Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

TEORIA DE LA POSESION

Por el Lic. Oscar MORINEAU, Profesor de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

CAPITULO I [1]

Exposición y crítica de la teoría de la posesión de Rudolf von Ihering

Para facilitar al lector el acceso a la teoría mencionada voy a limitarme al comentario de su versión simplificada, escrita por él con posterioridad a su obra grande, en donde se refiere en detalle a la tesis de Savigny. [2] El resumen de Ihering está publicado en español por la "Editorial Atalaya", Buenos Aires, 1947, con el título de *Tres ensayos jurídicos*, traducida directamente del alemán por don Adolfo González Posada.

CAPITULO I

La posesión como objeto de un derecho

Los romanos frecuentemente no distinguen entre propiedad y posesión y llaman *possessores* a los propietarios. La distinción se ve clara cuando el propietario es despojado de la cosa; sigue siendo propietario mientras que el despojante es poseedor. "De hecho, se diría, la cosa se encuentra en manos de uno —he ahí la posesión—; pero de derecho sigue perteneciendo al otro como antes — he ahí la propiedad. El hecho y el derecho; tal es la antítesis

1 De un libro en preparación titulado *La posesión.*

2 *La posesión,* segunda edición, traducida por Adolfo Posada. Madrid, 1926.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

a que se reduce la distinción entre la posesión y la propiedad. La posesión es el poder de hecho y la propiedad el poder de derecho sobre la cosa." [3]

Comentario.—Este contraste es correcto si con él queremos significar que lo que hace el despojante no está autorizado por el derecho, mientras que si lo hiciera el propietario sería ejercicio o manifestación del derecho de propiedad.

El contraste apuntado por Ihering entre la propiedad como poder de derecho y la posesión como poder de hecho consituye una comparación irrelevante, supuesto que Ihering no se impone aquí la tarea de comparar al *derecho* de propiedad con el *derecho* de posesión, sino que compara al primero con el *hecho* de poseer. Ihering descubre una antítesis porque compara un derecho (propiedad) con un hecho (posesión). Evidentemente, siempre que comparemos un derecho, objeto ideal, con un hecho, objeto real, encontraremos dicha antítesis; pero ella no nos servirá jamás para descubrir la naturaleza del *derecho* de posesión, ya que éste no fué utilizado como elemento de la distinción.

La situación existente entre el propietario y el despojante nos enseña que el hecho de poseer no es manifestación del derecho cuando el poseedor no está facultado a usar, disfrutar o retener la cosa y que, por el contrario, la posesión de hecho, cuando es manifestación de un derecho, es nada menos que la exteriorización o manifestación del derecho de usar, disfrutar o retener las cosas. De aquí se deriva la conclusión de que el derecho de posesión por sí solo, *jus possessionis*, no autoriza el hecho de poseer, supuesto que tal hecho ya está facultado en forma exclusiva por otros derechos, propiedad, usufructo, arrendamiento, etc. y evidentemente el despojante no está facultado a actuar sobre la cosa sino obligado a devolverla con sus frutos. Esto nos obliga a buscar por otro lado la conducta facultada por el derecho de posesión o bien a concluir que tal derecho no existe como derecho subjetivo independiente, *jus possessionis*. Sin embargo, Ihering considera que la posesión no sólo es un hecho sino que también es un derecho subjetivo, con lo cual estoy enteramente de acuerdo. [4] Por este motivo la antítesis entre propiedad y posesión, señalada por Ihering, carece de todo valor científico, supuesto que no nos dice nada acerca de la esencia del derecho de posesión, ya que se limita a contrastar *el hecho* que lleva el mismo nombre con *el derecho* de propiedad.

---

3 Obra comentada, pág. 92. De aquí en adelante me limitaré a mencionar el número de la página de esta obra.

4 97.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Es como si contrastáramos el color de un objeto con el peso de otro distinto. Por otro lado, si tanto la propiedad como la posesión son derechos subjetivos (independientemente de que con el nombre de posesión se designe también al hecho de poseer una cosa, de detentarla, de aprehenderla, de estar en contacto con ella, etc.) no tiene sentido comparar al derecho de propiedad con el hecho de poseer, ya que tal antítesis no es exclusiva de la propiedad frente a la posesión sino que aparece siempre que comparamos un derecho con un hecho. Esta antítesis también se encuentra cuando comparamos un derecho con la conducta actual que es su ejercicio, por ejemplo la propiedad misma frente a su ejercicio, lo mismo que la posesión (el derecho) frente al ejercicio de tal derecho. Lo importante es saber cuál es la conducta facultada por el derecho de posesión para poder decir qué conducta actual es manifestación o ejercicio de tal derecho.

El propietario que está usando y disfrutando, evidentemente está realizando un hecho, el cual es al mismo tiempo manifestación o ejercicio de su derecho de propiedad. En la misma forma, el poseedor jurídico que está ejercitando su derecho (cualquiera que él sea) también está realizando un hecho. Por tanto, no existe ninguna antítesis entre el *derecho* de propiedad y el *derecho* de posesión ni entre la *manifestación* del derecho de propiedad y la *manifestación* del derecho de posesión. En el primer caso nos encontramos con dos objetos ideales; en el segundo con dos fenómenos naturales dotados de sentido jurídico. Cuando el hecho de poseer no está autorizado por el derecho (como en el caso del despojante que no ha llegado a adquirir el derecho de posesión) entonces es sencillamente violación de un deber jurídico. Se trata de un hecho, en la misma forma que lo sería el uso y disfrute de parte del que se hace pasar por propietario sin serlo. En este último caso, también podríamos hablar de la antítesis que existe entre la propiedad como hecho y la propiedad como derecho. Pero es absolutamente incorrecto escoger a la posesión como hecho y a la propiedad como derecho, si queremos enfrentar o distinguir al *derecho* de posesión y al *derecho* de propiedad.

Es cierto que la causa generadora del derecho de posesión (cualquiera que sea la conducta facultada por este derecho), es el hecho de poseer, el acto de aprehensión; pero también la causa generadora del derecho de propiedad es invariablemente un hecho: el contrato de adquisición de tal derecho: la compraventa, la permuta, la donación, o bien la usucapión, etc. *Todo* derecho tiene por causa la realización de determinado supuesto, del hecho jurídico. Se dirá que el derecho de posesión se adquiere

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

mediante la realización de un simple hecho, mientras que la propiedad se adquiere mediante un contrato. Esta afirmación no es correcta, supuesto que el derecho de posesión se adquiere solamente cuando se realiza el hecho al cual la norma atribuye el nacimiento del derecho. El mismo hecho, cuando lo ejecuta un sirviente o un familiar (artículo 793 del Código Civil) no es generador del derecho de posesión, por tratarse de un *simple hecho*, en la terminología de Ihering, y no de un *hecho jurídico*. En la misma forma, el hecho de que alguien venda lo que no le corresponde, y el hecho de que alguien lo compre, no son hechos capaces de engendrar el derecho de propiedad ni su transmisión. Además, cabe advertir, que no existe ninguna diferencia entre el *hecho* jurídico y el acto *jurídico* en cuanto ambos son *hechos* que fungen como supuestos para el nacimiento de las consecuencias jurídicas. El acto de aprehensión es el *hecho* que motiva la adquisición del derecho de posesión; el acto de adquisición es el *hecho* que motiva la adquisición del derecho de propiedad. Todo derecho se adquiere mediante la realización de determinado hecho, y para que éste sea capaz de generar el derecho es necesario que se trate de un hecho *jurídico*. En este sentido, el nacimiento, la muerte, la mayoría de edad, etc., no son simples hechos, sino hechos jurídicos, como lo es el hecho de apoderarse de una cosa. Por tanto, la afirmación de que la posesión es el poder de hecho, y la propiedad el poder de derecho sobre la cosa, no tiene sentido si en el primer caso nos estamos refiriendo al derecho subjetivo de posesión. Además, la actividad actual ejercitada sobre una cosa, es manifestación del poder del hombre que actúa sobre ella, y si dicha actividad está autorizada por el derecho, decimos que es ejercicio o manifestación de un derecho; la propiedad, por ejemplo; pero también puede ser manifestación (la misma actividad) del usufructo, arrendamiento, etc. Por tanto, *el poder* autorizado por la norma no es *el derecho* de propiedad, sino *el objeto* o contenido de tal derecho, mientras que el ejercicio actual de tal poder es manifestación de dicho derecho cuando lo realiza la persona autorizada.

Si consideramos a la posesión como hecho —poder de hecho—, *tal hecho* es idéntico al que aparece como manifestación del derecho de propiedad: detentar, aprehender, cuando usamos; usar, disfrutar, cuando aprehendemos. El *corpus* es un hecho, la posesión de hecho, que coincide con el hecho que es ejercicio del derecho de propiedad. Si el derecho de posesión faculta alguna conducta sobre la cosa —Ihering opina que es el dere-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cho a ejercitar el poder de hecho—,[5] entonces también el hecho que es ejercicio del derecho de posesión debe llamarse poder de derecho, conforme a la terminología de Ihering, supuesto que es conducta facultada por la norma. Por lo expuesto, no alcanzo a comprender en qué forma la antítesis mencionada por Ihering, pueda contribuir al conocimiento *jurídico* de la posesión y a diferenciarla de la propiedad. Por lo pronto, parece que tal antítesis contribuye al desconocimiento del objeto que estamos buscando.

"La utilización económica de la propiedad tiene por condición la posesión."[6]

Comentario.—Esto es innegable en la mayoría de los casos; pero solamente es parte de la verdad. También la utilización económica de las cosas se logra jurídicamente mediante los derechos de usufructo, uso, habitación, aparcería, arrendamiento, etc. y también estos derechos necesitan de la posesión de hecho para poder ejercitarse. Por otro lado, la utilización estética, afectiva, antieconómica, toda clase de utilización directa de las cosas físicas, tiene por condición el hecho de poseerlas. Finalmente, existen objetos que pueden utilizarse jurídicamente y, de hecho, sin necesidad de poseerlos, pues en su caso no existe siquiera la posibilidad de hacerlo. Me refiero al derecho de propiedad que recae sobre objetos incorpóreos. Por este motivo, el concepto de utilización económica no sirve para encontrar la esencia del derecho de posesión, ni la del derecho de propiedad, aunque sí sirve admirablemente para determinar cuándo la posesión de hecho es generadora del derecho de posesión — según se verá después. La utilización económica, tanto como hecho, así como en su carácter de posibilidad normativa, tampoco nos sirve, supuesto que *es un dato parcial* relativo a la conducta facultada por el derecho de propiedad, y *no es un dato exclusivo* relativo a tal derecho ni a su manifestación, ya que el usufructo, el arrendamiento, etc., también se manifiestan *normalmente* mediante la utilización económica de las cosas. El único beneficio que podemos sacar del concepto de utilización económica, es la circunstancia de que el *corpus* no es algo misterioso, como lo hace aparecer Enneccerus, por ejemplo, cuando nos enseña que es "lo que aparece como tal ante la conciencia común."[7] Ihering, con razón, sostiene que el *corpus* es nada menos que la utilización normal de la cosa; con lo cual también

5 En su oportunidad probaré esta afirmación con citas textuales.

6 93.

7 *Tratado de Derecho Civil.* Vol. 1º del tomo 3, pág. 30.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

nos enseña que no cualquiera clase de aprehensión de la cosa es manifestación del *corpus*.

"Síguese de aquí que arrebatar la posesión es paralizar la propiedad, y que el derecho a una protección jurídica contra la desposesión, es un postulado absoluto de la idea de propiedad. Esta no puede existir sin tal protección, por lo cual no es necesario buscar otro fundamento a la protección posesoria; se infiere de la propiedad misma." [8]

Comentario.—Sin embargo, también el hecho de arrebatar la posesión es paralizar el usufructo, el arrendamiento, etc.; es arrebatar la posibilidad real de ejercitar todos los derechos que facultan el uso, disfrute o retención de las cosas. Por tanto, el derecho a una protección jurídica contra la desposesión es un postulado absoluto de la idea esencial correspondiente a todos los derechos que autorizan la conducta sobre las cosas y no solamente al derecho de propiedad. La desposesión es un hecho antijurídico, que no solamente afecta a la propiedad sino a todos los derechos que autorizan a actuar sobre las cosas físicas. Por otro lado, la desposesión no afecta al derecho de propiedad cuando éste autoriza conducta sobre cosas incorpóreas. Entonces, la protección contra la desposesión no se otorga *al derecho* de propiedad, sino a la conducta en general que recae sobre las cosas físicas; conducta autorizada por multitud de derechos, además del derecho de propiedad. Por el contrario, si al hablar de propiedad Ihering quiere referirse a la cosa física y no al *derecho* de propiedad, entonces cabe afirmar que la posesión no es un postulado absoluto de la idea de cosa física. El ser de las cosas físicas es extraño al concepto de la posesión. Las cosas *son* independientemente de que el hombre las posea.

