de la cosa, o sea la aprehensión y detención corporal con la intención de utilizarla o servirse de ella. Emplean las Partidas las palabras *tenencia* o *posesión* indistintamente; y la ley 5 de dicho título reconoce la posesión natural en los labradores, los yugueros y otras personas que no tienen ánimo de dueño, *animus sibi habendi*, si bien distingue entre la *tenencia* o *apoderamiento* de éstos y la *verdadera posesión* de aquellos en cuyo nombre tienen la cosa. «Labradores, o yugueros, o los que tienen arrendadas o alogadas cosas ajenas, como quiera que ellos sean apoderados de la tenencia dellas, dice la ley 5.ª, pero la verdadera posesion es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende quanto tiempo quier que ellos los tuviessen assi, non ganarian el señorío por ello. Pero aquellos que tienen a feudo algun heredamiento, o han ende el usufructo dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la possession dellos; pero en salvo finca el señorío a sus dueños de manera que estos atales por tal tenencia como esta non ganan la propiedad dellas, quanto tiempo quiere que las tengan» (14). La tenencia o el *apoderamiento*, como dice la ley, de estas cosas no habilita para ganar el señorío por ello; los que fueren apoderados dellas no ganan la propiedad quanto tiempo quiere que las tengan. Gregorio Lopez dice en su glosa que debe entenderse que la posesión que esta ley reconoce a dichas personas «es la natural porque la civil la tiene el propietario o el dueño directo»; y que lo mismo debe entenderse del arrendatario por largo tiempo o enfiteuta a quienes el propietario transfiere la posesión natural de la cosa.

(13) Palabras del Mensaje con que fué presentado el Proyecto de Código Civil a la aprobación del Congreso Nacional, *Obras completas de don Andrés Bello*, t. 9, *Opúsculos jurídicos*, pág. 455.

(14) La ley 9, tit. 10, Partida 7.ª, repite el mismo precepto: *Alogando, o emprestando, o encomendando un ome a otro alguna cosa señalada, como quier quel que la tuviere en alguna destas maneras se puede servir e aprovechar della, fasta el tiempo que señalaren que la tuviessen, con todo esso, el señorío e la possession de la cosa siempre finca en salvo al señor della, porque aquel que la tiene por alguna destas razones non la tiene por sí mas en nome de aquel que gela dió en guarda o a loguero*.

Pero Molina (15), definiendo la posesión como la aprehensión de las cosas corporales, *corpore et animo*, explica que para obtener la posesión se requiere ciertamente la aprehensión corporal y el ánimo de poseer con esta aprehensión, esto es de tener tal cosa como suya. Así para adquirir la posesión de un animal bravo que veo, no me basta la intención de tenerlo, pues si otra persona antes que yo lo aprehende, es ella la que adquiere su dominio y posesión. Ni es suficiente tampoco la sola aprehensión corporal para que resulte la posesión, si no va unido a ella el ánimo de adquirir la posesión, o tener la cosa aprehendida como uya, como quiera que la aprehensión de una cosa puede provenir de muchas causas. Por consiguiente si la aprehensión e insistencia en la cosa corporal es con otro ánimo que el de tener la cosa como suya, no habrá posesión, sino detención, la que por la variedad del ánimo con que la cosa es aprehendida y tenida, procedente de su título o contrato, es de varias clases y denominaciones. Así el colono se dice que tiene la cosa en arrendamiento; el comodatario, en comodato; el depositario, en depósito, y el que recibe algo en peño, se dice que tiene la cosa en prenda; y así de los demás; de ninguno de ellos se dice que posee la cosa, sino que el legítimo poseedor de ella es aquel que, como suya, la entregó para que fuera tenida por ellos; sin embargo se dirá que éstos la poseen naturalmente. Y como la ley 2 del mismo título 30 dice que la posesión «natural es, cuando ome tiene la cosa por si mismo corporalmente, así como casa o su castillo, o su heredad, o otra cosa semejante, estando en ella», y llama posesión civil, la del que deja de tener corporalmente la cosa, *non con entendimiento de la desamparar mas porque non puede ome siempre estar en ella*, la distinción entre la posesión y la mera detención o tenencia dista mucho de ser precisa y clara, no siendo extraña por eso la confusión que en esta materia se nota entre los tratadistas (16).

86.—Savigny, exponiendo su interpretación de las leyes romanas referentes a la posesión, dice que la *detención* de hecho se transforma en posesión mediante la voluntad de poseer o sea el *animus possidendi*, que consiste en la voluntad de hacer acto de propiedad; pero como un tenedor puede tener esta voluntad en dos sentidos diferentes, o hacer acto de propiedad *para otro*, o hacer acto de propiedad *para si mismo*, debe distinguirse. Si tiene esta voluntad para otro, cuyo derecho, por lo mismo reconoce, no existe en él este *animus possidendi* que eleva la detención al estado de posesión. Esta proposición se encuentra textualmente

(15) De *Justitia et jure*, t. 1, tract. II, disp. 12, n.º 4, col. 72.
(16) Molina, De *Justitia et jure*, t. 1, loc. cit. col. 73; De *primogenitorum hispanorum origine ac natura*, lib. 3, cap. 12, edic. 1749, pág. 541-541. Lud. Velasquez de Avendaño, *Legum latinarum utilissima glossa*, sobre las leyes 44 y 45, 1734, págs. 183 y 196; Llamas, *Comentario a las leyes de Toro*, leyes 44 y 45; Escriche, *Diccionario razonado*, V.º posesión, Gutierrez Fernandez, *Estudios fundamentales*, t. 2, pág. 526.
Puede verse también el resumen de las diversas teorías que hace Manresa y Navarro en sus *Comentarios al Código Civil Español*, t. 4, pág. 5 y sgta.

en el Derecho romano: *nec idem est, possidere et alieno nomine possidere; nam possidet cuius nomine possidetur. Procurator alienæ possessionis præstat ministerium* (17). No queda mas que el segundo caso en el cual la voluntad era hacer acto de propiedad para *si mismo*, de suerte que *animus possidendi* debe entenderse del *animus domini* o del *animus sibi habendi*; por consiguiente sólo merece el nombre de poseedor, quien trata como propietario la cosa que detiene, es decir que quiere disponer de hecho de ella de la misma manera que un propietario dispone de la cosa que le pertenece en virtud de su derecho, y por lo mismo no quiere reconocer la superioridad de ningún derecho extraño. Pero, en la idea de la posesión, este *animus domini* no implica el pensamiento de que se sea efectivamente propietario (*opinio sive cogitatio domini*); y por eso la idea de posesión conviene tanto al ladrón como al propietario mismo, y ambos pueden ser puestos en oposición al arrendatario, que no tiene en manera alguna posesión, puesto que no trata la cosa como suya (18).

En la primera de estas dos situaciones «el poseedor verdadero y originario podía traspasar su derecho de posesión a aquel que se conduce en nombre suyo como propietario y que, según lo que precede, no podría ser considerado como poseedor. Consiguientemente, fuera de la posesión *originaria* que se funda en la detención y el *animus domini*, existe además una posesión *derivada* que se apoya en la posesión originaria de otra persona. Toda la diferencia entre esta posesión derivada y la posesión originaria... consiste en el *animus possidendi*; pues en cuanto a la detención son las mismas. El *animus possidendi* que en la posesión originaria debe ser tomado por *animus domini*, se refiere en la posesión derivada al *jus possessionis* transferido por el poseedor originario (19). Así, por ejemplo, el *acreedor* tiene la posesión jurí-

(17) L. 18, tit. 2, De *acquir vel amit. possess.* lib. 41 del Digesto, tomada del jurista Celso: *Quod meo nomine possideo possum alieno nomine possidere; nec enim multo mihi causam possessionis, sed desino possidere ut alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est possidere, et alieno nomine possidere, nam possidet cuius nomine possidetur; procurator alienæ possessionis præstat ministerium*: lo que poseo en mi nombre, lo puedo poseer en nombre de otro; pues ni cambio para mí la causa de la posesión, sino que dejo de poseer, y por mi ministerio, ago poseer a otro; ni es lo mismo poseer que poseer a nombre de otro, pues poseo aquel en cuyo nombre se posee; el procurador presta su ministerio para la posesión de otro.

(18) Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, trad. Favre d'Audelainge, § 9, pág. 101 a 104.

(19) Distingue Savigny entre lo que los juristas modernos llaman el *jus possidendi* derecho de poseer, y el *jus possessionis*, los derechos de la posesión.iendo la propiedad el poder legal de gozar y disponer arbitrariamente de una cosa, el propietario tiene el derecho indiscutible de poseerla porque sin la posesión no podría ejercer su derecho; esto es, el *jus possidendi*. Pero la posesión, por si misma, aunque sea un estado de hecho, y no de derecho, da lugar a derechos particulares, «es protegida contra ciertas violaciones y para asegurar esta protección, se han establecido reglas sobre la adquisición y la pérdida de la posesión, absolutamente como si ella constituyera un derecho» (Savigny, obra citada, pág. 37); el poseedor goza además, de otras ventajas; este es el *jus possessionis*.

A este respecto dice Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, § 80, *Observation*, pág. 631: «No obstante, en su manifestación exterior y aparente, la propiedad y la posesión pueden confundirse, pues la posesión no es otra cosa que el ejercicio de los poderes que están contenidos en el derecho de propiedad. El propietario tiene el derecho de tener la posesión de la cosa que le pertenece; pero puede ocurrir que de hecho no la tenga. Teniendo en cuenta estas consideraciones, no se estaría jamás expuesto a confundir los terminos *jus possessionis* y el derecho a poseer que se puede llamar *jus possidendi*. Por *jus possessionis* los Romanos entendían el simple hecho de la posesión considerado bajo el aspecto de las ventajas que procura; el *jus possidendi* sólo pertenece a aquel que tiene el derecho a tener la cosa. Así el ladrón tiene el *jus possessionis*, es decir, que puede va-

dica de la prenda que le es dada, aunque no tenga el ánimo de ejercer sobre ella derecho alguna de propiedad, pues el deudor que tenía la plena posesión de la cosa, le ha transferido el *jus possessionis* al mismo tiempo que la detención» (20).

Savigny distingue así el *animus domini* del *animus possidendi*. En resumen, según él (21), «la expresión mas general para la idea material de la posesión, es ésta: la *detención* unida al *animus possidendi*, lo que se entiende de una manera diferente según que se hable de una posesión *originaria* o *derivada*: en el primer caso indica *animus domini*; y en el segundo, la intención de tener el *jus possidendi* que hasta entonces pertenecía a otro.»