Ihering afirma que el derecho de posesión (protección posesoria) se infiere de la propiedad misma. [9] Pero resulta, que la protección otorgada por el derecho de posesión se funda en la existencia de tal derecho como derecho subjetivo distinto del derecho de propiedad, por lo que la existencia del derecho de posesión no es un postulado absoluto para la existencia del derecho de propiedad, ni se infiere de tal derecho. En efecto, el propietario, así como el usufructuario, el arrendatario, etc., tienen derecho a poseer y a recuperar en caso de desposesión, mediante las acciones existentes para la protección *directa* de tales derechos, la reivindicatoria,

8 94.

9 Al final de la página 97 y en toda su obra, Ihering identifica *protección posesoria* con derecho de posesión, *jus possessionis*.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

la publiciana, la acción que tiene el arrendatario para exigir al arrendador la entrega de la cosa y su posesión pacífica. De aquí que la protección otorgada contra la desposesión, por el derecho de posesión, no es un postulado absoluto para la existencia del derecho de propiedad, y tampoco es una protección que corresponda exclusivamente al derecho de propiedad desde el punto de vista *metajurídico,* mientras que tal protección no corresponde jamás al propietario desde el punto de vista *jurídico,* sino que siempre corresponde al poseedor jurídico, aún en contra del propietario. El derecho de propiedad puede existir y puede estar protegido sin necesidad de que exista el derecho de posesión, *jus possessionis.* La existencia del derecho de propiedad implica necesariamente (igual a postulado absoluto en la terminología de Ihering), la protección del propietario como tal contra la desposesión, mientras que la existencia del derecho de posesión implica necesariamente la protección del poseedor jurídico contra la desposesión, aún en contra del propietario.

La protección posesoria, la existencia del *jus possessionis,* tiene por fundamento metajurídico, no la existencia del derecho de propiedad (el cual puede existir y ser protegido independientemente del *derecho* de posesión y aunque éste no exista), sino la posibilidad de proteger a las personas facultadas a usar, disfrutar o retener las cosas frente a la desposesión, *sin necesidad de obligarlas a probar que tienen tales derechos y por el solo hecho de que poseen las cosas.* Este es el *único* fundamento del derecho de posesión, mientras que el *fin* de tal derecho es la protección en la forma arriba indicada de *todos* los derechos que facultan conducta sobre las cosas físicas y no solamente del derecho de propiedad. Si en la realidad de la vida la inmensa mayoría de los que poseen de hecho no fueran precisamente los que tienen derecho de hacerlo (porque son propietarios, pero también porque son usufructuarios, arrendatarios, depositarios, etc.), entonces sería indispensable abolir el *derecho* de posesión (me refiero al *jus possessionis* y no al *jus possidendi*), y proteger directamente, frente a la desposesión, a los que prueben tener derecho de usar, disfrutar o retener las cosas (*jus possidendi*). Por tanto, el fundamento del derecho de posesión, lo que lo hace posible prácticamente, es el hecho notorio de que en la inmensa mayoría de los casos los que poseen es porque tienen derecho a ello. Ihering, según se verá en seguida, está absolutamente consciente de este dato; pero no saca de él las consecuencias que yo deduzco, y pretende que él está implícito en el concepto de derecho de propiedad.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por lo expuesto, cabe decir que el derecho de posesión: a) es un derecho instrumental, cuyo fin metajurídico es proteger a los titulares de los derechos que autorizan el uso, disfrute o retención de las cosas físicas, sin necesidad de obligarlos a probar que son titulares de tales derechos y por el solo hecho de estarlos ejercitando; es decir, por el hecho de estar usando, disfrutando o reteniendo (igual a por estar poseyendo de hecho); b) es un derecho cuya existencia es valiosa (igual a *fundamento* de la protección posesoria en la terminología de Ihering), porque mediante él se logra proteger a la mayoría de los titulares de derechos que autorizan conducta que recae sobre las cosas, sin necesidad de obligarlos a probar la existencia de sus derechos frente a la desposesión. Es un derecho instrumental que sirve de auxilio y protección rápida de otros derechos.

De lo anterior se sigue, necesariamente, que cuando el poseedor no es titular de conducta que recaiga sobre las cosas, debe darse preferencia al que lo es: *jus possidendi* vs. *jus possessionis*. Por lo expuesto, el derecho de posesión no se infiere necesariamente (no es un postulado absoluto) del derecho de propiedad, sino que se infiere de la existencia de la ley sociológica arriba expuesta y del fin indicado (protección en forma práctica a todos los titulares de derecho que autorizan conducta que recae sobre las cosas). Por el contrario, de la existencia del derecho de propiedad se deriva necesariamente la necesidad de proteger a los propietarios, y también de la existencia del derecho de usufructo se infiere la necesidad de proteger a los usufructuarios, etc., y para conseguirlo se infiere la necesidad de que prueben que son propietarios, usufructuarios, etc., prueba que se evita precisamente mediante la creación del derecho de posesión. La afirmación de Ihering acerca de que la posesión es un postulado absoluto del derecho de propiedad impresiona debido a que contiene una verdad evidente dentro de su falsedad: para poder ejercitar el derecho de propiedad relativo a las cosas físicas, para poder usar las cosas, es necesario poseerlas de hecho, tenerlas en nuestro poder. Este hecho evidente no puede ser negado por nadie; pero no es fundamento para que se diga que *el derecho* de posesión es un postulado absoluto del derecho de propiedad, pues tal aserto es falso, según ha quedado demostrado. Toda la enseñanza de Ihering se reduce a la observación profunda (!) de que no podemos usar algo si no lo tenemos en nuestro poder. Sin embargo, la posesión de hecho no es siempre necesaria para *ejercitar el derecho de propiedad,* según lo vimos tratándose de la propiedad incorpórea. El nudo propietario no debe poseer ni puede hacerlo y sin embargo puede ejer-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

citar su derecho sin necesidad de poseer la cosa. El despojado no puede poseer y sin embargo puede ejercitar su derecho (interdicto, reivindicatoria, etc.).

Ihering penetra al fondo del problema cuando dice: "La posesión, en efecto, debe ser considerada desde otros dos puntos de vista. En primer lugar, es la condición del nacimiento de ciertos derechos, y además, concede por sí misma la protección posesoria (*jus possessionis* por oposición al *jus possidendi*); es por tanto, la base de un derecho." [10] Esperamos con verdadera expectación que Ihering nos diga más adelante cuál es este derecho.

CAPITULO II

La posesión como condición del nacimiento de un derecho

En el capítulo anterior, Ihering concibe a la posesión como condición necesaria para ejercitar el derecho de propiedad. Por tanto, el propietario no es poseedor de hecho ni de derecho, frente a un tercero que lo es, invariablemente tiene el derecho de reclamarle la devolución de la cosa. Este es el derecho invariable del propietario a ejercitar el poder de hecho que otro está ejercitando sin derecho y a reclamarle la entrega de la cosa, *jus possidendi.* En el mismo capítulo el autor promete analizar la posesión como condición para el nacimiento de un nuevo derecho, *jus possessionis.* En el presente capítulo nos informa que la entrega de la cosa sigue siendo requisito muy general para la adquisición del derecho de propiedad. "La idea que la ha inspirado salta a la vista. Para nacer la propiedad debe manifestarse en toda su realidad; ahora bien, esta realidad es precisamente la posesión, la cual es indispensable para la realización del fin de la propiedad. La propiedad no nace sin posesión más que en la adquisición a título de herencia o legado. Entre vivos, la posesión es indispensable para llegar a la propiedad." [11]

Comentario.—Es incorrecto decir que para que un derecho nazca, debe manifestarse en toda su realidad, ya que para que un derecho se manifieste es necesario que previamente haya nacido. La manifestación real de todo derecho, y por tanto también la del derecho de propiedad,

10 97.
11 99.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

es su ejercicio, es la aparición exterior de la conducta facultada. Ahora bien, el ejercicio de un derecho no es jamás condición para su nacimiento, excepto en la usucapión, en la cual el ejercicio de un derecho más el transcurso del tiempo, condicionan el nacimiento del derecho ejercitado; porque en este caso *el hecho* de ejercitar la conducta correspondiente a un derecho del cual no se es titular, funge como supuesto jurídico para la adquisición de tal derecho. En todos los demás casos, para el nacimiento de un derecho jamás se requiere su ejercicio, sino única e invariablemente la realización del supuesto jurídico correspondiente. Repito, en el caso de la usucapión el supuesto jurídico es precisamente el ejercicio del derecho que no se tiene, es la misma conducta autorizada por el derecho.

Por otro lado, no es cierto que sea necesaria la posesión para llegar a ser propietario, para que nazca el derecho de propiedad, excepto en los lugares en donde la entrega de la cosa debe acompañar a la adquisición, a la compraventa, donación, etc.; pues en dichos lugares *la entrega* (y no precisamente la posesión) es supuesto para la adquisición del derecho de propiedad. En todo otro lugar, en donde la tradición no es supuesto fundado para la adquisición de la propiedad, la entrega de la cosa (el acto de aprehensión), no es necesaria para que nazca el derecho de propiedad.

Al tratar Ihering sobre la usucapión [12] manifiesta que la posesión es la puerta que conduce a la propiedad. A reserva de tratar, en lugar especial, sobre la esencia jurídica de la prescripción positiva, y probar que ella no se funda en la posesión, concebida como hecho o como derecho, por lo pronto me limito a observar que el adquirente que otorga un usufructo y entrega la cosa al usufructuario deja de poseer de hecho, y no tiene derecho a la conducta autorizada por el derecho de posesión, *jus possessionis* (cualquiera que sea su contenido), y sin embargo la prescripción sigue corriendo a su favor; por lo que podemos afirmar que la posesión, como hecho o como derecho, no es requisito indispensable para prescribir. En la propiedad literaria nuestro Código Civil disponía que el que registra (y no el que posee) una obra sin ser el verdadero autor, adquiere la propiedad literaria por haber ejercitado el derecho por determinado tiempo. [13] Aquí también se adquiere el derecho de propiedad por prescripción, sin necesidad de la posesión. Por tanto, es incorrecto afirmar, tratándose de los ejemplos anteriores, que la posesión es la puerta que conduce a la propiedad. Después probaré que jamás es la posesión la condición para

12 100.

13 Artículo 1239 del Código Civil.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

adquirir la propiedad, sino que lo es el ejercicio efectivo de tal derecho por tiempo determinado. Por lo pronto, hemos visto que cuando menos en el caso del que se hace pasar por autor, lo mismo que en el del adquirente que después de adquirir otorga la cosa en usufructo o en arrendamiento (perdiendo así su posesión) jamás hay posesión ni de hecho ni de derecho y sin embargo hay adquisición por prescripción.

Se dirá que el usufructuario, arrendatario, etc., poseen por el propietario; pero esta tesis es rechazada por el mismo Ihering, con toda razón. Se dirá que el propietario que no es poseedor de hecho lo es originario (art. 791 del Código Civil) frente al poseedor derivado; pero, repito, en estos casos el propietario no tiene derecho a poseer la cosa ni es titular del derecho de posesión, *jus possessionis,* cualquiera que sea su contenido. Tiene solamente la facultad de interrumpir la prescripción que corre a favor de un tercero y a recuperar la cosa si no la recupera el poseedor; pero, ¿podemos decir que en esto consiste el derecho de posesión originaria? No tengo inconveniente en aceptar semejante afirmación; pero entonces que no se diga que el propietario es titular del *jus possessionis* cuando existe un poseedor derivado, y mucho menos puede hacerse esta afirmación cuando se concibe al derecho de posesión como facultad de ejercitar el poder de hecho. Repito, después [14] probaré, que la prescripción es la adquisición del derecho de propiedad por el ejercicio efectivo de tal derecho *como si* se tuviera (sin tenerlo), por el tiempo señalado por la ley. En muchos casos no puede ejercitarse el derecho de propiedad sin estar en contacto con la cosa, y por tal motivo se ha formado la idea errónea de que la posesión es la condición para la prescripción.

CAPITULO III

La posesión como fundamento de un derecho

El título de este capítulo seguramente se refiere al hecho llamado posesión, para hacer de él el fundamento en el nacimiento de un derecho, pues sería incorrecto hablar de la posesión como derecho y pretender que desempeñe el papel de supuesto jurídico. Por tanto, el capítulo presente trata del hecho, posesión, generador del derecho de posesión, *jus possessionis.* Estoy enteramente de acuerdo con Ihering en que el *corpus,* apodera-

14 Capítulo III de este ensayo.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

miento de la cosa, acto de aprehensión, es el supuesto jurídico que condiciona el nacimiento de *jus possessionis*: "El poseedor, como tal, está protegido contra todo ataque (perturbación o despojo) a su relación posesoria. Esto basta para caracterizar el lugar que la posesión ocupa en el derecho, como institución independiente. La idea fundamental de toda la teoría posesoria es el *jus possessionis,* esto es, el derecho del poseedor de prevalerse de su relación posesoria hasta que se encuentre con alguno que lo despoje por la prueba de su *jus possidendi.*" [15]

Comentario.—De acuerdo con el desenvolvimiento invariable que caracteriza a la norma objetiva de derecho, decimos que el hecho llamado posesión, la aprehensión de la cosa, es la realización del supuesto jurídico que da nacimiento al derecho llamado posesión, *jus possessionis,* el cual es la protección contra todo ataque, perturbación o despojo otorgada al que ha realizado el supuesto antes mencionado. Pero tal coincidencia de la palabra *posesión,* referida al supuesto y al derecho generado por su realización, no nos autoriza a afirmar que la conducta que es realización del supuesto, posesión de hecho, sea la misma conducta autorizada por el derecho. "Se pregunta, con sorpresa, lo que puede haber determinado a los romanos a conceder la protección del Derecho *a ese puro hecho* que no puede alegar en su favor más que a sí mismo." [16]

Comentario.—Fué precisamente esta misma sorpresa la que me llevó a descubrir este hecho evidente: que *si bien es cierto que el derecho de posesión nace del puro hecho, sin embargo no es la autorización del mismo; que el derecho de posesión no es la autorización del hecho que lo engendró sino la autorización de impedir el despojo. No es la protección de la posesión de hecho (la cual ya está autorizada y protegida por todos los derechos que conceden conducta que recae sobre las cosas físicas, el derecho de usar, disfrutar y retener), sino que es la protección contra la desposesión de hecho.*

La distinción anterior es fundamental; es nada menos que el camino que nos lleva a encontrar la esencia del derecho de posesión, *jus possessionis,* en oposición al *jus possidendi,* derecho de poseer, de estar en contacto con la cosa, de actuar sobre la cosa. Lo que Ihering no logra ver jamás, es que *la protección posesoria no es la protección de la posesión de hecho sino la protección contra la desposesión de hecho.* Confundir estas dos

15 103.

16 Subrayado por mí.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

situaciones es igual a decir que el representante, por ejemplo, que está facultado a exigir la conducta ajena (lo mismo que el poseedor está facultado a exigir ser mantenido o restituído), tiene derecho a tal conducta, cuando sabemos que el que tiene tal derecho es únicamente el representado. En la misma forma, el que solamente es poseedor tiene derecho a exigir la conducta ajena (lo mismo que el poseedor está facultado a exigir ser mantenido o restituído), tiene derecho a tal conducta, cuando sabemos que el que tiene tal derecho es únicamente el representado. En la misma forma, el que solamente es poseedor tiene derecho a exigir que no lo desposean; pero jamás tiene derecho como tal poseedor jurídico a la conducta cuyo respeto tiene derecho a exigir. Por este motivo el despojante que es poseedor jurídico frente a todo el mundo, excepto frente al despojado, tiene derecho a exigir que no lo despojen (*jus possessionis*); pero jamás tiene derecho a la conducta que engendró su derecho de posesión, jamás tiene derecho a poseer (igual a usar, disfrutar o retener). Resulta evidente que no tiene derecho a usar y disfrutar, pues está obligado a indemnizar al titular por el uso indebido de la cosa y a devolver los frutos. Asimismo, resulta evidente que no tiene derecho a retener, pues está obligado a devolver la cosa. Su derecho de posesión *no consiste* en la facultad de actuar sobre la cosa, *no es la autorización de la posesión de hecho.*

Ihering no logra descubrir la esencia del derecho de posesión cuando en forma vaga nos informa que "La idea fundamental de toda la teoría posesoria es el *jus possessionis;* esto es, *el derecho del poseedor de prevalerse de su relación posesoria* hasta que se encuentre con alguno que lo despoje por la prueba de su *jus possidendi*",[17] Pues derecho de prevalerse de la relación posesoria es igual a derecho de actuar sobre la cosa, de poseerla. Yo encuentro que el *jus possessionis* por sí solo (cuando no está otorgado a la misma persona que tiene derecho de usar, disfrutar o retener la cosa), jamás es el derecho de prevalerse de la posesión, de hecho, en el sentido de estar facultado para realizar tal hecho, sino que únicamente es el derecho a exigir que no sea arrebatada tal relación posesoria, de propia autoridad.[18] *Jamás se tiene derecho a aprehender la cosa, a poseerla de hecho, cuando se es solamente poseedor jurídico y no se es a la vez titular de algún derecho que faculte el uso, disfrute o retención de la cosa.* Decir lo contrario es negar lo evidente, y afirmar que el despojante tiene derecho al despojo. Una cosa es la facultad de poseer la cosa, la autorización de la

17 103.

18 Capítulo III de este ensayo.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

relación posesoria, derivada del derecho de propiedad, usufructo, arrendamiento, etc., y otra distinta es el derecho de posesión, *jus possessionis*, la protección en contra de la desposesión.

De la lectura del presente capítulo de la obra de Ihering resulta evidente que este autor, así como todos los que han tratado sobre la posesión, identifican el supuesto jurídico con el derecho subjetivo que nace de su realización; cometen el error de creer que es igual la conducta que engendra el derecho y la conducta facultada por el derecho de posesión. Si la tesis de Ihering fuera cierta, tendríamos que concluir que el despojante, por haber realizado el supuesto generador del derecho de posesión, está facultado a ejercitar el poder de hecho, a actuar sobre la cosa, cuando sabemos, repito, que está obligado a devolver la cosa con sus frutos, obligado a abstenerse de actuar sobre la cosa. Muchos juristas aceptan tranquilamente que el derecho de posesión faculta a actuar sobre la cosa y aún admiten que este derecho es *en cierto sentido* la consagración del despojo. A mí me parece preferible sacar todas las consecuencias derivadas de este principio y decir: a) si el acto de aprehensión es la realización del supuesto jurídico correspondiente al derecho de posesión y b) si este derecho es la facultad de poseer la cosa, de seguirla aprehendiendo por el hecho de haberla aprehendido y si el derecho de posesión es la protección de la relación posesoria, conforme a la terminología de Ihering, entonces c) necesariamente el despojante está facultado a actuar sobre la cosa que ha despojado y el derecho de posesión es, en este caso, la consagración plena, y no en cierto sentido, del despojo. De la conclusión anterior también se deriva la siguiente: que el despojante es el único facultado para actuar sobre la cosa, mientras su derecho, *jus possessionis*, no sea extinguido a petición del titular del *jus possidendi*. Se dirá que el despojante no tiene derecho frente al despojado, sino solamente frente al resto de las personas. Naturalmente que antes de que pase un año, a partir del despojo, el despojado sigue siendo poseedor jurídico y puede pedir la recuperación mediante el interdicto correspondiente; pero mientras recupera, ya sea mediante el interdicto o mediante la reivindicatoria (pasado el año del despojo), el despojante estaría facultado a actuar sobre la cosa, o poseerla, de acuerdo con la tesis criticada por mí. Esta tesis no solamente llega al absurdo de consagrar el despojo sino que está en contradicción con todas las legislaciones, según lo comprobaré en el Capítulo III de este ensayo. Por lo pronto basta con recordar al lector que nuestro derecho (y todos los demás), impone al poseedor de mala fe la obligación de devolver la cosa con

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

sus frutos; esto es, le prohibe actuar sobre la cosa ajena. También recordemos que es poseedor de mala fe el que no tiene título, sencillamente el que no está facultado a usar, disfrutar o retener; esto es, el que es simplemente poseedor jurídico, la persona que ha realizado el supuesto generador del *jus possessionis*. Se me ha objetado, diciendo que los citados artículos del Código Civil se refieren solamente al poseedor de mala fe, y que no debí generalizar diciendo que el derecho de posesión no es la facultad de ejercitar el poder de hecho. En su oportunidad probaré que *siempre* que el poseedor jurídico tiene derecho a actuar sobre la cosa se trata de un poseedor que es al mismo tiempo titular de algún derecho que lo faculta a usarla, disfrutarla o retenerla, y que *siempre* que el poseedor jurídico es solamente titular del derecho de posesión está obligado a devolver la cosa con sus frutos; esto es, no está facultado a actuar sobre la cosa.

De acuerdo con mi teoría, el caso del despojante, así como la coexistencia del *jus possessionis* y del *jus possidendi* y todos los demás problemas que se presentan en teoría y en la práctica, no ofrecen ninguna dificultad. Para mí, el acto de aprehensión es la realización del supuesto jurídico que da nacimiento al derecho de posesión, *jus possessionis*. Este es el único aspecto en que estoy enteramente de acuerdo con Ihering. Por el contrario, el *jus possessionis* no es jamás, para mí, la facultad de poseer, de actuar sobre la cosa, sino que es exclusivamente la facultad de exigir ser mantenido o restituído en la posesión, la protección contra el despojo y no la protección del despojo, como lo quieren todas las teorías posesorias.

El derecho de posesión no faculta ninguna conducta sobre la cosa: a) porque toda conducta que recae sobre las cosas ya está facultada en forma exclusiva por otros derechos, la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, etc.; b) porque el derecho de posesión concebido como la facultad de poseer es la consagración del despojo; c) porque el derecho de posesión concebido como la facultad de poseer es un derecho contradictorio frente a los derechos que autorizan el uso, disfrute y retención de las cosas y, finalmente, d) porque el *fin* del derecho de posesión es el de proteger *contra el despojo* a las personas facultadas a usar, disfrutar o retener las cosas, sin necesidad de obligarlas a probar que tienen tales facultades y por el solo hecho de que son poseedoras. Ahora bien, esto se logra mediante la creación de una norma, el derecho objetivo de posesión, que tiene como supuesto jurídico la posesión de hecho, el acto de aprehensión,

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y como consecuencia jurídica la facultad de exigir ser mantenido o restituído. Esta finalidad no se logra si autorizamos al poseedor como tal, al que no está al mismo tiempo facultado a usar, disfrutar o retener, a actuar sobre la cosa. *Los poseedores que son al mismo tiempo titulares del derecho de usar, disfrutar o retener, no necesitan estar facultados para actuar sobre la cosa por el derecho de posesión, supuesto que ya lo están por el derecho del cual son titulares. Solamente necesitan estar protegidos frente al despojo sin necesidad de probar sus derechos, y para ello les basta con que la norma los autorice a impedirlo, o a recuperar en caso de despojo, sin necesidad de probar que tienen derecho de usar, disfrutar o retener. Les basta con el* jus possessionis *concebido como protección contra el despojo y no como facultad de actuar sobre la cosa. Si les otorgamos un derecho de posesión que, además de protegerlos contra el despojo los autoriza a actuar sobre la cosa, les estaremos atribuyendo un derecho que ya tienen y al mismo tiempo estaremos consagrando el despojo cuando se trata de poseedores que no están facultados a usar, disfrutar y retener las cosas; estaremos construyendo un derecho de posesión en función del poseedor y no en función de los titulares de aquellos derechos que queremos proteger mediante el derecho de posesión. Semejante derecho constituye una duplicación inútil de derechos, un derecho contradictorio que consagra el despojo, niega su fin y por tanto NO debe ser.* El derecho de posesión realiza plenamente su fin cuando se concibe como facultad de impedir que otros actúen sobre la cosa.