En cuanto al *corpus* es, según Savigny (22), «un estado que permite no sólo ejercer físicamente sobre la cosa una acción personal, sino también alejar de ella toda acción extraña». En otros términos, el *corpus* es para Savigny una posibilidad física de disposición exclusiva de una cosa, actualmente. «Todos los autores, dice, han creído encontrar en el hecho de la *aprehensión* un contacto inmediato de nuestro cuerpo con el objeto, y consiguientemente no han admitido mas que dos especies: la una consistente en asir con la mano los muebles; la otra, poner el pié sobre los inmuebles. Pero como en el Derecho romano se encuentra una infinidad de casos en que la posesión se adquiere en verdad por actos corporales, pero sin que haya este contacto inmediato, se ha considerado a estos últimos como actos simbólicos que representan en virtud de una ficción jurídica, la verdadera toma de posesión (*aprehensio ficta*). Estando esta manera de ver universalmente adoptada, no se ha creído jamás necesario probar su exactitud, y por eso se presenta poco mas o menos de la misma manera por todos los autores. . . . la posesión en el mayor número de los casos, es mas bien adquirida de la manera que se da habitualmente por simbólica. Respecto de los predios, por ejemplo, la adquisición simbólica debería tener generalmente lugar puesto que es casi imposible poner el pié sobre todo el fundo y sobre cada una de sus partes, y la parte que no ha sido pisada no puede reputarse materialmente aprehendida. Aun con respecto a la cosa muebles es ciertamente muy raro tomar con la mano la cosa entera y encerrarla en ella. . . . Ahora bien, si en general no puede ponerse en duda en Derecho romano la *aprehensión* ficticia, si mas bien toda adquisición de posesión puede reducirse a un solo y mismo acto corporal, la idea de este acto corporal deberá ser determinada de otro modo que lo han tácitamente su-

lerse de los interdictos posesorios, por el solo hecho de detentar la cosa con intención de tenerla. Por el contrario, el propietario tiene el *jus possidendi*, aunque sea privado de la cosa. . . .»

Alvarez Gonzalez, en su interesante memoria de prueba, *La inscripción no es requisito, garantía ni prueba de la posesión de los bienes raíces*, n.º 38, pág. 57, incurre en el error de atribuir al *jus possidendi* el sentido de posesión ejercida a consecuencia de un título, de un acto que da derecho a la posesión, y al *jus possessionis*, el de actos ejecutados sin derecho a la posesión. Véase Jhering, *Possession*, n.º 3, pág. 222, de la trad. Meul naere.

(20) Savigny, obra citada, págs. 115 y sgts.

(21) Obra citada, pág. 117.

(22) Obra citada, pág. 207, y § 14, págs. 209 y sgts.

puesto todos los escritores, pues solamente por causa de esta suposición, ha sido necesaria la admisión de una *aprehensión* ficticia. Lo mas simple será tomar esta falsa noción por punto de partida para llegar a la noción verdadera. El que tiene en su mano una moneda de plata, es sin duda alguna poseedor de ella, y precisamente de este caso y de otros semejantes se ha deducido la idea de un *contacto corporal en general*, como que debiera constituir la esencia de toda adquisición de posesión. Pero en este caso, hay además otra cosa que no se haya unida sino accidentalmente a este contacto corporal: es la posibilidad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de apartar de ella toda acción extraña. Las dos cosas se hallan comprendidas en nuestro caso, nadie lo negará, pero lo que prueba que su coexistencia es sólo accidental, es que se puede concebir esta posibilidad sin el contacto, y del mismo modo, el contacto sin esta posibilidad. *La posibilidad sin el contacto*: porque el que puede, a cada instante asir una cosa que se halla delante de él, es tan soberano dueño de ella como el que la aprehende efectivamente. *El contacto sin la posibilidad*: pues el que se halla atado con cordeles se encuentra en contacto inmediato con éstos, y sin embargo, se podría mas facilmente sostener que los cordeles lo poseen y no que él los posea. Esta *posibilidad física* es, por consiguiente, lo que toda adquisición de la posesión debe importar como hecho; con ella se explican de la misma manera todas las disposiciones de nuestras fuentes de derecho; ella no implica la idea de un contacto físico y no queda caso alguno en el cual sea necesario admitir una *aprehensión* ficta. . . . Citaremos, como viniendo de una manera general en apoyo de nuestra opinión, un pasaje de Paulus, quien, sin referirse a un caso particular, establece sin limitación alguna la regla siguiente: El contacto corporal no es necesario para la adquisición: la sola vista de una cosa presente es suficiente (23). . . . *Corpus* designa el hecho exterior en oposición al hecho interior (*animus*).»

807.—El sistema de Savigny, que hace de la voluntad el elemento determinante y soberano de la posesión, lo que le ha valido el nombre de *teoría subjetiva*, ha dominado en la doctrina y en la legislación en el último siglo, constituyendo un sistema clásico

(23) L. 1, tit. 2, *De adquir. vel amit. poss.* lib. 41 del Digesto. § 21: *Si jussu venditorum procuratori rem tradere quum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait; idemque esse si nummos debitorum jussu alii dare; non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; et argumentum esse eas res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt ut columnas; nam pro traditis eas haberi si in re praesenti consenserint; et vina tradita videri, quum clares cellae vinariae emptori tradita fuerint: si ordenara al vendedor que entregara a mi procurador la cosa comprada que estaba a la vista, dice Priscus que debe considerarse que me ha sido entregada a mí; y lo mismo sería si ordenara al deudor que entregara a otro la cantidad que me debía; pues no es necesario aprehender la posesión con el cuerpo y el tacto, sino también con los ojos y la intención, y son prueba de ello aquellas cosas que por la magnitud de su peso no son fáciles de mover, como las columnas (de mármol), las cuales se consideran entregadas con sólo consentir en ello los que están presentes; y también se entiende entregado el vino, cuando se entregan al comprador las llaves de la bodega en que está.*

(24); pero ha provocado la crítica y la oposición no sólo respecto de sus detalles, sino respecto de sus bases mismas y de sus miras fundamentales; y es Jhering, el gran romanista, quien le ha dirigido los mas rudos ataques.

Considera Jhering que la *teoría de la voluntad* o *teoría subjetiva* es absolutamente falsa ante el espíritu y el texto de las leyes romanas; y opone al sistema de Savigny un sistema distinto que él mismo ha designado con el nombre de *teoría objetiva* (25).

«Cuando las dos condiciones que, en general, son requeridas para la existencia de la posesión, a saber: el *corpus* y el *animus*, se encuentran reunidas, dice Jhering (26), hay siempre posesión, a menos que una disposición legal estatuya por excepción que hay simplemente detención. Toca al que sostiene la existencia de semejante causa de exclusión de la posesión, suministrar la prueba. Para determinar que hay posesión basta establecer la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*), la cual como tal implica el *animus*, es decir la conciencia del acto. Incumbe al adversario establecer la existencia de una causa especial de exclusión de la posesión; por ejemplo, en materia de detención absoluta, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de posesión, y en materia de detención relativa, la existencia de una de las *causæ detentionis* bien conocidas del Derecho romano. Para saber si hay posesión o detención, la calificación particular de la voluntad de poseer es absolutamente indiferente. El demandante no tiene necesidad de sostener la existencia del *animus domini*, y su adversario no puede tampoco sostener su no existencia. La voluntad de poseer, tal como la entiende la teoría dominante, no aparece jamás en la aplicación práctica del derecho. . . . Se puede decir de la voluntad de poseer, que desempeña tan gran papel en teoría, lo que Justinianus decía, en su tiempo del *dominium ex jure Quiritium*, en la ley única, Código, de nudo jure quirit. (VII. 25) *est nomen quod nec unquam videtur nec in rebus apparet* (27). . . . En realidad, el juez. . . admite la posesión en todos los casos en que la detención no es establecida por el adversario que sostiene su existencia, y en esto no hace otra cosa que el juez romano que según Paulus (28) debía considerar la prueba de la posesión como adquirida cuando el demandante había establecido el hecho exterior de la posesión (29)».

La descomposición de la relación posesoria en dos elementos, el *corpus* y el *animus*, es peligrosa, según Jhering. Ella coloca en una sola y misma línea, como si fueran dos elementos independientes, el *corpus*, o sea la relación de yuxtaposición puramente

(24) Savigny publicó la primera edición de su monografía sobre la posesión en el derecho romano, en 1803.

(25) Jhering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. Meulenaere.

(26) Obra citada, pág. 6.

(27) Véase tomo I, *De los bienes*, n.º 333, pág. 428.

(28) Paulus, *Sententia recepta*, V, 2, § 2. *Probatio traditæ vel non traditæ possessionis non tam in jure quam in facto consistit, ideoque sufficit si rem corporaliter teneam.*

(29) Jhering, obra citada, pág. 7.

local de la persona con respecto a la cosa, y el *animus*, o sea el acto por medio del cual la voluntad aprovecha esta relación física y hace de ella una relación de posesión: se corre así el riesgo de caer en el error de creer que el *corpus* sería posible sin el *animus*, lo mismo que el *animus* sería posible sin el *corpus*. De esta manera la simple relación de yuxtaposición local adquiere la importancia de un factor que precede al *animus*, que le prepara el lecho en que no tiene mas que acostarse. En realidad no ocurre tal cosa, porque el *corpus* no puede existir sin el *animus*, así como el *animus*, sin el *corpus*: los dos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. «La posesión no es, pues, la simple reunión del *corpus* y del *animus*, lo que implicaría para cada una de estas dos condiciones una existencia previa, dice Jhering (30); pero el *corpus* es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado mas que lo que existe la palabra antes de ser proferida. El *corpus* y el *animus* están entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento que había permanecido hasta ese momento puramente interno; en el *corpus* se incorpora la voluntad quedada hasta ese momento puramente interior: ninguno de los dos existe antes de ese momento para la percepción. La yuxtaposición local no tiene otra importancia que ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero ella no llega a ser el *corpus*, sino en el momento en que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria».

La detención se diferencia también de la simple yuxtaposición local, según Jhering (31). Todo lo que se ha dicho sobre la necesidad de la voluntad y sobre su manera de manifestarse en la formación de la relación posesoria, se aplica también a la detención como a la posesión. «La detención se halla sometida a las mismas condiciones que la posesión: *corpus* y *animus*. . . . Las fuentes legales reconocen expresamente la condición de la voluntad para la detención, pues ellas exigen, para la adquisición por medio de representante la capacidad de querer de este último. *Ceterum ille per quem volumus possidere talis esse debet ut habeat intellectum possidendi. Et ideo si furiosum servum miseris ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem* (32). La cuestión de saber si la voluntad de parte del poseedor debe ser de otra especie, queda provisoriamente aun en suspenso; pero se puede prejuzgar la negativa por la circunstancia de que en el § 3 de este texto en que exige la condición de voluntad de parte del poseedor que adquiere *para si mismo*, Paulus se sirve a este efecto de la expresión. *affectionem tenendi* (33) y que en los § 9 y

(30) Obra citada, pág. 31.