CAPITULO IV

Relaciones posesorias no protegidas

Los romanos protegían al propietario y a ciertas personas autorizadas por él para usar, tales como el colono hereditario, enfiteuta, mas no al arrendatario. Por otro lado, otorgaban el derecho de posesión al ladrón. Esta solución se ha querido explicar diciendo que el poseedor necesita de la misma voluntad que el propietario: *animus domini*, la cual falta en el arrendatario y no así en el despojante.[19] Ihering critica, con razón, la tesis de que el arrendatario y demás personas con derecho a usar, poseen en representación del propietario, pues tienen posesión *interesada*. Critica la teoría del *animus domini* diciendo que no es aceptada en derecho romano,

19 110.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

como lo demuestra el caso del colono y afirma que fueron razones de orden práctico y no la teoría las que sirvieron de base para negar la protección posesoria al arrendatario. Fué el propósito de permitir al propietario lanzar al inquilino cuando se presentase oportunidad de vender y además de hacer posible que se liberase de un colono incapaz, pendenciero y desagradable; fué la preferencia al propietario frente al arrendatario. Pero el Derecho Romano le permite al inquilino mantenerse por sí frente a terceros y le otorga otras protecciones, mas no los interdictos.

Ihering afirma: "*Donde la propiedad no es posible, objetiva o subjetivamente, la posesión tampoco lo es.* La posesión y la propiedad van de la mano: la falta de aptitud en la persona o en la cosa, en cuanto a la propiedad, implica la misma falta respecto de la posesión." [20]

Comentario.—Aquí volvemos a encontrarnos con una afirmación vaga que capta una aproximación y que no contribuye al conocimiento de la posesión como hecho o como derecho. En primer lugar, la distinción entre propiedad desde el punto de vista objetivo y subjetivo no tiene sentido en el presente caso. Si con ella se quiere indicar al derecho objetivo de propiedad frente al derecho subjetivo, resulta que ambos se implican y que no puede aparecer el primero sin derivarse el segundo. Si Ihering se refiere a la existencia exterior o manifestación del derecho frente a la convicción de que se tiene dicho derecho, vemos que un sujeto puede ser titular del derecho de propiedad sin estar consciente de ello, por lo que en este caso no existe el derecho desde el punto de vista objetivo y sin embargo puede existir la posesión. Por otro lado, puede no existir la propiedad en determinado sujeto y existir la posesión, como en el caso del usufructo, arrendamiento, depósito, y cuando se trata de la posesión adquirida por la sola realización del supuesto correspondiente al *jus possessionis.* [21] En estos casos la propiedad y la posesión no van de la mano y yo diría con espíritu literal, que nunca van de la mano porque ni la tienen ni se pueden mover, por ser objetos ideales de conociminto. Por ejemplo, si se trata de un bien situado en la zona prohibida (artículo 27 de la Constitución), un extranjero puede ser arrendatario y poseedor, mas no propietario, por lo que en todos estos casos es incorrecto afirmar

---

20 109.

21 Procede advertir que en su obra grande, *La Posesión,* págs. 173 a 186. Ihering considera que la propiedad no es posible objetivamente cuando la cosa no está en el comercio, y subjetivamente cuando el sujeto está incapacitado para ser propietario. Sin embargo, mi crítica queda en pie.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que "la falta de aptitud en la persona . . . en cuanto a la propiedad, implica la misma falta respecto de la posesión". La única relación invariable existente entre propiedad y posesión radica en el hecho de que una cosa física no puede usarse o disfrutarse si no se posee. Además, es cierto que el derecho de propiedad es el derecho originario, sin cuya existencia no puede concebirse ningún derecho relativo a las cosas, ni los derechos reales ni el arrendamiento. Para que existan estos derechos es necesario que exista el derecho de propiedad en relación con la cosa; pero es incorrecto decir que la posesión va de la mano de la propiedad si con ello queremos decir que solamente acompaña a la propiedad y que invariablemente la acompaña pues evidentemente existen casos de propiedad sin posesión y de posesión sin propiedad. Además, el derecho de propiedad existe independientemente de su ejercicio, *posesión de hecho,* mientras que el *derecho de posesión* existe independientemente del derecho de propiedad. Por tanto, ni *el hecho* ni *el derecho* de posesión, va de la mano de la propiedad ni ésta de aquéllos.

A pesar de que Ihering sostiene, con razón, que la posesión del colono hereditario y del enfiteuta no es la del propietario o en su representación, sin embargo este autor no saca de esta afirmación la conclusión necesaria que de ella se deriva: que la posesión no va siempre de la mano de la propiedad, que es un hecho o un derecho que pueden existir independientemente de la propiedad; que son conceptos, propiedad y posesión, que no se implican. Una vez aceptado lo anterior, se sigue que el poseedor no es el propietario presunto, que el derecho de posesión no tiene por objeto proteger *únicamente* al propietario, y que la teoría posesoria no puede girar exclusivamente alrededor del concepto de propiedad sino alrededor de un concepto más amplio: la protección de todo titular de conducta que recae sobre las cosas físicas.

CAPITULO V

Motivo legislativo de la protección posesoria

Según Ihering, [22] se otorga la protección posesoria para aliviar y facilitar la protección *de la propiedad,* en vista de que en la inmensa mayoría de los casos el que posee es que tiene derecho de hacerlo, por ser propie-

22 114.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tario. Por tanto, si protegemos al que posee por el simple hecho de hacerlo, entonces estaremos protegiendo, en la inmensa mayoría de los casos, al que tiene el derecho de propiedad. Es indiscutible que Ihering descubre en forma definitiva el dato que hace posible prácticamente la existencia del derecho de posesión y también descubre el fin parcial de este derecho. Pero su obsesión por relacionar a la posesión exclusivamente con la propiedad lo obliga a limitar el alcance y el fin de derecho de posesión. Nos enseña: "En vez de la prueba de la *propiedad*, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la *posesión*, frente a aquél que se la ha arrebatado indebidamente." [23]

A esto yo contesto que, en la misma forma, en vez de la prueba del usufructo, del arrendamiento, etc., que los titulares de estos derechos tendrían que ofrecer, les bastará la prueba de la posesión frente a aquél que les ha arrebatado la cosa, inclusive frente al propietario. Es evidente que el *fin* del derecho de posesión es la protección de todos los derechos que autorizan conducta sobre las cosas físicas y no solamente la propiedad.

En nuestros días es un absurdo suponer que el derecho de usufructo y de arrendamiento tienen por objeto facilitar al propietario la utilización económica de la cosa y, por tanto, que la posesión también tiene por fin exclusivo la protección del propietario, pues aunque la primera afirmación fuera correcta, es evidente que el derecho de posesión se otorga aún contra el propietario. En derecho contemporáneo existen multitud de disposiciones para proteger al arrendatario, por ejemplo, en contra del propietario. Para el legislador de nuestros días el propietario aparece como un privilegiado frente al arrendatario, por lo que no es correcto afirmar que el derecho de arrendamiento tiene por fin exclusivo facilitar al propietario la utilización económica de la cosa o de su derecho. Finalmente, el dato en que se funda la posesión es más general de lo que Ihering descubre; pues en la inmensa mayoría de los casos el que posee tiene derecho a poseer porque es arrendatario y no porque es propietario, ya que es sabido que existen más arrendatarios que propietarios en México y en el resto del mundo.

Ihering afirma [24] que la posesión es la *exteriorización* y *visibilidad* de la propiedad. Indudablemente que con esta afirmación, Ihering no quiere significar que el *derecho* de posesión sea la exteriorización y visibilidad

23 114.

24 114.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

del derecho de propiedad, ya que todo derecho es regulación de conducta y no la conducta visible y exterior. Por tanto es indudable que lo que éste autor quiere decir es que el ejercicio o manifestación del derecho de propiedad aparece en el hecho llamado posesión; que la exteriorización y visibilidad del derecho de propiedad, su ejercicio, aparece en el hecho llamado posesión. De aquí se sigue que si el derecho de posesión fuera el derecho a la posesión de hecho, la cual se manifiesta usando y disfrutando la cosa, el ejercicio del derecho de propiedad y el del derecho de posesión serían idénticos. De aquí viene toda la confusión de los autores que afirman que el derecho de posesión es el ejercicio de otros derechos, o que no es un derecho sino simplemente un hecho con consecuencias jurídicas.

En seguida [25] afirma, que el poseedor es el propietario presunto, en vista de que el que posee es porque generalmente tiene derecho de hacerlo porque es propietario. De aquí que el Derecho Romano considere que esta presunción es suficiente contra el demandado que ataca la propiedad, y también contra el tercero despojante frente al demandante que tiene esta presunción a su favor. "La acción posesoria nos demuestra a la propiedad *a la defensiva,* y la reivindicatoria *a la ofensiva.* Exigir la prueba de la propiedad a la defensiva equivale a no proteger el derecho de propiedad." [26] En primer lugar, repito que es falso que la mayoría de los que poseen son propietarios, ya que en el régimen capitalista de nuestros días, lo mismo que en Roma y en la Rusia comunista, la minoría es propietaria de la mayoría de los bienes, los cuales están siendo usados con derecho y poseídos por una mayoría que no es propietaria de ellos. Por tanto, la presunción legal aceptada por Savigny, Ihering y por todos los autores, está fundada en un dato social inexistente, falso. En la gran mayoría de los casos, es poseedor de hecho y poseedor en derecho el que no es propietario. La presunción indicada no está, por tano, fundada en los hechos; además, es jurídicamente inútil, y finalmente, es invariablemente rechazada por el legislador inmediatamente después de que él mismo la establece. Es cierto que el artículo 789 del Código Civil dispone: "La posesión da al que la tiene la presunción de propiedad para todos los efectos legales", pero el mismo artículo dispone inmediatamente después que: "El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario..." Por tanto, debemos

25 114.

26 115.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

concluir que en la inmensa mayoría de los casos el poseedor jurídico, titular del *jus possessionis*, no se presume que sea propietario. Solamente podemos presumir que son propietarios los propietarios y los despojantes. Ahora bien, yo no veo la necesidad, ni la conveniencia, de presumir que sea propietario el que efectivamente lo es, y no veo la razón para presumir que lo sea el despojante. Al aceptar el artículo 798, no se presumen propietarios los usufructuarios, arrendatarios, etc., automáticamente hace negatoria la presunción de propiedad, la cual por tanto, es absolutamente inútil desde el punto de vista jurídico y práctico.

Desde el momento en que Ihering y nuestro Código consideran que el usufructuario, arrendatario, depositario, etc., (artículo 791 del Código Civil) son poseedores por su propio derecho, necesariamente aceptan: a) que en la inmensa mayoría de los casos el que posee es porque tiene derecho a hacerlo, aunque en la inmensa mayoría de los casos no sea propietario, ni se presuma que lo sea; b) que el derecho de posesión tiene por objeto proteger a los que tienen derecho a usar, disfrutar o retener las cosas físicas, aunque no sean propietarios ni se presuma que lo son, y, por tanto, c) que no se presume que el poseedor sea propietario *porque se sabe con certidumbre* que en la inmensa mayoría de los casos no lo es.

Finalmente cabe advertir, que el Código *efectivamente* presume que en la inmensa mayoría de los casos el poseedor no es propietario. En efecto, todo poseedor jurídico, lo cual es igual a decir que todo poseedor de hecho, excepto los comprendidos en el artículo 793 del Código Civil, es titular de las acciones posesorias, del derecho de posesión y, como tal, jamás necesita probar que es propietario *ni invocar la presunción de propiedad* para ser protegido. Si tuviera el poseedor que invocar tal presunción no sería protegido en la inmensa mayoría de los casos, supuesto que tal presunción no existe respecto de la mayoría, según lo establece el artículo 798 en la parte conducente. Por otro lado, cuando el propietario no es poseedor de hecho, ni en derecho, de nada le sirve la presunción, ya que entonces está obligado invariablemente a probar que es propietario (reivindicatoria). Es evidente, que la protección posesoria no se funda en la presunción de propiedad, otorgada al poseedor, y también es indiscutible que el derecho de posesión no tiene por objeto exclusivo proteger al propietario, sino a todos los que tienen derecho de usar, disfrutar o retener las cosas: propietarios, usufructuarios, usuarios, titulares del derecho de habitación, arrendatarios, aparceros, depositarios, acreedores prendarios, etc.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En consecuencia, no debe presumirse que el poseedor es propietario: a) porque no lo es en la inmensa mayoría de los casos; b) porque la existencia del derecho de posesión, que es lo único que tiene que probar el que pide la protección posesoria, no se funda jurídicamente en la propiedad ni en la presunción de propiedad, sino en la realización del supuesto jurídico que da nacimiento a tal derecho, *jus possessionis*. El derecho de posesión se funda en el hecho de ser poseedor de la cosa. La realización del supuesto jurídico generador del derecho de posesión lo mismo sirve al propietario que al ladrón, y a todos los que están facultados para usar, disfrutar y retener la cosa; c) si la presunción fuera necesaria para poder otorgar la protección posesoria, quedaría sin defensa la inmensa mayoría de las personas: los usufructuarios, arrendatarios, depositarios, aparceros, etc., a quienes el artículo 798 *niega* tal presunción. Tales sujetos quedarían sin ninguna protección posesoria, o bien tendrían que probar que tienen derecho a usar, disfrutar o retener la cosa para ser protegidos.

La virtud de la teoría de Ihering, consiste en haber rechazado el *animus domini* como elemento constitutivo del derecho de posesión; pero al aceptar la *presunción* de propiedad como elemento de tal derecho, o como condición para otorgar la protección posesoria (lo cual es lo mismo para Ihering), introduce un elemento contradictorio en su teoría, elemento que además es falso e innecesario.

En consecuencia, la presunción de propiedad jamás es necesaria cuando el derecho de usar, disfrutar o retener está a la defensiva, y jamás se otorga tal presunción cuando tales derechos están a la ofensiva, frente al poseedor, pues entonces es siempre necesario probar la existencia de tales derechos (reivindicatoria, etc.). Como en la mayor parte de sus enseñanzas, aquí Ihering capta una verdad parcial que le sirve para obscurecer el problema. En primer lugar, jamás se presume la propiedad en el poseedor, *desde el punto de vista jurídico*. Invariablemente se protege al poseedor y, con excepción de los casos previstos en el artículo 793 del Código Civil, siempre es poseedor el que ha realizado el supuesto jurídico correspondiente a tal derecho. Desde el punto de vista metajurídico *se sabe* (vs. se presume), que en la inmensa mayoría de los casos el que posee es porque tiene derecho, no solamente por ser propietario sino por ser usufructuario, arendatario, etc. Entonces, podemos presumir que en un caso concreto el que posee es porque tiene derecho a hacerlo, pero esta presunción a) no se limita a la propiedad; b) no tiene ninguna trascenden-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cia jurídica ni a favor del *jus possessionis* ni del *jus possidendi,* ni en contra de estos derechos.

Resultan infundadas las afirmaciones de Ihering cuando nos enseña: "Donde no se puede concebir jurídicamente la propiedad, no puede haber cuestión acerca de la presunción de propiedad *que constituye la base de la protección posesoria.*" [27]

Comentario.—La base jurídica de la *protección* posesoria es la existencia del *derecho* de posesión y éste no se funda (metajurídica ni jurídicamente) ni en el derecho de propiedad ni en la presunción de propiedad. La base metajurídica del derecho de posesión es la circunstancia de que en la inmensa mayoría de los casos los que poseen tienen derecho de hacerlo, no solamente porque en la minoría de los casos son propietarios, sino porque en la inmensa mayoría de los casos son los que tienen derecho de detentar la cosa, de poseerla, porque son los facultados a usarla, disfrutarla o retenerla. Por otro lado, para otorgar *la protección* establecida por determinado derecho es necesario *únicamente* probar que se es titular de tal derecho; por tanto, para obtener la protección posesoria es necesario únicamente probar que se es poseedor en derecho, y para lograrlo solamente es necesario establecer o probar el hecho jurídico generador del derecho de posesión. Por el contrario, para que el actor extinga el derecho de posesión del demandado (reivindicatoria) es necesario que pruebe que es titular del derecho de propiedad o del usufructo, *en vista de que tales derechos son, frente al poseedor que no tiene derecho de usar, disfrutar o retener las cosas, supuestos jurídicos de efectos extintivos del derecho de posesión.* Repito, la presunción de propiedad, no sirve ni como fundamento metajurídico del derecho de posesión ni como base jurídica para la protección posesoria, ni como condición para proteger al propietario en contra del poseedor. Tal presunción no está fundada en hechos sociales ni tiene relevancia jurídica ninguna.

"El carácter esencial de éste (el procedimiento posesorio) es que la cuestión de derecho queda anulada para las partes. Ninguna de ellas tiene necesidad, para obtener la facilidad de la prueba establecida en favor del propietario, de alegar o de probar, su derecho; aún más, no se le oye si lo alegase." [28]

Comentario.—Es absolutamente incorrecto decir que la cuestión de derecho queda anulada para las partes en el procedimiento posesorio. Ello

27 115. Subrayado por mí.
28 116.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

equivale a sostener el absurdo de que puede existir un procedimiento jurídico (como lo es el posesorio) que no esté fundado en derecho. Naturalmente que tal procedimiento no está fundado en la prueba del derecho de propiedad, ya que se trata del procedimiento *posesorio* fundado en el derecho de posesión, y no del procedimiento reivindicatorio fundado en el derecho de propiedad. En resumen, es cierto que en el procedimiento posesorio la cuestión del derecho de propiedad queda anulada para las partes, pero ello se debe a la sencilla razón de que tal procedimiento NO tiene por objeto establecer quién es propietario ni quién se presume que lo sea. El carácter esencial del procedimiento posesorio *es la necesidad ineludible de probar el derecho de posesión*, y de sancionar la relación jurídica fundada en la existencia del derecho de posesión y en los deberes jurídicos correlativos. Por tanto, ninguna de las partes, en el procedimiento posesorio, tiene necesidad ni posibilidad de probar la existencia del derecho de posesión y en los deberes jurídicos correlativos. Por tanto, ninguna de las partes, en el procedimiento posesorio, tiene necesidad ni posibilidad de probar la existencia del derecho de propiedad, o para el caso tampoco tiene la necesidad ni la posibilidad de probar la existencia del derecho de voto, por ejemplo; pero invariablemente tienen la necesidad de probar *su* derecho, el derecho del pretensor, el derecho de posesión. Resulta casi infantil tener que afirmar y probar, que para conseguir la protección establecida por determinado derecho es necesario probar la existencia de tal derecho, y no la de otro diverso; pero es tan grande el prestigio de Ihering que para destruir sus errores se ve uno obligado a descender hasta lo evidente. En efecto, me han informado que por ser Ihering un genio resulta grotesco el esfuerzo de corregirlo.

Tratándose del procedimiento posesorio es absolutamente correcta la afirmación de los romanos citada por Ihering: "... la propiedad y la posesión no tienen nada de común y no pueden ser confundidas." [29] Sin embargo, inmediatamente después de invocar este principio, el mismo Ihering vuelve a caer en la confusión antes expuesta: "La concesión, pues, de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una *consecuencia* no querida, pero inevitable." [30] Esta afirmación es perfectamente ilógica y antijurídica. Repito, jamás se otorga la protección posesoria al que no tiene derecho de posesión. Lo que pasa es que cuando el poseedor

29 116.

30 117.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

jurídico es propietario, al proteger al poseedor necesariamente se protege al propietario; pero también cabe decir que cuando el poseedor es titular del derecho de usar, disfrutar o retener, al protegerlo en su carácter de poseedor, necesariamente y al mismo tiempo se protege al titular de tales derechos; por lo que resulta que al proteger al poseedor se protege, en la inmensa mayoría de los casos, a los titulares de derechos que autorizan el apoderamiento de las cosas. Pero cuando el poseedor no es al mismo tiempo titular de tales derechos, es natural que esté protegiendo (mediante el procedimiento posesorio), al que no tiene derecho al ejercicio del poder de hecho; esto es, al que no tiene derecho de actuar sobre la cosa y sin embargo es poseedor de hecho y de derecho. Por tanto, todo el problema se reduce a descubrir cuál es la conducta autorizada y protegida por el derecho de posesión. Toda mi teoría posesoria se fundará en el descubrimiento de que el *jus possessionis* no faculta conducta que recae sobre las cosas, sino que simplemente faculta al poseedor a impedir que otros actúen sobre la cosa poseída por él. Por este motivo yo no me veo obligado a hacer la afirmación absurda de que la protección posesoria se otorga al que no tiene derecho, pues considero que *todo* poseedor jurídico tiene derecho a la conducta autorizada por el derecho de posesión; pero jamás sostengo que este derecho autoriza a actuar sobre las cosas. Simplemente considero que todo poseedor, inclusive el despojante, tiene derecho a no ser desposeído de propia autoridad. Por tanto, no es cierto que la protección posesoria sea frecuentemente una consecuencia no querida por el legislador, pues éste invariablemente quiere que el poseedor, aun cuando se trate de un despojante, no sea desposeído de propia autoridad, e invariablemente quiere que el despojado sea restituído sin necesidad de probar que es titular de otros derechos, excepto el derecho de posesión.

Al final de este capítulo Ihering llega a las siguientes conclusiones: "1) La posesión constituye la condición *de hecho* de la utilización económica de la propiedad." [31] Brevemente cabe repetir que el hecho de la posesión efectivamente constituye la condición fáctica para la utilización directa de la cosa; pero a) La utilización económica puede lograrla el propietario aun sin posesión, concediendo el uso y disfrute a terceros mediante los contratos conocidos; b) la posesión es necesaria solamente cuando se trata de la propiedad sobre cosas físicas, mas no cuando se trata de la propiedad intelectual; c) el mismo hecho, posesión, es la condición fáctica indispensable para el ejercicio o utilización económica y directa

31 119.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de la cosa de parte de todas las personas autorizadas a usarlas, disfrutarlas o retenerlas, y no solamente para el propietario; finalmente, d) no solamente es la posesión de hecho (cuando ella es necesaria), la condición para utilización económica sino para toda clase de utilización, estética, afectiva, antieconómica, etc.; esto es, la posesión de hecho es necesaria para poder ejercitar la conducta humana que recae sobre las cosas físicas.

"2) Así, el derecho de poseer es un *elemento indispensable* de la propiedad."[32] Esto es correcto parcialmente ya que a) tal derecho (*jus possidendi*) no es necesario cuando se trata de propiedad incorpórea, b) tal derecho también es necesario cuando se trata de otros derechos, el usufructo, por ejemplo, y c) el derecho de posesión, el *jus possessionis* (vs. *jus possidendi*) es un derecho conveniente y no un elemento indispensable para la protección, no solamente del derecho de propiedad, sino de todo derecho que autoriza el uso, disfrute y retención de las cosas físicas; cuando se desea eximir a los titulares de estos derechos de la obligación de probarlos y protegerlos por el hecho de que son poseedores.

"3) La posesión es la puerta que conduce a la propiedad."[33]

Ya vimos que la posesión no es la causa de la adquisición del derecho de propiedad por prescripción, pues puede adquirirse sin posesión (propiedad literaria, nuda propiedad, etc.), mientras que la posesión por sí sola no basta para adquirir la propiedad, según se ve en la posesión del usufructuario, arrendatario, etc.; esto es, se puede usucapir sin ser poseedor y no basta con serlo para usucapir. Me fundo en este dato para afirmar que no es la posesión la causa de la prescripción; y en el capítulo III de este ensayo formularé mi punto de vista sobre la prescripción. Por tal motivo la afirmación de Ihering más bien ha contribuído al desconocimiento de la esencia jurídica de la prescripción que al conocimiento de la esencia del derecho de posesión.

"4). La protección posesoria se presenta como una *posición defensiva* del propietario, desde la cual puede rechazar más fácilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica."[34] Hemos visto que la protección posesoria abarca a todos los derechos que autorizan el uso, disfrute y retención de las cosas físicas y no solamente al derecho de propiedad.

32 119.
33 119.
34 119.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

"5) Por consiguiente, se niega donde quiera que la propiedad es jurídicamente excluída." [35] Esto es incorrecto, supuesto que se otorga donde quiera que se realiza el poder de hecho, el hecho jurídico generador del derecho de posesión, excepto en los casos de detentación subordinada.

"En todas partes, pues, se reproduce la relación de la posesión con la propiedad." [36] Esto implica la aceptación de la presunción de propiedad, absolutamente infundada, inútil y antijurídica, en vista de que el derecho de posesión se otorga a todas las personas que tienen la llamada posesión derivada y en vista de que tal presunción no sirve ni para otorgar la protección posesoria ni para proteger en contra del poseedor que no está facultado para poseer. Además la afirmación es falsa, supuesto que puede haber propiedad sin posesión y posesión sin propiedad.

CAPITULO VI

La posesión es un derecho

Para poder concluir que la posesión es un derecho, Ihering recurre a su definición de derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido. Acepta la crítica de que una persona puede ser titular de un derecho sin tener interés, afirmando que el interés a que él se refiere no es jamás el interés *concreto* del derechohabiente sino el interés *abstracto* que el legislador considera digno de protección. Pero inmediatamente después afirma que no es necesario probar si en un caso concreto existe el interés protegido por la ley, pues basta con probar la existencia de los *hechos* que dan nacimiento al derecho. [37] "El derecho es en concreto absolutamente independiente de la cuestión de interés." [38]

Aquí existe una contradicción evidente, pues Ihering afirma que el derecho subjetivo es un interés abstracto protegido por la ley y luego afirma que para probar que un derecho existe en concreto no es necesario probar que en tal caso existe el interés abstracto en que se hace consistir el derecho. Esto equivale a afirmar que para probar que algo existe no es necesario probar que existe, pues Ihering sostiene que para probar que

35 119.
36 119.
37 124.
38 124.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

existe A (un interés abstracto o sea un derecho), solamente es necesario probar que existe B, que se ha realizado el supuesto jurídico.