(31) Obra citada, pág. 37.

(32) L. 1, tit. 2, *De adquiri vel amitti. possess.* lib. 41 del Digesto, tomada del juriconsulto Paulus § 9. Por lo demás, también aquel por medio de quien queremos poseer, debe ser tal, que tenga intención de poseer. § 10. Y por lo mismo, si enviáseis a un siervo loco para que tome la posesión en tu nombre, de ningún modo consideréis que has aprehendido la posesión.

(33) Véase la nota 11.

10 en que habla de aquel que adquiere *para otro* se sirve de la expresión: *intellectum possidendi*. En su boca, *animus tenendi* y *animus possidendi* tienen absolutamente el mismo valor» (34).

De la detención depende la posesión del *dominus possessionis*. Una simple relación de yuxtaposición de aquel a quien hemos encargado adquirir la posesión para nosotros, no nos procura la posesión; este intermediario debe ser capaz de voluntad y haber hecho para nosotros todo lo que le sería necesario hacer para adquirirla para él (35).

«La división en posesión y detención no proviene de la voluntad del poseedor, dice Jhering (36). Esta no tiene absolutamente nada que ver en ello, pues es exactamente la misma en el detentador y en el poseedor. El *corpus* y el *animus* existen en el uno como en el otro, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple detención, la teoría objetiva encuentra su causa en este hecho que, movido por motivos prácticos, el derecho ha, en ciertas relaciones, privado de los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado no obstante, de todas las condiciones legales de esta última» (37).

808.— En cuanto al *corpus*, el error fundamental de Savigny consiste, según Jhering (38) en que identifica la noción de posesión con la del *poder físico* sobre la cosa sin apercibirse de que este último punto de vista sólo tiene una verdad relativa y limitada. Hace consistir la noción de la *aprehensión* en «la posibilidad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de apartar de ella toda acción extraña»; de modo que para adquirir la posesión, como condición esencial de esta posibilidad, sería necesario, tanto para los inmuebles como para las cosas muebles, la presencia inmediata cerca de la cosa, a fin de que, «la posibilidad de disponer libremente de la cosa se presente como real e inmediata al espíritu del que quiere adquirir la posesión de ella» (39);

(34) Jhering, obra citada, pág. 37.

(35) Jhering, obra citada, pág. 39.

(36) Obra citada, pág. 45.

(37) Según el Derecho romano, las personas que tienen en su poder una cosa en virtud de un título excluyente de toda pretensión personal a la propiedad, y que implica reconocimiento del derecho de un tercero, como el depositario, el comodatario, el arrendatario, el usufructuario, etc., tienen la detención de la cosa únicamente. Los textos legales, para expresar que les falta el *animus possidendi*, dicen: *non possident, nullum habent possessionem* (l. 3, § 20, t. 2, *De acquir. vel amit. possess.* lib. 41; l. 6 § 2 t. 26 *De precario*, lib. 41 del Digesto, referentes al depositario y al comodatario, al colono y al inquilino); pero al mismo tiempo, para manifestar que tienen el elemento *corporal* de la posesión emplean las expresiones: *rem tenent, sunt in possessione*, l. 9, tit. 1, *De rei vindic.* lib. 6 t. 10, t. 2, *De acquir. vel amit. possess.* lib. 41, en que aparece claramente expresada la diferencia que existe entre la posesión y la detención. Pero las leyes romanas concedían la posesión y por lo tanto las acciones posesorias al acreedor prendario, al que tiene la cosa en virtud de un *precarium* (l. 13, § 1, tit. 2, *De publiciano in rem actione*, lib. 6; l. 22, § 1, *De noxalibus actionibus* lib. 9, leyes que a pesar de negarles el *animus domini* (opinione domini, dice la segunda) les reconocen una posesión justa, o que confirman otros textos: l. 16, tit. 3, *De usup. et usucap.* lib. 41; l. 4, § 1, 11, 25 *De precar.* lib. 43). La concedían también al que tenía un derecho de superficie, al enfiteuta y en general, al que tenía el dominio útil, aunque reconocían el dominio directo de otra persona, al secuestrado. Véase Jhering, *De role de la volonté dans la possession*, cap. XVI, pág. 308, y sgts. Véase Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, § 81, pgs. 635 y sgts., 5.ª edic., Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, n.º 214 pág. 540, 4.ª edic.

(38) *Fondement des interdits possessoires*, pág. 143.

(39) Jhering, obra citada en la nota anterior, pág. 144.

y para conservar la posesión, bastaría la posibilidad de reproducir cuando se quisiera el estado originario, y no se perdería la posesión sino cuando esta posibilidad se convirtiera en imposibilidad (40), Jhering demuestra que esta noción, fundamental según la teoría de Savigny, es errónea.

Para Jhering la posesión no es el poder físico sobre la cosa, sino la exterioridad de la propiedad, es decir, el estado normal externo de la cosa bajo el cual llena su destinación económica de servir a los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente: en unas se confunde con la detención o posesión física; en otras no. Ciertas cosas permanecen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras son dejadas sin vigilancia. El cultivador deja su haz de heno o de trigo en pleno campo, el arquitecto deja al pie de la obra los materiales destinados a la construcción; pero nadie procede así con respecto a sus objetos preciosos, sus muebles, etc. Todo el mundo los encierra en su casa. Un mismo estado, que es el estado *normal* para la primera clase de cosas, aparece para las segundas como un estado *anormal*, como un estado bajo el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esta clase de cosas: la posesión debe *continuar* para las primeras y *cesar* para las segundas (41).

La persona que halla una cosa de la primera categoría en esta condición, debe pensar naturalmente que se encuentra ahí *por* la voluntad del poseedor, mientras que deberá pensar todo lo contrario, si halla en esta condición una cosa de la segunda categoría (42).

No se guarda en la casa habitación el estiércol, los materiales de construcción, etc. No se depositan en campo abierto el dinero, los muebles, las cosas preciosas, etc. Cada uno sabe lo que debe hacer con sus cosas según su diversidad; y *este aspecto normal de la relación del propietario con la cosa constituye la posesión*.

Tal es, según Jhering (43) la noción que ha guiado a los juristas romanos, aunque no lo hayan expresado en parte alguna en sus reglas sobre la adquisición y sobre la extinción de la posesión, ni en sus decisiones jurídicas. «Para ciertas cosas el punto de vista del poder físico es perfectamente exacto. Son aquellas que para asegurárselas, uno debe tener bajo su guarda, bajo su protección, bajo llave, y para las cuales este modo de conservación constituye el aspecto normal de la relación. Son éstas las cosas que uno puede *ocultar* y *defender*. Pero si este punto de mira es exacto, no lo es a causa de estas mismas cosas, sino porque este modo de detención constituye para estas cosas la *forma economi-*

(40) Obra citada, pág. 149.

(41) Jhering, misma obra, pág. 159.

(42) Misma obra, pág. 159.

(43) *Possession. Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde* (1890) *Œuvres choisies* t. 2, pág. 248, trad. Meulenaere.

camente obligada de su relación exterior con la persona. El poder físico y la utilización económica de la cosa se cubren completamente en este caso. Con este aspecto de la relación es con el que se ha relacionado originariamente la noción de la posesión, como resulta de la etimología misma de la palabra *posesión* (*possidere*, de *sedere*). Es el aspecto visible de la relación (*corporalis possessio*, o aun *naturalis possessio*, en el lenguaje romano) que ha servido aquí como en todas las cosas, de punto de partida del lenguaje. El progreso del pensamiento jurídico ha comprendido mas y mas la noción de posesión de este aspecto material, y ha aproximado al *corporaliter* o *naturaliter possidere*, un *civiliter possidere* con el mismo significado, sin que, sin embargo, los juristas romanos hayan dado satisfacción a la obligación que de aquí resultaba para ellos de adaptar la *fórmula doctrinal* de la noción *posesión* al progreso de su aspecto *real*. La doctrina romanista no ha dado un paso mas hasta hoy; ella ha simplemente conservado la noción material originaria. Sus esfuerzos para conciliar ésta con el desarrollo real de la posesión en el derecho nuevo se asemejan al ensayo de hacer entrar el cuerpo de un hombre adulto en los vestidos que llevaba en los años de su niñez....; ella ha dado un valor *absoluto* a un punto de vista que sólo tiene una verdad *relativa*, es decir limitada a ciertas categorías de cosas; ella ha perdido de vista que esta verdad relativa no lleva en si misma su razón de ser, sino que es *derivada*, o sea que el punto de vista del poder físico no tiene una significación para la posesión, sino porque este poder es impuesto para ciertas especies de cosas por el fin de su utilización económica» (44).

La posesión, lo mismo que la no posesión, es visible, y es precisamente esta *visibilidad* la que tiene para su *seguridad* la mas alta importancia. La seguridad de la posesión no reposa solamente en su elemento *físico*, es decir en las medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino tambien en el elemento *moral* o *jurídico*, esto es en el temor de dañar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley (45). El hombre mas inculto que encuentre en un terreno en construcción materiales y al lado de ellos una cigarrera, comprende que la cigarrera se halla *perdida*, mientras que los materiales están ahí por una disposición tomada por su propietario y por lo mismo *por voluntad* de éste. El hecho de tomar los materiales importaría en si mismo un ataque a la propiedad: el hecho de tomar la cigarrera es en si jurídicamente indiferente, y sólo la conducta ulterior de su autor decidirá si ha cometido una violación de la ley, pues si busca al propietario para entregarle la cigarrera perdida o no encontrándole la entrega a la autoridad, habrá procedido correctamente pero si la guarda para si cometerá un hurto (46). Los materiales

(44) *Possession*, pág. 249.
(45) *Jhering, Interdits*, pág. 160.
(46) Art. 629 del Código Civil.

estaban colocados al pié de la obra en una posición conforme con su destinación económica: la cigarrera nó, porque es contrario a su destinación económica que se halle por el suelo en pleno campo. «Esto basta al hombre inculto, dice Jhering (47), para dirigirlo con una corrección perfecta, sin que tenga la menor idea de la noción de posesión. El jurista le hace saber que la ha aplicado en el hecho: en el primer caso habia posesión, en el segundo no».

El mismo experimento con el punto de vista del poder físico sobre la cosa, no daría resultado. Si tal poder existe para los materiales al pié de la obra en terreno abierto, no habría motivo para no decir lo mismo con respecto a la cigarrera que se halla en la misma situación anterior. Si ese poder físico no existe para la cigarrera, de donde que el poseedor no está presente, habría que decir lo mismo con respecto a los materiales.