El análisis de la norma jurídica hecho con posterioridad a Ihering facilita la crítica y eliminación definitiva del concepto de derecho subjetivo aceptado por él. No puede negarse que el legislador tiene interés en el derecho que formula, y que lo formula precisamente para proteger intereses. Pero los intereses protegidos por la norma son intereses concretos, los mismos intereses que existen dentro de cada uno de nosotros; tales como fijar el salario mínimo, los delitos y su castigo concretos, los reglamentos de policía, en los cuales en forma muy concreta se fomenta la seguridad social, etc. Lo que pasa es que el legislador regula la conducta en general, mediante normas aplicables a todos los sujetos que realizan el supuesto previsto por el precepto, pero siempre con el fin de proteger intereses precisos, individualmente concebidos, concretos, y no el interés como tal en general, en abstracto. El interés puede ser de muchos, de la generalidad de las personas; pero cada interés en sí es concreto; por lo que podemos afirmar que el interés abstracto jamás es protegido por el derecho, por la sencilla razón de que no existe. Sin embargo, esta crítica a Ihering es secundaria en cuanto a la posesión, aunque sí tiene importancia en relación con su concepto de derecho subjetivo. Lo importante es que ni el derecho objetivo ni el subjetivo es en sí un interés jurídicamente protegido. El derecho objetivo es el medio construído por el hombre para realizar valores jurídicos, para la protección de intereses, si se quiere; pero uno es el medio, y otro es el fin que se pretende lograr mediante la utilización del medio. Por ejemplo, el compás es un instrumento que sirve para dibujar círculos, pero no podemos decir que es el círculo. Decir que el fin del derecho es la protección de intereses, es igual a decir que es el medio de que nos valemos para proteger intereses. Toda norma jurídica *tiene por fin* proteger intereses; pero el medio de que nos valemos para lograrlo *es* la regulación bilateral de la conducta. El derecho subjetivo es la autorización de conducta otorgada a un sujeto por la norma. Por tanto, el derecho subjetivo no es el interés jurídicamente protegido sino el medio para lograr tal protección; es la protección del interés y no el interés protegido.

Ahora bien, todo derecho subjetivo se atribuye, otorga o concede a un sujeto determinado cuando se realiza el supuesto jurídico que engendra el nacimiento de tal derecho. Siempre que de la realización de un hecho determinado la norma jurídica hace depender la autorización o protec-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ción de determinada conducta de un sujeto determinado, decimos que tal hecho es el supuesto jurídico que da nacimiento a un derecho subjetivo, por lo que el derecho subjetivo *es* la autorización de conducta otorgada al sujeto por la norma; independientemente del interés que tuvo el legislador al otorgar tal autorización. El contenido del derecho es la conducta facultada; la autorización es el derecho subjetivo; por tanto, *el interés* no es ni el derecho subjetivo ni elemento constitutivo del mismo, sino su causa o génesis, *el fin* que el derecho realiza en su carácter de medio valioso.

Otra vez cabe advertir que la crítica anterior es fundamental para el conocimiento de la naturaleza jurídica del derecho objetivo y del derecho subjetivo, mas no para descubrir la esencia del derecho de posesión. El error fundamental de Ihering y de todos los tratadistas que han tratado acerca del derecho de posesión, no radica en la circunstancia de haber descubierto que la posesión es un derecho (independientemente que se use el mismo vocablo para referirse al hecho de poseer y al derecho de poseer que tiene siempre la persona que está autorizada para usar, disfrutar o retener las cosas) y no un simple hecho, sino en no haber descubierto cuál o qué es este derecho llamado *jus possessionis*. Ihering enseña: "Si la posesión como tal no estuviere *protegida*, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento en que es protegida, reviste el carácter de *relación jurídica*, lo que vale tanto como *derecho*." [39] Aquí está el germen de todo el error de la teoría posesoria de Ihering. En primer lugar, la *relación de puro hecho* sobre la cosa no se convierte en *relación jurídica* por virtud de la protección legal, pues sigue siendo una relación de hecho, el hecho de que una persona esté en contacto con una cosa, la tenga bajo su control, ejercite sobre ella un poder de hecho, tenga la posibilidad real de controlarla, etc. La relación jurídica es algo distinto: es la relación que existe entre dos personas, fundada en la existencia de un derecho subjetivo otorgado a una de ellas y de un deber correlativo impuesto a la otra. *Pero el error fundamental radica en la afirmación de que lo que la ley protege es la relación de hecho existente entre una persona y una cosa; esto es, la posesión de hecho.* Es evidente que para Ihering el derecho de posesión consiste en el facultamiento o protección de la relación de hecho. Por este motivo dice que la posesión es un derecho y, aún afirma que es un derecho real, *porque considera* que es el derecho al poder de hecho, un derecho que faculta la propia conducta del derechohabiente sobre la cosa. El derecho subjetivo es la protección

39 125.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

o autorización de conducta otorgada por la norma y, tal protección o autorización se otorga a favor de un sujeto cuando realiza el supuesto jurídico correspondiente a tal autorización o derecho. El derecho subjetivo no es el hecho de cuya realización depende el nacimiento de la consecuencia jurídica, sino que es precisamente la consecuencia jurídica. Ahora bien, es indiscutible que el *corpus* es el supuesto jurídico de cuya realización depende el nacimiento del derecho subjetivo, llamado derecho de posesión, *pero no estamos autorizados para decir que la conducta autorizada por el derecho subjetivo de posesión, es la misma* (*corpus*) *que sirvió de supuesto jurídico para el nacimiento de tal derecho.* Esta suposición está implícita y expresa en toda la teoría de Ihering. La cita anterior demuestra que Ihering considera que la relación de hecho (conducta que recae sobre una cosa) es lo protegido, lo autorizado por el derecho de posesión. Ahora bien, es indiscutible que toda persona que realiza el supuesto jurídico llamado posesión de hecho, *corpus,* relación de hecho entre el sujeto y la cosa, aprehensión de la cosa, apoderamiento, etc., deviene sujeto de una protección jurídica; pero lo fundamental para poder descubrir el derecho es la determinación de cuál es la conducta autorizada por la norma a la persona que ha realizado el supuesto. *Decir que la relación de puro hecho sobre la cosa es la protegida, es igual a decir que son idénticos el supuesto y la consecuencia,* y que el *jus possessionis* es la autorización del ejercicio del poder de hecho.

Es cierto que no existe ningún impedimento lógico para que la misma conducta mencionada por la norma funja como supuesto y como consecuencia. Precisamente este es el caso tratándose de la prescripción: la conducta que es necesaria para realizar el supuesto es la misma que la norma autoriza al nacer la consecuencia. Por otro lado, si nos limitamos a estudiar el derecho de posesión en forma desarticulada, sin relacionarlo con el derecho de propiedad y con los demás derechos para cuya protección fué creado el de posesión, seguramente que llegaríamos a aceptar esta identidad, sugestionados, como Ihering, por la identidad de las palabras, posesión como hecho, derecho a poseer (*jus possidendi*) y derecho de posesión (*jus possessionis*). Ihering nos habla hasta el cansancio de la relación invariable que existe entre la propiedad y la posesión así como del fin de este derecho; pero desgraciadamente esto sólo le sirve para obscurecer el objeto de su estudio, ya que se vale de la presunción de propiedad y de otros conceptos inútiles y contradictorios siempre que nos habla de esta relación innegable; pero cuando finalmente llega a ser indis-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

pensable tomar en cuenta el fin que se persigue en el derecho de posesión, y la relación de éste con la propiedad y con otros derechos, olvida por completo sus enseñanzas y nos presenta un monstruo jurídico: un derecho que es la negación de su fin, y un derecho completamente desarticulado del derecho de propiedad. Repito, es negación de su fin el derecho construído por Ihering, porque faculta al despojante a aprehender lo despojado, a ejercitar el poder de hecho y porque olvida que al hacer tal cosa está autorizando al propietario, cuando es poseedor, conducta que ya le fué autorizada por su derecho de propiedad, mientras que cuando el poseedor es el despojante le está autorizando una conducta (ejercicio del poder de hecho) que no debe ser por corresponder en forma exclusiva a las personas autorizadas a usar, disfrutar o retener. En efecto, en el momento en que la relación existente entre la propiedad y la posesión, así como el fin de la posesión, habrían proporcionado a Ihering la esencia de este derecho, olvida por completo tal relación y tal fin al afirmar que el derecho de posesión es la protección de la relación de hecho sobre la cosa, otorgada al poseedor, sin darse cuenta de que con ello acepta, implícita, pero necesariamente, la consecuencia de que el derecho de posesión es la autorización del despojo, la negación de su fin. El derecho de propiedad, así como todos los derechos que autorizan el uso, disfrute o retención de las cosas, implican necesariamente la autorización de la relación de hecho sobre la cosa, ya que no es posible usar, disfrutar o retener una cosa si el hombre no se relaciona de hecho con ella. Por tanto, la autorización o protección de la relación de hecho sobre la cosa, corresponde necesaria y exclusivamente a las personas autorizadas a usar, disfrutar o retener tales cosas. Esta afirmación es indiscutible y fundamental en la integración de cualquier teoría sobre la posesión y por ello es necesario no olvidarla al construir el derecho instrumental llamado derecho de posesión, *jus possessionis*. En otras palabras: es necesario construir un derecho tal (*jus possessionis*), que no constituya la negación del derecho de propiedad o de los demás derechos que autorizan la relación de hecho sobre la cosa, sino que por el contrario, que sea la protección de tales derechos. En esto consiste precisamente la importancia de no olvidar la relación de dependencia existente entre el derecho de posesión, que tiene el carácter de medio para la protección de otros derechos, y estos derechos que autorizan el uso, disfrute o retención de las cosas. La relación no consiste en decir que el poseedor es un propietario presunto, lo cual es falso, inútil y antijurídico, ni en decir que la posesión es un postulado absoluto de la propie-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

dad, para olvidarlo en seguida, sino en decir que *el derecho de posesión debe autorizar precisamente la conducta que sea necesaria para proteger al propietario y demás titulares del derecho de usar, disfrutar o retener las cosas, contra el despojo, sin necesidad de obligarlos a probar que son titulares de tales derechos, y por el solo hecho de tener el corpus.* Con estos principios está conforme Ihering, pero él tiene la falsa creencia de que para lograr tal fin es indispensable autorizar al poseedor determinada conducta *sobre la cosa,* precisamente la relación de hecho, que por magia del derecho Ihering la convierte en relación de derecho. No se da cuenta de que: a) la relación de hecho ya fué autorizada al propietario, usufructuario, arrendatario, etc., *en forma exclusiva, al mismo tiempo y sobre la misma cosa*; b) que si ahora autorizamos la misma conducta, en forma exclusiva y al mismo tiempo, al poseedor, en relación con la misma cosa, necesariamente tenemos que prohibirla al propietario, usufructuario, etc., con lo cual negamos sus derechos y el fin perseguido por el derecho de posesión y, finalmente, c) si simplemente protegemos al poseedor contra el despojo no negamos los derechos protegidos a través del derecho de posesión, sino que logramos el fin perseguido, con toda plenitud. Pero reducir el derecho de posesión a la protección contra el despojo es igual a no autorizar conducta alguna sobre la cosa. Esto es precisamente lo que yo he hecho: descubrir que el derecho de posesión, *jus possessionis,* jamás autoriza conducta alguna sobre las cosas, sino que tal derecho es invariable y exclusivamente la protección en contra del despojo, *la facultad de exigir ser mantenido o restituído frente al despojo.* Llego a este resultado porque sigo el consejo de Ihering, a pesar de que él mismo no aplica sus propios consejos, y jamás olvido la dependencia o relación invariable que existe metajurídicamente entre el derecho de posesión, como derecho medio y los derechos fines para cuya protección fué creado el de posesión. Jamás olvido al propietario y demás titulares de derechos que autorizan conducta sobre las cosas, pues es a ellos a quienes debemos proteger mediante el derecho de posesión y no al poseedor, como lo hace Ihering cuando autoriza al poseedor la relación de hecho que guarda con la cosa. No existe ninguna razón para autorizar conducta sobre la cosa al poseedor que solamente es poseedor, salvo que se nos pruebe que ello es indispensable para proteger al propietario y a los demás titulares autorizados a relacionarse de hecho con las cosas. Ahora bien, si nos limitamos a imponer a todo el mundo el respeto de la relación de hecho existente entre el que posee de hecho y la cosa, automáticamente conseguimos proteger a la

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

mayoría de los propietarios, usufructuarios, arrendatarios, etc., ya que sabemos que en la inmensa mayoría de los casos el que posee de hecho es porque tiene derecho a ello. Entonces otorgamos, correlativamente al deber anterior, un derecho al poseedor, consistente exclusivamente en la *facultad de exigir* a todo el mundo el respeto de su posesión de hecho. Si además de otorgar al poseedor la facultad de exigir el respeto de su relación de hecho sobre la cosa lo autorizamos a actuar él mismo sobre la cosa, le estaremos otorgando un derecho adicional que no es necesario para lograr los fines de la protección de la propiedad y demás derechos mencionados y que además es incompatible con el que la norma otorga en forma exclusiva a las personas autorizadas a usar, disfrutar o retener. Semejante autorización otorgada al poseedor cuando no es más que poseedor, necesariamente implica la imposición a todo el mundo, inclusive a las personas autorizadas a usar, disfrutar y retener, de la obligación de abstenerse de actuar sobre las cosas y la negación del derecho de actuar a los propietarios, usufructuarios, etc., con lo cual les negamos sus derechos.