En resumen, según Jhering, «la posesión es la relación de hecho entre la persona y la cosa tal como es prescrita para el fin de la utilización de la cosa bajo el punto de vista económico. Esta relación varía según las cosas. Toma la forma del poder físico para las cosas muebles que uno lleva consigo o que uno tiene costumbre de conservar en su casa, y para las cosas inmuebles cerradas: casas, granjas, almacenes, jardines cercados. No toma esta forma para las cosas muebles que uno deja en pleno campo porque su destinación económica lo exige; para los animales domésticos que van y vienen en libertad, que pastan en los campos; para los inmuebles no cerrados: campos, praderas, bosques, estanques, canteras, etc., y aun para los inmuebles cerrados, pero que se dejan periódicamente sin vigilancia, tales como los *chalets* de las montañas, las hospederías de los Alpes, las habitaciones de verano de la cordillera, en invierno. No se lleva el estiércol a la casa, sino al campo; ahí está su lugar para ser empleado, como el lugar de los materiales de construcción está en el terreno que se edifica. Al contrario no se llevan los objetos preciosos al campo sino a la casa; quien los vé botados en el campo se dirá que han sido perdidos; la relación económica está *perturbada*. No se comete en consecuencia ningún ataque a la posesión de otro cuando se recoge esta cosa para entregársela a su dueño; se tiene mas bien la intención de restablecer la relación económica normal, es decir, la posesión del propietario. Pero no se toman para entregárselos al propietario las trampas, las redes, los lazos colocados en el bosque, porque se sabe que su destinación económica consiste precisamente en estar expuestos en este lugar y que obrando así, se ocasionaría un perjuicio a su destinación económica, es decir a la posesión del propietario. ... Por lo que hace a las cosas inmuebles abiertas: campos, praderas, canteras, bosques, estanques, la utilización económica no es asegurada por ningún aparato exterior; la posesión no se presenta aquí como un estado

(47) *Possession*, pag. 251.

exteriormente reconocible de la cosa, sino que se manifiesta en los actos económicamente aislados del poseedor, en que labra, siembra, siega, pasa el rastrillo, corta el pasto, envía su ganado a las praderas, corta leña, pesca. Cualquier otro puede igualmente hacer todos estos actos y aun con mas facilidad si vive en las inmediaciones, mientras que el poseedor vive lejos. No puede, pues, tratarse aquí de un poder de hecho de este último sobre la cosa, puesto que le pertenecería mas bien al vecino mas próximo. El pretendido traspaso del poder de hecho sobre semejantes inmuebles por medio de la tradición, es por lo mismo pura ficción; ello consiste solamente en un acto que, hecho por otro, estaría desprovisto de toda importancia y al cual el derecho solo ha reconocido el efecto de transferir la posesión, la marcha hacia el fundo. Pero no es sobre esta marcha sobre la cual reposa la fuerza de la tradición, ella reposa sobre la declaración del poseedor anterior que quiere transferir la posesión: la *testatio vacuæ possessionis*; y por un vano formulismo, resto de la concepción materialista de la época antigua, el Derecho romano impone todavía esta marcha al comprador, mientras ha dispensado al vendedor de comparecer él también; puede enviar al comprador a tomar la posesión (*in possessionem mittere*, t. 34 pr. tit. 2 *De adquir. vel amit. possess.* lib. 41 del Digesto; l. 18 tit. 16 *Unde vi* lib. 3 del Digesto). En su propia persona la relación posesoria tenía otro aspecto completamente distinto, no consistía en simples marchas por el fundo, sino en la ejecución de actos económicos por medio de los cuales dicha relación se mostraba visible de una manera real para todos».

«Es este precisamente, el *criterium* que permite distinguir los ataques a la posesión de parte de los terceros de los otros actos que hacen en el predio o con respecto al predio. Poner simplemente los pies en él no importa ataque alguno a la posesión, aunque sea el mismo acto el que tiene la virtud de transferir la posesión en la tradición. La apropiación de la posesión sobre los inmuebles abiertos pertenecientes a otro, consiste en hacer *actos económicos* o en *impedir* al propietario hacer actos de este género (48)».

809 —En cuanto al *animus*, Jhering sostiene que la diferencia entre la posesión y la detención no es el resultado de una diferencia genérica en la voluntad de poseer, sino de una disposición de la ley que ha rehusado en ciertas circunstancias a las condiciones legales de la posesión sus ordinarios efectos. Como hemos indicado, según Savigny, el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer la propiedad. El que tiene el *corpus possessionis* puede tener la intención de dos maneras diversas: puede querer ejercer el derecho de propiedad de otra persona o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad de otro, dere-

cho que, por esto mismo reconoce, no tiene el *animus* exigido para poseer y es simple detentador. Por el contrario, si no reconoce derecho de propiedad a otro y tiene la intención de ejercitar su propio derecho de propiedad, tiene el *animus* requerido para poseer, es poseedor. El *animus possidendi* del poseedor es en consecuencia un *animus sibi habendi* o *animus domini*. El poseedor debe necesariamente pretender disponer en el hecho de la cosa como un propietario tendría la facultad de hacerlo en virtud de su derecho: es preciso que el poseedor rehuse reconocer de parte de otra persona un derecho cualquiera superior al suyo. Por eso el arrendatario, por ejemplo, no posee, puesto que no considera la cosa como suya. Al contrario el bandido o el ladrón tienen la posesión de la cosa robada».

Según Jhering las consecuencias prácticas a que esta doctrina del *animus domini* debería conducir, tanto desde el punto de vista del procedimiento, como desde el punto de vista del fondo de derecho, demuestran su inadmisibilidad.

Respecto al *procedimiento*, si la clave de la cuestión de saber si hay posesión o detención se encontrara en la dirección impresa a la voluntad, sería necesario en caso de controversia que el que se pretenda poseedor estableciese por su parte la existencia del *animus domini*. Pero, en el hecho ¿cómo podría un juez pensar siquiera en exigir la prueba del *animus domini* para admitir la existencia de la posesión? Las fuentes justinianeas no se explican en parte alguna sobre la cuestión de la prueba en materia de posesión; pero el mismo jurista Paulus, en cuyas doctrinas encuentra Savigny el principal fundamento de su teoría del *animus domini*, declara que la prueba de la posesión debe darse por establecida con la prueba del hecho exterior de la posesión: *Probatio traditæ vel non traditæ possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit si rem corporaliter teneam* (49). «Para que la protección posesoria adquiriera una realidad práctica, dice Jhering (50), el demandante debe ser dispensado de probar que él es poseedor y no mero tenedor (detentador); y para esto se abre una doble vía. Una, la del procedimiento que establece una presunción de posesión, y que se concilia perfectamente con el mantenimiento de la teoría dominante (la del *animus domini*). Otra, la del fondo del derecho, que tiene como condición el reemplazo de esta teoría por la que he establecido y según la cual los hechos que excepcionalmente reducen la relación posesoria al rango de simple detención, deben ser considerados como elementos negativos de las condiciones legales de la posesión, es decir, como obstáculos a la posesión, cuya prueba incumbe según las reglas generales al adversario. El derecho francés ha seguido la primera de estas vías; el derecho romano la segunda» (51).

(4) Cita de Jhering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, pág. 146.

(5) Jhering, *Du corpus possessio*, is, apéndice a la traducción del Código civil alemán de Meulenaere, pág. 711.

(5) Misma obra, pág. 150, trad. Meulenaere; pág. 152 de la traducción española de Adolfo Posada.

(51) Jhering alude a los arts. 2230, 2231 y 2234 del Código francés; el primero de los cuales

La falta que comete la teoría subjetiva estableciendo el *animus domini* consiste en que una noción posterior, la noción de propiedad, es invocada para venir en ayuda de una noción anterior, la noción de posesión». (58).

No es, pues, verdadero decir que la posesión contenga el *ejercicio* del derecho de propiedad. «El ejercicio del derecho de propiedad consiste en la aplicación económica de la cosa a los fines que persigue el propietario, consiste según la diversidad de cosas en el *uti, frui, consumere*. La posesión sólo contiene la *condición* de la realización de estos actos. ... La posesión no ha adquirido una importancia jurídica sino desde que ha participado como tal de la protección jurídica. Ha salido así de la serie de todos los otros acontecimientos y estados de hecho; ella ha llegado a ser una relación jurídica independiente sobre la cosa. Todos los otros estados de hecho no son mas que el *objeto*, el *contenido* de un derecho; la posesión es la *base* de un derecho» (59). ... No es, por eso, verdadero que la posesión contenga el ejercicio del derecho de propiedad; es un medio de alcanzar este fin, y la misma función que le pertenece para la propiedad, la reclama para todos los otros derechos que exigen la posesión para su ejercicio. Y por lo demás, aunque solamente contuviera el ejercicio del derecho de propiedad, lo que no es exacto, no es verdadero decir que para la posesión, esto es para la protección jurídica de la posesión, debiera atribuirse importancia a la cuestión de saber si se ejercita su propio derecho de propiedad real, pretendido o putativo, puesto que el derecho romano, en otras materias, reconoce al que ejerce un derecho de otro la misma protección jurídica que al derechohabiente.

810.—Como ha quedado de manifiesto la divergencia entre el punto de vista de Savigny y el punto de vista de Jhering es capital.

En el sistema de Jhering toda relación posesoria constituye una posesión propiamente dicha, mientras no se establezca que la ley pone obstáculo a que el efecto de la posesión se produzca, o sea mientras no se pruebe la existencia de una *causa detentionis* fijada por la ley. En consecuencia si nos hallamos en presencia de una relación posesoria en la cual el legislador no ha decidido si existe posesión o mera detención, hay que admitir que existe posesión. La noción de la detención no puede ser extendida mas allá de los límites en los cuales la ley la establece. Por el contrario en el sistema de Savigny es preciso, en todas las relaciones posesorias problemáticas, admitir que hay mera detención, sino se justifica el *animus domini*. (60)

(58) Obra citada, pág. 278.

(59) Jhering, obra citada, págs. 279 y 280.

(60) Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain*, págs. 33 y segs.

Savigny toma como punto de partida la detención, que con la adición del *animus domini* se eleva al rango de posesión; Jhering, al contrario, toma como punto de partida la posesión, que por consecuencia de un obstáculo legal desciende al rango de mera detención. (61)

Es del caso preguntarse cómo ha podido producirse una diversidad tan grande de doctrinas, siendo que una y otra han entendido dar una exacta interpretación de los principios del Derecho romano sobre la posesión.

La doctrina de Savigny, que coloca el *criterium* de la distinción entre posesión y detención en la voluntad del tenedor de la cosa, se apoya en las declaraciones del jurisconsulto Paulus, quien niega por una parte la posesión al representante, porque no tiene *animus possidentis* (62), y por otra parte al arrendatario, porque no tiene *animus possessionem adipiscendi* (63). La conclusión que se saca naturalmente de estas declaraciones es la siguiente: si el representante y el arrendatario que voluntaria o intencionalmente se hallan en la relación exterior constitutiva del *corpus*, no son

(61) Para mostrar gráficamente la oposición que existe entre su sistema y el de Savigny, emplea Jhering una fórmula algebraica. Designa la posesión con x , la detención con y , el *corpus* con c , el ánimo común a toda relación posesoria con a , el elemento intencional que según Savigny debe añadirse a este *animus* en el poseedor con n , en fin, la disposición de ley, que según Jhering es obstáculo a la posesión en ciertas relaciones posesorias con n .

La fórmula de la teoría de Savigny sería:

$$x = a + a + c$$

$$y = a + c$$

La fórmula de la teoría de Jhering sería:

$$x = a + c$$

$$y = a + c - n$$

Las dos teorías toman por base las condiciones legales a y c requeridas para la relación posesoria. Solamente según Jhering la reunión de estas dos condiciones basta para engendrar la posesión; mientras que según Savigny sólo engendra la detención, y para que se eleve al rango de posesión se requiere que se le agregue un elemento nuevo, que el ánimo sea como propietario *animus domini*. Según Jhering, al contrario, la posesión constituida por la reunión de a y c desciende a simple detención cuando el factor negativo n (*causa detentionis*) es un obstáculo para que $a + c$ produzca el efecto de posesión.

Esta diferencia en la manera de concebir la relación entre la posesión y la detención acarrea efectos prácticos de la mayor importancia, puesto que quien se prevale de la posesión debe establecer la existencia de los elementos legales de ésta, y si la posesión resulta de $a + a + c$, no bastaría que el tenedor estableciera la relación exterior $a + c$ en que se encuentra intencionalmente con respecto a la cosa, sino que además debería probar el elemento a que da a su intención el *animus domini*. A la inversa, si la posesión se constituye de $a + c$, el poseedor satisface sus deberes de prueba al establecer la existencia de la relación exterior en que se encuentra intencionalmente con respecto a la cosa, y el elemento intencional no es materia de prueba especial, puesto que la relación exterior con la cosa, o sea la manera como se conduce a su respecto, implica la intención o voluntad, es la expresión de la voluntad, y toca al que cuestiona la existencia de la posesión probar la existencia del factor negativo n , o sea el obstáculo legal que se opone a la posesión, demostrando que una de las *causae detentionis* fijadas por la ley impide, en el caso especial de que se trata, que las condiciones legales de la posesión produzcan su efecto ordinario.

(62) L. 1, tit. 2, *De adquir. vel amit. poss.* lib. 41 del Digesto. § 20. *Per procuratorem... possessio nobis acquiritur... Alioquin et dicamus per eos non acquiri nobis possessionem qui nostro nomine accipiunt, futurum ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habet animus possidentis; neque is qui tradiderit, quantum cesserit possessione: Adquirimus la posesión por procurador... De otra manera, si decimos que adquirimos la posesión por medio de aquellos que la reciben en nuestro nombre, sucederá que no posea la cosa aquel a quien fue entregada, porque no tiene *animus possidentis*, ni aquel que la transfirió, porque dejó de poseer.*

(63) L. 37, tit. 7, *De pignoratitia actione*, lib. 13 del Digesto. Si *pignus mihi traditum locassem domino, per locatorem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor non fuerit ejus possessio quem et animus mihi retinendi sit, et conduceret non sit animus possessionem adipiscendi. Si la prenda que se me entregó la diere en arrendamiento a su dueño, retengo por la locación la posesión, porque antes que la arrendase el deudor, no era de él la posesión, la cual no sólo tengo el ánimo de retener, sino que en el arrendatario no existe el ánimo de adquirir la posesión.*

poseedores, porque les falta el *animus possidentis*, se sigue de aquí que con esta última expresión se designa por el juriconsulto Paulus una voluntad particular requerida para la posesión y que es extraña a la detención.

Pero el estudio detenido de los indicados fragmentos de Paulus manifiesta que esta declaración está lejos de ser tan evidente como a primera vista pudiera considerarse, pues no parece que su intención haya sido formular una regla general de derecho o reproducir una regla general de derecho existente, según la cual la naturaleza de la voluntad de poseer decidiría entre la posesión y la mera detención. Luce Jhering que «los compiladores de las Pandectas hubieran procedido con respecto a estos dos textos legales como los de las Basílicas (64) (25, 1, 36; 50, 2, 1 (65), que se limitan a citar la regla: *el representante y el arrendatario tienen la detención*, sin reproducir el motivo de Paulus: *quia (procurator, tutor, curator) non habeat animum possidentis. quia conducenti non sit animus possessionem apiscendi*, la teoría subjetiva no habría jamás visto la luz (66). En ningún otro lugar, en las fuentes, se trata del *animus domini* en el sentido en que Paulus emplea esta expresión. Jhering no ha encontrado el menor vestigio. La omisión de las Basílicas habría tenido su razón de ser en el sentimiento exacto de sus autores de que se trataba de una opinión puramente individual de Paulus inconciliable con la opinión de los demás juristas romanos? o la práctica no la había tomado en cuenta? Jhering no se pronuncia; y se limita a señalar el hecho,

(64) Las Basílicas a que alude Jhering es la compilación de leyes que hizo hacer Basilio de Macedonia que se apoderó del imperio de Oriente en el año 467 de Jesucristo, para hacer olvidar hasta el nombre de Justiniano, substituyendo a la legislación de este emperador, que regía aun en Oriente, después de haber desaparecido de Occidente con la ruina del imperio romano en la invasión de los bárbaros, un cuerpo de derecho preparado por él.

Esta compilación fue completada por su hijo León VI, el filósofo, que le sucedió en 880. La autoridad de las Basílicas, de las cuales se hicieron extractos y compendios a semejanza de las *Institutiones*, subsistió en Oriente hasta el fin del imperio griego en 1453, año en que Constantino Paleólogo, último emperador, fue arrojado de Constantinopla por los turcos.

Mientras tanto, en el Occidente, en que Carlomagno había fundado un grande imperio, liberando a la Italia del furor de los lombardos, se había descubierto en 1136, un ejemplar completo de las Pandectas de Justiniano, *casi nihil grossum*, según la expresión de Potier (*Amarsi et sepulcri lenibris non sine singulis quodam divinis providenti. mirum in integrum exemplar Pandectarum Justinianarum*). El allargó ocurrió durante el sitio de Amalfi, ciudad de Italia, próxima a Salerno, sostenido por el emperador Lotario II, en la guerra que en favor del Papa iracundo II acia a Roger, conde de Sicilia, quien sostenía las pretensiones de Pedro de León, falso papa, bajo el nombre de Anacleto II. Los habitantes de Pisa, que habían ayudado a Lotario II, obtuvieron como recompensa la posesión del ejemplar de las Pandectas allado en el asalto de Amalfi, que conservaron durante largo tiempo como precioso tesoro. pero en 1446, en una guerra con la Toscana, tomada Pisa por los florentinos, después de un largo sitio, se apoderaron éstos de ese ejemplar, como de un trofeo de su victoria. Le aquí viene que este ejemplar se llame indistintamente Pandectas *Pisanae* o *Lorentinae*.

Este ejemplar ha servido para las ediciones que se han hecho, que por incuria de los cajistas, o ignorancia de los editores, contenían muchos errores que trató de salvar Dionisio (odolredo). Casi al mismo tiempo que se encontraba en Amalfi este ejemplar de las Pandectas, se halló en Ravena un ejemplar del Código y otro de las Pandectas.

Véase Potier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, edic. y trad. Breard-Neuville 1818, t. 1, pgs. 266 y sgta.; Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, n.º 243, pgs. 3-8 y sgta. y n.º 255 texto y nota 2, pgs. 365.

(65) El fragmento 25, 1, 36 de las Basílicas, que corresponde a la ley 37, 13, 7, decía: *Creditor, qui prius lo. i. debitor, per lo. actionem possessionem eius retinet*, y el fragmento 50, 2, 1, que corresponde a la ley 1, § 20, 41, 2, decía: *Per procuratorem ac tutorem aditorem possessionem, praeter quam si proprio nomine possideat* (Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain*, pág. 41, nota 2).

(66) *Du rôle de la volonté dans la possession*, cap. XIII, pág. 227.

que los autores de las Basílicas no han considerado que el *animus possidentis* de Paulus fuera digno de ser acogido en su recopilación. Para Jhering se trata de una opinión individual y de un punto de vista simplemente constructivo que no tenía el valor de un principio de derecho. Mas los dos fragmentos de Paulus no son los únicos que tratan de ese asunto. Las Pandectas ofrecen una verdadera masa de otros que lejos de confirmar la afirmación de aquel juriconsulto la contradicen radicalmente; y lo importante es que contienen decisiones de especies concretas; de modo que, aunque las decisiones de Paulus tuvieran la forma de un principio abstracto, no podrían prevalecer sobre el derecho positivo tal como era entendido y aplicado en Roma. «Si realmente su intención hubiera sido formular esta regla de derecho (que la naturaleza de la voluntad de poseer es la que decide entre la posesión y la detención), dice Cornil (67), se habría conformado al procedimiento que el mismo Paulus indica en otra parte: *non ex regula jus sumatur sed, ex jure quod est, regula fiat* (68); habría sacado su regla de derecho, el principio abstracto que formulaba, del derecho realmente en vigor. . . . Ahora bien, desde que está en contradicción con una serie de decisiones de especies concretas, el *animus possidentis* de Paulus no ha sido tomado del *jus quod est* y no puede tener, para el mismo Paulus, el valor de una verdad dogmática, de una regla de derecho. Digamos, en consecuencia, que, al invocar la falta de *animus possidentis* para rehusar la posesión al representante y al conductor, Paulus no piensa formular un principio de derecho; trata únicamente de dar una explicación o justificación racional de esta regla de derecho positivo. . . »

Hay, en efecto, casos en que la voluntad del poseedor tendería a tener la cosa para otro, es decir debería haber simple detención, según la teoría de Savigny de acuerdo con las decisiones de Paulus, y en que sin embargo la ley resuelve que hay posesión; y a la inversa, hay según la ley simple detención en casos en que la voluntad del tenedor es la de poseer para sí.

Como ejemplos de la primera categoría de casos pueden citarse las leyes 44, § 4 y 21 del tít. 3 *De usurp. et usurp.* del libro 41 del Digesto.

Un hijo de familia cuyo padre ha fallecido en el curso de un viaje, ignorando el fallecimiento de su padre, compra una cosa. Según la teoría de Savigny no habría obtenido sino la mera de-

(67) Cornil, obra citada, pág. 38.