Que el derecho de posesión jamás es el facultamiento de conducta alguna sobre la cosa, resulta evidente en el ejemplo anterior, desde el momento en que observamos que el poseedor es, frente al propietario, el obligado a devolverle lo ajeno junto con sus frutos; esto es, a indemnizarlo por el poder de hecho que indebidamente ejercitó sobre la cosa ajena. Por el contrario, observamos que el poseedor que solamente es poseedor, también es solamente el sujeto autorizado para repeler cualquier acto de tercero que pretenda actuar sobre la cosa, el facultado a exigir el respeto de su posesión *a la cual el citado poseedor no tiene derecho.* Esto equivale a decir que el titular del *jus possessionis* no es como tal, titular del *jus possidendi. Tiene el derecho de exigir el respeto de la posesión, pero NO tiene derecho de poseer la cosa.* Esta conclusión es absolutamente indiscutible: si todo el mundo está obligado a no despojar al poseedor y el poseedor tiene derecho de exigir que no lo despojen, es evidente que la conducta facultada al poseedor (contenido de el derecho) no es, ni es necesario que sea, el ejercicio del poder de hecho, sino la facultad de exigir el respeto de su relación de hecho. Por otro lado, tal derecho a exigir el respeto de una situación de hecho no implica la necesidad práctica, lógica o jurídica, de autorizar a la misma persona el ejercicio del poder de hecho cuyo respeto está autorizada *a exigir.* Se trata de dos autorizaciones o derechos distintos. La *facultad de exigir* es necesaria y suficiente para que exista el derecho de posesión; la *facultas agendi* es innecesaria

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

e incompatible con el *fin* de tal derecho, y con la ***relación necesaria*** que guarda desde el punto de vista teleológico, con el derecho de propiedad de que tanto nos predica Rudolf von Ihering.

En la parte general de mi ensayo [40] quedará comprobado que uno es el *derecho a exigir* la conducta ajena, y otro distinto el derecho a tal conducta. Por ejemplo, el representante puede aparecer como la persona facultada a exigir el pago de un crédito (conducta ajena debida por el deudor al acreedor), y, sin embargo, es indiscutible que tal representante no tiene derecho a la conducta que exige sino solamente a exigirla, por la sencilla razón de que tal conducta no le es debida a él sino al acreedor, por el deudor. El representante tiene solamente una *facultas exigendi.* En la misma forma, uno es el derecho a la propia conducta y otro el derecho a exigir su respeto. Por ello el poseedor que solamente es poseedor; esto es, el poseedor que no es a la vez titular del derecho a usar, disfrutar o retener, solamente tiene el derecho a exigir el respeto de su posesión, frente a cualquier intento de despojo o frente al despojo consumado; mas no tiene derecho a la posesión.

Se dirá que el propietario, aun cuando no es poseedor, tiene derecho a ejercitar el poder de hecho, supuesto que si no lo tuviera no podría ejercitar su derecho de propiedad. Este hecho evidente debió haber bastado a los tratadistas para concluir que el poseedor jurídico, el titular del *jus possessionis,* jamás está facultado como tal *para poseer.* Por el contrario, cuando el propietario es poseedor, aparece como el sujeto facultado a poseer de hecho; esto es, a usar, disfrutar y retener la cosa, a relacionarse de hecho con ella; pero resulta evidente que esta facultad se funda en el derecho de propiedad, del cual el propietario es titular. Además, el propietario, cuando es poseedor, aparece como la persona autorizada a exigir que los demás se abstengan de actuar sobre la cosa (sin tener que probar que es propietario), y es evidente que esta nueva facultad otorgada al propietario se debe a la circunstancia de que es al mismo tiempo sujeto del *jus possessionis.* Por este motivo, cuando el propietario no es poseedor jurídico, por haber sido despojado por más de un año, no tiene derecho a los interdictos; esto es, a exigir ser mantenido o restituído en el ejercicio del poder de hecho mediante los interdictos (sin tener que probar su derecho de propiedad). Sencillamente no es titular del *jus possessionis;* sigue siendo titular de la facultad de actuar sobre la cosa y ello sin ninguna contradicción, por la sencilla razón de que la conducta exclu-

40 Capítulo II.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

siva autorizada al poseedor no recae sobre la cosa, no es la posesión de hecho sino la defensa contra la desposesión. Por tanto, el poseedor jurídico es el único facultado a exigir ser mantenido o restituído en el ejercicio del poder de hecho, aún en contra del propietario, sin necesidad de probar otro derecho que no sea el de posesión; pero en este caso es indiscutible que el poseedor no es el facultado a actuar sobre la cosa, sino el obligado a devolverla al propietario con sus frutos. A su vez el propietario, único facultado a actuar sobre la cosa, como no la tiene en su poder, es el facultado a pedir que sea declarado extinguido el derecho subjetivo del poseedor y le sea devuelta la cosa que le pertenece, con la indemnización correspondiente a la retención que indebidamente hizo de ella el poseedor. En el lugar correspondiente de mi ensayo [41] quedará confirmada esta tesis por el derecho positivo mexicano, y hasta donde yo sepa también está confirmada por el derecho vigente de todos los países. No podría ser de otra manera, ya que si autorizamos al poseedor jurídico conducta alguna sobre la cosa, automáticamente tenemos que prohibir la misma conducta al propietario y demás personas autorizadas a usar, disfrutar o retener. Esto se debe a la circunstancia de que el derecho de posesión *jus possessionis,* es un derecho oponible a todo el mundo, y además no es posible jurídica y lógicamente autorizar conducta en forma exclusiva sobre la misma cosa y al mismo tiempo al poseedor y a los únicos que tienen derecho de poseer, propietario, usufructuario, arrendatario, etc. Si hacemos tal cosa, violamos el principio de contradicción, como lo han estado haciendo los tratadistas que han estudiado esta materia, inclusive Ihering, pues si otorgamos esta facultad al poseedor, tiene que ser en forma exclusiva, con exclusión precisamente del propietario y demás personas autorizadas a usar, disfrutar y retener. Con ello cometemos la mayor de las injusticias al autorizar jurídicamente el despojo, y caemos en contradicción al prohibir al propietario la conducta exclusiva que le autorizamos.

Se dirá que la copropiedad, el usufructo y aún el arrendamiento autorizan el uso y disfrute exclusivos sin provocar ninguna contradicción, frente al derecho de propiedad, el cual sigue siendo la facultad exclusiva de usar y disfrutar una cosa determinada. En primer lugar, cabe advertir que no es el caso traer a colación el derecho de copropiedad, pues su análisis en nada contribuiría al conocimiento del derecho de posesión, ya que evidentemente los principios que rigen a aquél, son completamente di-

41 Capítulo III.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

versos de los que rigen a éste. En segundo lugar el usufructo y el arrendamiento no provocan ninguna contradicción frente al derecho de propiedad, ni nos obligan a negar este derecho para poder otorgar aquéllos, por la sencilla razón de que en estos casos el *ejercicio* del derecho de propiedad está sujeto a un supuesto de efectos suspensivos, representado precisamente por el usufructo o por el arrendamiento. Es cierto que los tres derechos autorizan el uso y disfrute, *pero no al mismo tiempo.*

Del análisis anterior se desprende la conclusión de que *no debe ser el derecho de posesión la autorización del ejercicio del poder de hecho, en vista de que éste ya está concedido al mismo tiempo, sobre la misma cosa y en forma exclusiva, al propietario, usufructuario, arrendatario, etc.*

Seguiremos con la crítica a la obra de Ihering: "Windscheidt ha querido eludir la necesidad de esta conclusión (de que la posesión es un derecho subjetivo), diciendo: la posesión engendra muchas 'consecuencias jurídicas', pero eso no constituye un derecho; si no, sería preciso calificar también como derechos las conveniencias y los testamentos. Confunde en este caso el *hecho generador* del derecho con su *efecto.* Un hecho no es un derecho; la adquisición de la posesión vale en este respecto tanto como la conclusión de un contrato o la confección de un testamento. Pero cuando, como en los tres casos citados, la ley concede a un hecho consecuencias jurídicas favorables para una persona determinada, que coloca en la situación de asegurárselas por medio de una acción, provoca la producción precisamente del conjunto de las condiciones legales que llamamos *derechos.* Al *hecho* de la conclusión del contrato la ley liga la *consecuencia jurídica* de que el acreedor puede reclamar del deudor la ejecución del contrato; el hecho de la confección del testamento liga la consecuencia jurídica de que el heredero instituído puede reclamar de los terceros la restitución de los bienes de la sucesión, y de los deudores de ésta el pago de sus deudas; al hecho del nacimiento de la posesión liga la consecuencia jurídica de que el poseedor puede exigir de los terceros el respeto de su situación posesoria. En los dos primeros casos denominamos la consecuencia jurídica, derecho del acreedor o de sucesión. ¿Qué motivo hay para negarle el nombre de derecho en el tercero? Si se niega el derecho de posesión sólo porque resulta como consecuencia de un hecho, es preciso también negar el derecho del acreedor y el de sucesión, porque la relación entre el hecho generador del derecho y la consecuencia jurídica es exactamente la misma, y, en efecto, no hay un solo derecho que no presuponga un *hecho* generador de derechos. Todos los derechos sin excepción apare-

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cen como consecuencias jurídicas, es decir, como consecuencias jurídicamente protegidas en favor de aquéllos a quienes debe aprovechar. No tengo inconveniente en conceder a quien destruya esta definición, el derecho de decir que la posesión no es un derecho: si se renuncia a eso, se admite la naturaleza jurídica de la posesión." [42] Es maravillosa la penetración de Ihering en este caso, pues muchos años antes de que apareciera la obra notable de Fritz Schreier [43] él descubre, en forma definitiva, los elementos constitutivos de la norma, la esencia del supuesto y de la consecuencia derivada necesariamente de la realización del supuesto. Por ello resulta incomprensible que Ihering a su vez, en el mismo momento en que está destruyendo el error de Windscheidt, caiga inmediatamente en el mismo error descubierto por él, al confundir el supuesto con la consecuencia. Quizá esta confusión se deba a la circunstancia de que una cosa es confundir determinado elemento con otro distinto, y otra cosa es afirmar que tratándose de la posesión la misma conducta funge como supuesto y como objeto del derecho subjetivo o conducta facultada.

Efectivamente, Windscheidt confunde el supuesto con la consecuencia; es decir, desconoce la distinción precisa que existe entre esos dos elementos constitutivos de la norma. Ihering los distingue en forma nítida; *pero identifica las conductas que son objeto del supuesto y de la consecuencia.* Ihering crea él mismo el instrumental lógico necesario para refutar a Windscheidt y para descubrir la esencia del derecho de posesión, pero al final cae en la misma confusión que Windscheidt, quien tiene la disculpa de no haber contado con la ayuda de los principios jurídicos maravillosamente expuestos por Ihering. Quizá el error de Ihering se deba a la circunstancia de que para no verse forzado a identificarse ambas conductas, posesión como hecho generador y posesión como objeto del derecho, es absolutamente necesario ser muy irrespetuoso con las palabras, pues solamente así se puede tener la ocurrencia y osadía de decir que el derecho de posesión no es el derecho a poseer; que el poseedor jurídico no es el facultado a poseer. Una persona que hace semejante afirmación se expone a ser tachada de loca y Ihering era un hombre genial, pero sumamente lógico y cuerdo. Por este motivo siguió encadenado al poder mágico de las palabras. Que semejante afirmación es solamente un absurdo verbal o aparente, y que la afirmación de Ihering y de todos los tratadistas es

42 125.