(68) L. 1, tít. 17, *De diversis regulis juris*, lib. 50 del Digesto, tomada de Paulus, *Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi cuius officio est, quae simul quum in aliquo casu est, perdit officium suum*. Regla es una breve expresión de lo que es la cosa: no de la regla se formula el derecho, sino que del derecho, que existe, se formula la regla. Esto supuesto, por medio de la regla se hace una breve exposición de las cosas, y como dice Sabinus, una especie de interpretación de derecho aplicable: por lo que si se mal aplicada, invocándose para un caso que difiere de aquel que corresponde, deja de hacer su oficio (véase en Potier, *Pandectae Justinianae*, t. 23, pág. 2, la explicación de esta ley).

tención, porque no ha tenido el *animus sibi habendi*. Sin embargo, Papinianus le atribuye la posesión (69): mientras el padre vivía había un obstáculo para que la relación de posesión del hijo surtiese sus efectos; este obstáculo era la patria potestad, que desaparece con la muerte del padre de familia; y desaparecida la *causa detentionis*, hay posesión; poco importa que el poseedor haya tenido o no conocimiento del desaparecimiento de la potestad paterna al adquirir la cosa.

Un propietario, sin darse cuenta, toma en arriendo un predio que ha heredado sin saberlo, Javolenus se pregunta si la *usucapio pro herede* se habrá interrumpido en este caso de locación que debe estimarse nula, *quia dominus suam rem conduxisset* (70). Según Savigny no se ve por qué razón la nulidad del arrendamiento habría de influir en la posesión si el arrendatario quiere poseer para el arrendador; que sea al mismo tiempo propietario no importa, porque él lo ignora; su voluntad de poseer es la misma que la de todo otro arrendatario, es el *animus alieno nomine detinendi*; no quiere la posesión ¿cómo podría atribuírsele? Javolenus responde, al contrario, que el arrendamiento no tiene valor por haberse dado en arriendo la cosa al dueño de ella; y de esto se sigue que el arrendador no puede retener la posesión ni puede tener lugar la prescripción, *sequitur ergo ut ne possessionem quidem locator retineat*, lo que importa decir que el supuesto arrendatario es poseedor: el obstáculo que se habría opuesto a la posesión de parte del arrendatario, el arrendamiento, no existe jurídicamente.

Como ejemplos de la segunda categoría de casos en que sólo hay detención a pesar de la voluntad de poseer para sí del tenedor, pueden verse la ley 13, tít. 5 *De donationibus*, lib. 39 y la ley 60 §1, tít. 2 *De locat.* lib. 19 del Digesto.

Según Ulpianus, en la ley 13, el representante directo que tiene la intención de adquirir para sí la cosa que se le ha entregado para su representante, no obtiene la posesión; es mero tenedor, *nilhil agit in sua persona, sed mihi acquirit* (71). Esta solución es

(69) L. 44, § 4, *Filius-familias emtor alienae rei, quum patrem-familias se factum ignoret caput rem sibi traditam possidere; Cur non capiat usu, quum bona fides initio possessionis adsit, quomodo eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa pecuniaria quaesivit, nec possidere possit?* Un hijo de familia, que, ignorando que había llegado a ser padre de familia, compró una cosa que no pertenecía al vendedor, y empezó a poseer la cosa entregada, ¿por qué no habría de usucapirla habiendo tenido buena fe al principio de la posesión, aunque por error haya creído que, adquirida como cosa perteneciente al peculio, no podía poseerla?

(70) L. 21 tít. 3 *De usurp. et usucap.* lib. 41 del Digesto: *Et a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram locavi eum: an ullius momenti eam locacionem existimas quaro? Quod si nullius momenti existimas, an durare nihil minus usucapionem ejus fundi putes? ... Respondit: si is qui pro herede fundum possidebat domino eum locavit nullius momenti locatio est: quia dominus suam rem conduxisset. Sequitur ergo ut ne possessionem quidem locator retineat: idcirco longiternis praescriptio non durabit diu in arriendo el fundo a aquel de quien lo podía adquirir por la ocupación pro herede poseyéndolo por algún tiempo más. Pregunto, si consideras de algún valor este arrendamiento, y en caso de considerarlo de ningún valor, si subsiste no obstante la usucapión. ... Respondit: si el que poseía pro herede el fundo, lo dió en arriendo a su dueño, la locación no tiene valor alguno, porque el dueño habría arrendado una cosa a ya. Signese de esto, por consiguiente, que el arrendador no ha conservado, ni aun (ne quidem) la posesión y por lo mismo no se mantendrá la prescripción de largo tiempo.*

(71) L. 13 tít. 5, *De donationibus*, lib. 39 del Digesto: *... nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. ...* del mismo modo, si se le entregase alguna cosa a mi procurador, para que la ad-

inconciliable con el sistema del *animus possidentis* de Paulus y la teoría del *animus domini* de Savigny, quien, comprendiéndolo muy bien, sale del paso diciendo que la ley 13 consagra una singularidad que únicamente es aplicable al caso de tradición hecha al *procurator*, porque aquí es la voluntad del tradente la determinante.

En el caso de la ley 60, de *locati conducti*, (72) el jurisconsulto Labeo resuelve que el heredero del arrendatario, que ignora la existencia del arrendamiento y cree que el predio pertenece a su autor *quamvis colonus non est*, es mero tenedor a nombre del dueño de la cosa aunque tenga *animus domini*; en el sistema de Savigny debería tener la posesión. Sin embargo el mismo Paulus dice, en la ley 30, § 6, tít. 2, lib. 41 del Digesto (73), que si el que recibió de mí una cosa en comodato, la da a su vez a otro que creía que era suya, no dejo yo de poseer; y que lo mismo ocurrirá si un colono da en arrendamiento a otro el fundo que le arrendé, o el depositario que recibió de mí una cosa en depósito, la deposita en poder de otro.

De esto se desprende que la circunstancia que el tenedor ignore para quien detiene la cosa no tiene influencia sobre la naturaleza de la relación posesoria: el subarrendatario, el segundo comodatario o depositario detienen la cosa a nombre del arrendador, del comodante o del depositante originario, sin saber nada de él.

Estudiando los textos legales que resuelven estos y otros casos concretos se puede, pues, llegar a la conclusión de que la cuestión de saber si hay posesión o detención según los jurisconsultos romanos depende de la *causa* de la relación posesoria, del acto jurídico de que procede: si este acto jurídico implica la detención, no habría posesión sin que sea necesario averiguar la voluntad particular del tenedor de la cosa; pero ello no significa que la posesión deba depender de la prueba de la *causa possessionis*, como la detención depende de la prueba de la *causa detentionis*. La relación posesoria según los principios del derecho romano, supone, pues, necesariamente una voluntad conciente, es decir, de querer ejercer el poder que el poseedor ejerce, no de una voluntad dirigida hacia el derecho. (74)

811.—Las enseñanzas de Jhering han contribuido a aclarar y precisar las ideas sobre la posesión como institución jurídica:

quirlera para mí, y el la recibiera para adquirirla para el, no hace nada en favor suyo, sino que la adquiere para mí.

(72) L. 60, tít. 2, *Locati, conducti* lib. 19 del Digesto, § 1: *Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo*; el heredero del colono, aunque no es colono, no obstante estimo que posee para el dueño.

(73) L. 30, tít. 2, *De acquir. rei amitt. possess.* lib. 41 del Digesto, tomada del jurisconsulto Paulus: § 6. *Si ego tibi commodaveram, tu Titio, qui putat tuum esse, nihilominus ego id possidebo. Et idem erit si colonus meus fundum locaverit, aut si apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit; et id per quamlibet plurimum personam factum observandum ita erit.*

(74) Cornil, obra citada, pag. 47; Jhering, *Die Lehre von der possession*, págs. 297 y segs.; Saleilles, *De la possession des meubles*, págs. 28 y segs.

de la relación extrínsecamente jurídica en que puedan encontrarse a su respecto, y concede la protección posesoria a todo aquel que en un momento dado aparece ejerciendo sobre la cosa una potestad efectiva, propia e independiente, suficiente por lo mismo, para admitir la suposición, o presumir que quien así procede lo hace porque realmente tiene el derecho de hacerlo. Si existe un derecho superior al suyo, su titular debe hacerlo valer por las vías legales y discutirlo en el correspondiente juicio declarativo; pero no le es lícito alterar la situación de hecho existente ni mucho menos hacerse justicia por sí mismo. La teoría objetiva garantiza mas eficazmente la tranquilidad social ampliando, como lo hace, el campo de la protección posesoria.

812.—La definición del art. 700 de nuestro Código tiene evidentemente el defecto de hacer depender la posesión, o sea la naturaleza de la relación posesoria, del ánimo de señor o dueño del tenedor, que es una condición interna imposible de determinar exteriormente. Así, el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros hechos de igual significación que en sí mismos revelan la posesión del suelo (102), pueden ser ejecutados por un usufructuario, por un arrendatario, que, sin embargo, no son poseedores del suelo y a quienes la ley califica expresamente de meros tenedores. «Veo a dos campesinos cultivar un campo, dice Jhering (103): el primero lo hace con la intención de ejercer su propia posesión; el segundo, con la intención de ejercer la posesión de otro. ¿puedo yo discernir en ellos esta diferente intención? Si se añade además que el último obra así desde hace ya diez años, y el otro sólo desde hace pocos días ¿me da esto indicación alguna? Ni la mas insignificante. Puede muy bien ocurrir que el primero sea colono y el otro propietario».

¿Cómo podría, en efecto, saberse el ánimo del tenedor de una cosa si él no lo ha declarado al iniciar la tenencia? «*La declaración expresa*, exclama Jhering (104) haciéndose cargo de lo que a este respecto dice un autor alemán, quisiera saber dónde y cuándo se ha visto una. Por mi parte, he tomado durante mi vida posesión de una innumerable cantidad de cosas, y aun siendo jurista y como tal conociendo muy bien la importancia práctica de mi voluntad de poseer, nunca se me ha ocurrido declarar mi *animus domini*, y para decirlo todo, jamás me he preocupado por saber si obtenía la posesión o la tenencia. . . . Es preciso decir aquí como Celsus: *niñil de ea re neque emptor neque venditor co-*

(102) Art. 925 del Código civil.

(103) *Du rôle de la volonté dans la possession*, pág. 141. *La voluntad en la posesión*, versión española de Adolfo Posada, pág. 145.

(104) *Du rôle de la volonté dans la possession*, pág. 163.

gilaverunt ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet. (105) Dejemos la declaración de la voluntad de poseer allá donde ha surgido: sobre el papel; nada tiene que hacer en otra parte».

Esta crítica es perfectamente aplicable a la definición teórica del art. 706 de nuestro Código que no da al juez norma alguna que le permita distinguir al poseedor del mero tenedor, sobre todo si se tiene presente que en los juicios posesorios no debe tomarse en cuenta el derecho del tenedor, ni el de aquel que se considera lesionado en su posesión. (106)

813.—La definición de la posesión dada por la ley se refiere a la *tenencia de una cosa determinada*, que el dueño o el que se dá por tal tiene por sí mismo o por otra persona *que la tenga en lugar y a nombre de él*. Dada la acepción gramatical de la voz *tenencia*, ocupación corporal de una cosa, y del verbo *tener*, asir o mantener asida una cosa, parecería que al decir *cosa determinada* el legislador ha querido hablar de *cosa corporal*, pues esta clase de cosas es la que puede ser asida y ocupada corporalmente.

Este era también el sentido en que las leyes romanas se referían a la posesión. Por eso Pothier (107), siguiendo a Paulus, decía que sólo las cosas corporales son susceptibles de verdadera posesión: *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia* (108); *quia*, agregaba el mismo jurista (109), *nec possideri intelligitur jus incorporale*. Sin embargo, siendo, desde luego, los derechos reales, de la misma naturaleza, si no de la misma extensión que el derecho de propiedad, y en el hecho, verdaderos derechos de propiedad parciales, era lógico que se reconociera una verdadera posesión de ellos consistente en su ejercicio como propios; y «esto es lo que el instinto recto de los primeros legisladores parece haber perfectamente comprendido, dice Accarias (110), puesto que admitían la adquisición de las servidumbres reales por vía de usucapión» (111). Y tratando de explicar como pudieron los juristas apartarse de este punto de vista tan natural, agrega: «El análisis de los primeros juristas fué superficial: se dejaron engañar por la distinción de las *res corpo-*

(105) L. 38, §2, tit. 1, *De actionibus emti et venditi* lib. 19 del Digesto: «Nada respecto de tal cosa pensaron el comprador ni el vendedor, como ocurre generalmente en semejantes casos». (El jurista se refiere a una pregunta ec. a Proculus sobre si debían considerarse comprendidas en la compra-venta de una casa las cañerías subterráneas que conducen a ella el agua).

(106) Véase el art. 923 del Código Civil.

(107) *Possessio*, n.º 37.

(108) L. 3, tit. 2, *De acquir. vel amitt. poss.* lib. 41 del Digesto.

(109) L. 4, § 17, tit. 3, *De usurp. et usu. ap.* lib. 41 del Digesto.

(110) *Précis de droit romain*, t. 1, n.º 218, pág. 551, 1.ª edic.

(111) Cita Accarias el siguiente fragmento del jurista Paulus: L. 4, tit. 3 *De usurp. et usu. ap.* lib. 41 del Digesto, y 29, *Libertat. m. servitut. m. p. p. poss.* verius est, quia cum usucapionem sustulit lex Scribonia que servitutem constituat, non est n. eum qui libertatem prestat sublt. la servitute. Itaque si quum tibi servitutem deberem ne n. illi, puto, liceret illius a n. e. et per stitutum tempus altius a d. utum habuero sublt. erit servitus. es mas cierto que se puede usucapir la libertad de las servidumbres, porque la ley Scribonia prolija la usucapion que constituye servidumbre, y no la que la extingue, y concede la libertad. Y así, si debiéndote la servidumbre, verbigracia, de no edificar mas alto, y lo hubiere tenido edificado mas alto durante el tiempo determinado por la ley, se extinguirá la servidumbre.

rales y de las *res incorporales*, que llegó hasta calificar como cosas corporales los derechos de propiedad. Llamando *corpus* al elemento físico que la posesión exige, les pareció evidente que este elemento no podría tener realización posible con respecto a cosas que carecen de cuerpo. No se fijaron en que, si el derecho de servidumbre es incorporal, el derecho de propiedad no lo es menos; que la cosa corporal que constituye el objeto de un derecho de propiedad no deja de ser corporal, en cuanto se halle sometida a un derecho de servidumbre; y en fin, que si la cosa se presta a actos materiales correspondientes a un derecho de propiedad, se presta igualmente a actos de la misma naturaleza correspondientes a un derecho de servidumbre. Yo cultivo un predio, cosecho sus frutos, transito por él, saco el agua de una fuente que en él existe. ¿en que cambiarían estos actos de carácter, por no expresar, en lugar de una pretensión a la propiedad la pretensión mas modesta a un derecho de servidumbre? Estas críticas no escaparon a la sagacidad mas ejercitada de los juristas romanos, y desde el primer siglo de nuestra era, el pretor, sin tocar al lenguaje consagrado, admitió, no una posesión, sino una cuasiposición de las servidumbres. Esta *quasi possessio*, o *juris possessio*, como se le suele llamar, consistía en el ejercicio del poder contenido en una servidumbre, abstracción hecha de la cuestión de saber si se tenía o no se tenía el derecho de ejercitarlo; y para que existiera eran necesarias, lo mismo que en la posesión de una cosa corporal, *possessio corporalis*, las dos condiciones constitutivas de la idea de la posesión: 1.º el ejercicio del poder contenido en el derecho en cuestión; y 2.º el *animus (servitutem) sibi habendi*, es decir la intención de ejercer este derecho para sí.

Pero los Romanos no parece que extendieron la aplicación de la *juris possessio* fuera de las servidumbres o los derechos reales. No la aplicaron por tanto a los derechos personales o a las obligaciones respecto de las cuales la idea del ejercicio de un poder físico no la consideraban admisible bajo ningún respecto (112). Pothier generaliza, sin embargo, y después de decir que «las cosas incorporales, esto es, las que *in jure consistunt*, no son susceptibles, en verdad, de una posesión verdadera y propiamente dicha, sino que son susceptibles de una cuasi posesión: *jura non possidentur sed quasi possidentur*», expresa que en general, el goce que yo tengo de un derecho, cualquiera que sea, es una cuasi posesión (113), lo que hace extensible la idea de la posesión a un derecho cualquiera, a los derechos personales o créditos (114) lo mismo que a todos los derechos reales tratándose de bienes patrimoniales, como a los derechos de la personalidad misma. (115)

(112) Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, § 82, pág. 638, y y § 135, pág. 827, y sgts., 5.ª edic.

(113) *Possessio*, n.º 38.

(114) Art. 1576 del Código Civil.

(115) Arts. 309 y sgts. del Código Civil, *posesión notoria del estado civil*.

Las Partidas mantuvieron esta distinción entre la posesión de las cosas corporales y de los derechos, y la ley 1.ª tít. 30, Partida 3.ª después de definir la posesión propiamente dicha de las cosas corporales, agregaba: «*Ca las cosas que non son corporales, assi como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, e los derechos por que demanda un ome sus debdas, o las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propiamente non se pueden poseer, nin tener corporalmente; mas usando dellas aquel a quien pertenece el uso, e consintiendo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de possession.*» Según esto la posesión de las cosas incorpóreas consiste en el ejercicio del derecho con consentimiento del propietario de la cosa en que el poseedor tiene el derecho ejercido; pero esta idea que corresponde bien a los derechos reales, no presenta la misma claridad para los derechos personales a que sin duda hacen también referencia las palabras de la ley de Partidas (116): «*e los derechos por que demanda un ome sus debdas, o las otras cosas que non son corporales semejantes destas.*»

Concebido con arreglo a estos precedentes, el Proyecto de 1853 definía la posesión únicamente en relación con las cosas corporales (117); y decía en el art. 858: «Sólo las cosas corporales son susceptibles de verdadera posesión. Las cosas incorpóreas, sin embargo, admiten una *cuasi - posesión*, que es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión propiamente dicha.» La Comisión Revisora reemplazó la palabra *corporal* por *determinada* en el artículo que definía la posesión y suprimió el inciso primero del art. 858 y la expresión *cuasi - posesión*, diciendo en el art. 715: «La posesión de las cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal».

Por consiguiente no hay para nuestro Código diferencia en la posesión de una u otra clase de cosas, y en la expresión *cosa determinada* de que se sirve el art. 700 se comprende toda clase de bienes corporales o incorpóreas, muebles o inmuebles.

814.—El Código ha definido la posesión como manifestación externa de la propiedad verdadera, presuntiva o pretendida, expresando que es el dueño o el que se da por tal quien tiene la cosa

En este mismo sentido hablan las leyes romanas de *possessio ingenuitatis, libertatis, servitutis* (L. 14, tít. 13 de prob. et presumpt. lib. 22 del Digesto: *si quidem in possessione libertatis fuit...* *si vero in possessione ingenuitatis sit*; l. 1, tít. 12 De *liberali causa*, lib. 40 del Digesto: *si quando is qui in possessione servitutis constitutus est, litigare de conditione sua...*; l. 10, mismo título: *sed in possessione libertatis, fuisse...*; l. 28, mismo título: *qui possessionem libertatis ex voluntate domini consequitur...*; l. 3, tít. 2, De *adq. vel amitt. poss.* § 10. *Alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit*); pero la palabra *possessio* no está tomada aquí en el sentido técnico que le corresponde. Véase Accarias, obra citada, n.º 218, pág. 550, texto y nota 2; Maynz, obra citada, § 82, nota 5, pág. 639. Es un sentido metafórico que es frecuente en nuestro idioma.

(116) Véase lo que dice Gutiérrez Fernández, t. 2, pág. 538, apoyándose en Savigny. Compárese Navarro Amandi, *Código civil de España*, t. 1, pág. 338, sobre la definición de la posesión.

(117) El art. 839 de dicho Proyecto decía: «La posesión es la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño, o el que se da por tal la tenga por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar de él y a su nombre».

por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él, reconociendo, por lo tanto, el derecho que tiene o que pretende tener. Se presenta así la posesión como la situación de hecho que permite al propietario el ejercicio de las diversas facultades que constituyen su derecho de dominio; y como esta situación corresponde en la práctica ordinariamente al dueño o señor de la cosa, es natural ver en el tenedor que ejecuta aquellos actos, al propietario, al que ha adquirido la cosa por un modo originario de adquirir el dominio o que la ha adquirido por tradición del propietario anterior en virtud de un título translativo, y en uno y otro caso, con ánimo de hacerla suya.

Esto hace innecesaria la prueba del ánimo de señor o dueño en la tenencia de la cosa, de parte del poseedor, y la ley lo presume evitando al tenedor de la cosa la prueba de su ánimo de señor o dueño que lo hace poseedor, prueba que él no podría hacer sin probar la causa de la posesión o sea de su derecho en la cosa. «El poseedor es reputado dueño, dice el inc. 2.º del art. 700, mientras otra persona no justifica serlo». *El poseedor* es aquí el tenedor de la cosa que insiste en su tenencia y que se conduce con respecto a la cosa como lo hace el dueño, usando, gozando y disponiendo de ella. La posesión, dice Pothier (118), «hace reputar propietario al poseedor, mientras el verdadero propietario no se da a conocer y no la reclama»; y el Código francés se había conformado a esta doctrina diciendo en su art. 2230: «Se presume siempre que se posee para sí mismo, y a título de propietario, si no se prueba que se ha comenzado a poseer para otro».

La condición del poseedor es bajo este aspecto sumamente favorable, porque no necesita acreditar su derecho a poseer, la causa de la posesión, sino únicamente el hecho de poseer o haber poseído el tiempo que la ley requiere para poder hacer uso de la acción posesoria mediante la cual obtendría el amparo de su posesión, o la restitución de la posesión que tenía y de que ha sido injustamente privado. Por eso el jurisconsulto Gaius aconsejaba al propietario que antes de reclamar la cosa viera si podía obtener la posesión de ella por medio de algún interdicto y gozar así de las ventajas de la posesión, dejando a su adversario el peso de la prueba en el juicio petitorio que éste entablara: *Is qui destituit rem petere, animadvertere debet an aliquo interdicto possit nancisci possessionem quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.* (119)

Este es el aspecto práctico de la cuestión que se reduce a la conocida máxima: *Beati possidentes*. En cuanto al fundamento

(118) *Propriété*, n.º 3.

(119) L. 24, tít. 1, De *rei vindicatione*, lib. 6 del Digesto. Véase en Pothier, *Pandectae Justinianae*, t. 4, sobre dicho título, n.º 19, pág. 20, texto y notas, la explicación del procedimiento previo que se acostumbraba seguir en los juicios reivindicatorios, para determinar quien debía ser el poseedor mientras se ventilaba la litis, y por lo tanto, quien debía asumir en ésta el papel de demandante, que lo obligaba a probar el fundamento de su acción de dominio.

filosófico de la teoría de la protección de la posesión es fácil percibirlo según Jhering (120). Para él, «sólo hay un punto de vista que explica de una manera completamente satisfactoria el aspecto de la protección posesoria en el derecho romano: ella ha sido instituida con el fin de hacer mas fácil (*alliger*) la protección de la propiedad. En lugar de la prueba de la *propiedad* que el propietario debe suministrar cuando reclama la cosa que se halla en poder del poseedor, le bastará la prueba de la *posesión* con respecto a aquel que se la ha inmediatamente quitado. ¿Puede la posesión representar, pues, a la propiedad? Si, porque ella es la propiedad en su estado normal: la posesión es la *exterioridad*, la *visibilidad* de la propiedad (121). Estadísticamente esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Regularmente, el poseedor es al mismo tiempo propietario; los casos en que no lo es forman una ínfima minoría. Podemos, en consecuencia, designar al poseedor como el *propietario presunto*; y se comprende muy bien por una parte que el Derecho romano haya declarado esta presunción de propiedad, esta prueba *a prima facie* como dice el Derecho inglés,—suficiente cuando se trata de rechazar los ataques a la propiedad únicamente; y por otra parte, que, cuando la cosa se encuentra en poder de un tercero demandado que tiene de su lado la presunción de propiedad, haya exigido que esta presunción no pudiera ser enervada sino por la prueba de la propiedad. ... La protección posesoria aparece así como un *complemento indispensable* de la propiedad». La posesión no implica necesariamente el derecho de propiedad; puede aun contrariarlo abiertamente como ocurre en el caso de hurto o robo; pero es el signo probable de la propiedad y la hace presumir, ya que ordinariamente cada uno posee lo que le pertenece y no posee mas que esto. (122)

Para Laurent, sin embargo, la situación ventajosa que el poseedor tiene, en el hecho de la posesión, no hay para que referirla a una presunción de propiedad; el adagio *in pari causa melior est causa possidentis* (123) no hay que fundarlo en ella. «Una contienda se suscita entre dos personas sobre la propiedad de uno predio: es el poseedor el atacado; ganará la causa si el demandante no prueba su derecho de propiedad. He aquí ciertamente una gran ventaja que tiene el poseedor, pero no la deriva de una presunción de propiedad, dice Laurent; es la aplicación de este otro adagio *actore non probante reus absolvitur*. Esta regla aprovecha a todo demandado; toca al demandante establecer el fundamento de su demanda; si no lo hace, sucumbe; y como consecuencia, el demandado ganará la causa sin que tenga que probar nada. Esta

(120) *Possession*, págs. 230 y sgts.

(121) Véase Jhering, *Fundement des interdits possessoires*, cap. 6, pág. 42, trad. Meulanaere pág. 57, trad. española.

(122) Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, n.º 211, pág. 533, 4.ª edición; Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, § 88, pág. 662, 5.ª edición.

(123) L. 128 (170) tit. 17 *De regul. iur.* lib. 50 del Digesto, tomada del juristaconsulto Paulus *In pari causa possessor potior haberi debet*.

ventaja del poseedor es extraña a la posesión, considerada como manifestación de la propiedad; es una consecuencia de los principios que rigen la prueba (124). Laurent puede sostener esta tesis, exacta desde el punto de vista en que él se coloca, ante el texto del Código francés que no ha consignado expresamente la presunción de propiedad del poseedor, sino indirectamente al presumir en el art. 2230 que «el poseedor posee para sí y a título de propietario si no se prueba que ha comenzado a poseer para otro»; pero nuestro Código establece expresamente y en términos generales, no sólo para los efectos del juicio reivindicatorio, sino para todos los efectos que de la posesión se derivan, que el poseedor debe ser reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo. A pesar de la prestigiosa autoridad de Laurent todos los tratadistas franceses (125) están de acuerdo en la existencia de esta presunción de propiedad del poseedor, que constituye en realidad la prueba del elemento intencional, el *animus domini*, que unido al *corpus* da lugar a la posesión, elemento que de otro modo no habría podido establecerse.

El propietario que es molestado en la posesión de la cosa, o que es despojado de ella, tiene así un medio fácil de hacer respetar su derecho de dominio. No necesita entrar a probar éste; sino probar su posesión actual o la posesión de que fué despojado. La protección legal de la posesión viene a ser así una protección de la propiedad. Es cierto, sin embargo, que los no propietarios, los poseedores de mala fé, se aprovecharán en el hecho de esta protección posesoria y se beneficiarán con la presunción de propiedad, ellos que no son propietarios, y aun en contra del verdadero propietario que para triunfar tendrá que probar, si puede hacerlo, que él es el dueño; pero los inconvenientes que en algunos raros casos pueden resultar de este orden de cosas son insignificantes comparados con sus beneficios. «El valor práctico de una institución jurídica, dice Jhering (126), no es determinado por la circunstancia de que no presente mas que ventajas; sino dar el balance entre las ventajas y las desventajas y la preponderancia de las primeras».

Pero debe tenerse presente que las acciones posesorias que garantizan al poseedor los beneficios de la posesión no pueden ser instauradas sino después de transcurrido un año completo de tenencia tranquila y no interrumpida (art. 918); de modo que la presunción de propiedad aprovecha al poseedor de año y día

(124) Laurent, *Principes de droit civil*, t. 32, n.º 265, pág. 274, 2.ª edición. Véase Troplong, *Prescription* pág. 229.

(125) Troplong, *De la prescription*, t. 1, n.º 372, Demolombe, t. 9, n.º 479 Duranton, t. 2, n.º 131; Malinvaud, t. 12 n.º III. Moatou, t. 3 n.º Dury y Rau, 182, pág. 40 5.ª ed. Planiol, Ripert y Licar, los bienes n.º 169 y 357.

(126) *Fundement des interdits possessoires*, trad. francesa, pág. 52; trad. española, pág. 67. Ciceron, apreciando la institución de los tribunales en Roma, y el voto que se les concedió en beneficio del pueblo, dice: *Fateor in ipso isto potestate inesse quidam mali; sed bonum quod est questum in ea, sine isto malo non haberemus* (De leg. III, c. 10): reconozco que en esta misma potestad hay algo malo; pero lo bueno que se ha buscado en ella, sin este mal no lo tendríamos.

en cuanto al ejercicio de los medios de protección que la ley le otorga. (127)

815.—La ley refiere la posesión a la tenencia de una cosa determinada, corporal o incorporal según lo que hemos dicho (128), acompañada del ánimo de señor o dueño.

Se da así por establecido que se trata de cosas susceptibles de ser apropiadas: las cosas comunes a todos los hombres, las cosas in-comerciables, que no pueden ser objeto de propiedad, no pueden ser poseídas por los particulares. En consecuencia no puede haber posesión respecto:

- a) De las cosas *comunes* por naturaleza. (129)
- b) De los bienes nacionales de uso público (130),
- c) De las cosas consagradas para el culto divino (131); y en general
- d) De las cosas in-comerciables.

816.—Dada la naturaleza de la posesión, según la definición que da de ella la ley, dos personas no pueden ser poseedoras de una misma cosa en su totalidad, *in solidum*: la posesión del poseedor excluye toda otra posesión que pudiera pretenderse sobre la misma cosa, desde que la posesión consiste en el poder físico del poseedor, *corpus*, de disponer de la cosa a su antojo y con ánimo de dueño, *animus sibi habendi*.

Los jurisconsultos romanos no apreciaban, sin embargo, de la misma manera esta cuestión. Los Sabinianos pensaban que había una distinción. Aceptaban que dos personas no podían tener, cada una en la totalidad, la misma especie de posesión de una misma cosa, pero creían que podían coexistir dos posesiones de distinta especie en la misma cosa. Así Julianus admitía que sobre una misma cosa pudieran concurrir una posesión ordinaria y una posesión *de precario*, una posesión justa y otras injusta, pero no dos posesiones justas y dos injustas, o dos precarios, o dos posesiones violentas o clandestinas (132). Al contrario los Proculjanos eran de opinión que el principio que dos personas no podían tener al mismo tiempo la posesión *in solidum* de una misma cosa no era susceptible de distinción alguna; que mientras el usurpador tenía la posesión injusta de la cosa que había usurpado, la persona despojada no podía conservar posesión alguna; que igualmente aquel que había dado a alguno, a título de *de precario*, la posesión de una cosa, no conservaba posesión alguna

(127) Nos remitimos sobre este punto a lo que diremos al tratar de las acciones posesorias.

(128) Véase n. 813.

(129) Véase tomo I, *De los bienes*, n.º 144, pág. 163.

(130) Véase tomo I, *De los bienes*, n.º 153, pág. 175.

(131) Véase tomo I, *De los bienes*, n.º 147, pág. 168.

(132) L. 19, tit. 16, *De precario*, lib. 43 del Digesto: *Deo in solidum precario habere non magis possunt quam duo in solidum si possidere aut clam nam neque iuste, neque iniuste possessiones duae concurrere possunt.*