43 *Concepto y formas fundamentales del derecho.* Editorial Losada. Buenos Aires, 1942.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

un verdadero absurdo, salta a la vista si nos limitamos a cambiar las palabras y decimos: a) el que se apodera de una cosa ajena no tiene derecho de actuar sobre ella sino que, por el contrario, está obligado a no actuar sobre ella y a devolverla. Esta afirmación indiscutible está consagrada por el Código civil nuestro y por todas las legislaciones del mundo, a pesar de las teorías en que se inspiran. Siempre que nuestro Código trata del poseedor sin título; esto es, de aquél que ha realizado el supuesto jurídico que solamente engendra el derecho de posesión mas no el de usar, disfrutar o retener la cosa, existen artículos expresos que lo obligan a devolver la cosa con sus frutos, ***que le prohiben actuar sobre la cosa,*** según se desprende del análisis que en mi ensayo hago de los artículos 812 al 814 inclusive.[44]

En consecuencia, no es un absurdo afirmar que el poseedor jurídico que solamente es poseedor jurídico, por el hecho de haberse apoderado de la cosa (realización del supuesto jurídico), no tiene derecho a poseer la cosa, esto es, a ejercitar el poder de hecho, sino que tiene la obligación de no ejercitarlo y de devolver lo ajeno. Lo que pasa es que esto no obsta para que al mismo tiempo tenga derecho a exigir no ser desposeída, pues el derecho que le otorgó la norma por haber realizado el supuesto jurídico correspondiente consiste exclusivamente en tal facultad, según se desprende de los artículos 16 al 18 del Código procesal en relación con los artículos del Código civil que le prohiben cogerse lo ajeno y lo obligan a devolver la cosa con sus frutos. Ahora bien, *decir que el poseedor jurídico tiene derecho a exigir que respeten su posesión* (como titular del *jus possessioni*) ; a) *no es igual a decir que tiene derecho a poseer él mismo.* Este dato es el que no ha captado Ihering, por la circunstancia de que aun siendo genial fué al mismo tiempo esclavo de la apariencia verbal, de las *palabras.* b) No es absurdo afirmar que nadie tiene derecho a arrebatar por la fuerza determinada cosa que se encuentra en poder de otro (artículo 17 de la Constitución) ; *pero de tal afirmación no se deriva la conclusión de que la persona que tiene en su poder la cosa tenga derecho a poseerla,* como lo supone Ihering y todos los juristas. c) No es absurdo decir que el que tiene derecho a usar,disfrutar o retener una cosa y por tanto a ejercitar el poder de hecho sobre ella, está obligado a recurrir al juez para que una vez probados los derechos anteriores, éste ordene su devolución a la persona que la tiene en su poder indebidamente; pero semejante obligación no implica el derecho del poseedor a poner la cosa.

44 Capítulo III.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

d) Como en la inmensa mayoría de los casos el que posee es porque tiene derecho de hacerlo, si protegemos al que simplemente posee, sin obligarlo a probar que tiene derecho a ello, resulta, necesariamente, que en la inmensa mayoría de los casos estaremos protegiendo a los propietarios, usufructuarios, arrendatarios, etc., en contra del despojo y sin obligarlos a probar sus derechos. Tales personas no estarán obligadas a probar sus derechos de propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.; pero es evidente que invariablemente tendrán que probar su derecho de posesión, su derecho a exigir no ser despojados. Esto podrán hacerlo al establecer que han realizado el supuesto jurídico que genera al derecho de posesión. *Pero la conveniencia de proteger al que posee en contra del despojo, no implica la necesidad de autorizarle tal despojo, a pesar de que opinen lo contrario todos los tratadistas.*

Al continuar Ihering su análisis del derecho subjetivo, vemos plenamente confirmadas las críticas anteriores: "pero en donde quiera que los hechos engendran consecuencias que la ley garantiza al interesado por medio de una *acción* especial, destinada exclusivamente a este fin, *tales hechos* los clasificamos (como generadores de derecho) bajo el nombre de derechos." [45] Evidentemente aquí Ihering confunde el supuesto con la consecuencia al considerar que el hecho que engendra la protección, llamada acción, es el derecho y que la acción es la protección de tal hecho. Sin embargo, en el acto vuelve a insistir en la diferencia que existe entre el hecho generador y el derecho generado: "En la mayoría de los derechos, la confusión del hecho generador con el derecho mismo están excluída por la diversidad misma de los nombres que el lenguaje los da; por ejemplo, el contrato y el crédito, el testamento y el derecho de suceder..., así a la posesión *como estado de hecho* se liga y refiere la posesión como *derecho.*"[46]

A pesar de todo, para Ihering la conducta facultada al poseedor jurídico es la misma que la norma le exige realizar para atribuirle el derecho, porque para él es igual poseer de hecho (llegar a ser poseedor jurídico) y derecho a poseer por haber poseído. Ihering jamás se da cuenta de que el derecho de posesión no es la protección de la posesión sino la protección en contra de la desposesión. Ihering y todos los juristas identifican el supuesto y la consecuencia, pues para ellos el ejercicio del

45 127. Cabe advertir aquí que Ihering confunde el derecho de acción con el derecho subjetivo de posesión.

46 127.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

poder de hecho engendra la protección de poder de hecho. Considero que este es el error fundamental de todas las teorías posesorias conocidas.

"Los juristas romanos tuvieron plena conciencia de ese doble aspecto de la posesión. En el primer sentido, distinguen la posesión como *causa facti*, o por medio de expresiones análogas, por ejemplo, *corforie, facti est;* en el segundo la designan como *jus possessionis, jura possessionis,* siendo por tanto difícil de comprender cómo se han podido emplear expresiones de la primera categoría, para sostener que la posesión, al sentir de los juristas romanos, no es un derecho. El acierto está desmentido por el reconocimiento formal de la posesión como derecho, y hay tan poca contradicción entre esas dos expresiones, que, muy al contrario, ponen de manifiesto el reconocimiento exacto, por parte de los juristas romanos, de la naturaleza jurídica de la posesión."[47]

Comentario.—Es indiscutible que la posesión es un derecho tanto de acuerdo con los romanos como de acuerdo con Ihering y de acuerdo con el Derecho vigente en todos los países, y por tanto es necesario hacer la distinción entre el supuesto jurídico y la consecuencia, que llevan el mismo nombre. El error de Ihering radica en suponer que tales elementos no sólo llevan el mismo nombre sino que se refieren a la misma conducta. Para los romanos y para Ihering la conducta facultada por el derecho de posesión es el ejercicio actual del poder de hecho, el hecho de poseer la cosa, mientras que yo sostengo que tal conducta jamás es objeto del *jus possessionis.* Para Ihering el *corpus* desempeña cuatro funciones diversas: a) es el supuesto jurídico generador del derecho de posesión; b) es la realización del supuesto, el hecho jurídico; c) es el objeto del derecho de posesión, la conducta facultada o protegida y d) es la manifestación o ejercicio del derecho de posesión. Por tanto, él considera que si desaparece el *ejercicio actual* del poder de hecho, desaparece también el objeto del derecho y por tanto se extingue éste.

En primer lugar, cabe repetir que el *corpus* es indiscutiblemente el hecho generador del derecho de posesión, el cual nace sin que intervenga para nada como elemento constituivo el *animus domini.* Este descubrimiento, es la contribución definitiva de Ihering al conocimiento científico de la conducta que es necesario realizar para que nazca el derecho de posesión. Además, Ihering describe en forma clarísima lo que *no* es el *corpus.* La contribución de Ihering es negativa, pues consiste en haber eliminado el

47 127.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

animus como elemento constitutivo del derecho de posesión. En segundo lugar, no es cierto que el *corpus actual* sea el objeto del derecho de posesión, supuesto que el poseedor jurídico despojado deja de ejercitar el poder de hecho, y sin embargo sigue siendo titular del derecho de posesión, mientras éste no se extinga por haber pasado más de un año después del despojo. Se dirá que en este caso la ley considera que no ha habido despojo, según lo dispone el artículo 805: "Se reputa como nunca perturbado o despojado el que judicialmente fué mantenido o restituído en la posesión." Desde luego que es una ficción negar el *hecho* del despojo, ficción que resulta indispensable para evitar la contradicción a donde nos conduce la teoría de Ihering. Para poder evitar tal contradicción también es necesario *suponer* que el despojante no tiene el *corpus* actual frente al despojado. Lo que pasa es que el *corpus* es necesario para la adquisición del derecho, por ser el supuesto que lo genera; pero el derecho sigue existiendo a favor de su titular mientras un tercero no pruebe que se extinguió. Exigir esta prueba al poseedor jurídico es igual a exigir al propietario; por ejemplo, que además de probar haber adquirido su derecho tenga que probar que éste no se ha extinguido, por cuyo motivo todas las presunciones que tienen por objeto otorgar el *corpus* al que lo tuvo son innecesarias, y se derivan de la necesidad de conciliar la teoría posesoria de Ihering con el sentido común. La mejor prueba de que el Derecho no acepta la teoría de Ihering a este respecto, la encontramos en el concepto de continuidad y de interrupción adoptado por nuestro Código. No hay interrupción mientras un tercero no realice a su favor el supuesto generador del derecho de posesión, mientras el poseedor no sea desposeído por más de un año. La circunstancia de que se exija probar que la posesión existe en el momento de ser desposeído, se debe al hecho de que no es posible ser desposeído de lo que no se posee. Simplemente se exige probar que se verificó el despojo; esto es, que el demandado se apoderó de algo que antes no tenía bajo su poder y que estaba en poder o bajo el control del que pretende haber sido desposeído. Ahora bien, esto no puede probarlo cualquiera persona sino únicamente el poseedor, el que tiene la cosa bajo su poder. La prueba del hecho es necesaria para establecer la existencia del derecho, *pero de allí no se deriva la conclusión de que el Derecho faculte el hecho*. Que el objeto del derecho de posesión no consiste en el ejercicio actual queda evidenciado, repito, por la circunstancia de que sigue siendo poseedor jurídico el que ha realizado el supuesto, aun después de haber perdido el ejercicio actual y sigue

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

siéndolo también cuando sin ser desposeído deja de ejercitar el poder de hecho por tiempo indefinido. En este último caso, para evitar el absurdo a donde conduce la teoría de Ihering, el Código se ve obligado a decir que se presume que es poseedor en el intermedio el que lo fué al principio y lo es en el momento del despojo. Por ejemplo, determinado poseedor se va de viaje. Evidentemente ha dejado de ejercitar el poder de hecho sobre la cosa que antes poseía de hecho y, sin embargo, sigue siendo titular del derecho de posesión.

Sin embargo, el Código nos dice que el abandono es extintivo del derecho de posesión. Ahora bien, ¿cómo prueba el poseedor jurídico que no abandonó el objeto y en consecuencia de que no renunció a su derecho de posesión? Sencillamente probará primero que realizó el supuesto, con lo cual establece que adquirió el derecho de posesión, y probará que no ha dejado de ser titular de tal derecho por abandono al establecer que él tiene la *posibilidad real* de ejercitar el poder de hecho. Jamás se le exigirá probar que su derecho no se extinguió por haber desaparecido su objeto, *el ejercicio actual,* por la sencilla razón de que éste no es el objeto de su derecho. Por ejemplo, una persona que cada semana deja sola su casa de campo para venirse a la ciudad, la cierra con llave y se trae la llave consigo, sigue siendo poseedora de su casa, a pesar de que no está ejercitando el poder de hecho, y seguirá siéndolo mientras no sea despojado por más de un año. Resulta que *el abandono y la desposesión, por más de un año, son hechos extintivos del derecho de posesión,* sin que ello sea obstáculo para afirmar que el *ejercicio actual* del *corpus* no es el objeto del derecho de posesión, y tampoco es manifestación o ejercicio de tal de-derecho. Una persona puede no estar ejercitando el poder de hecho por años, indefinidamente, y no pierde su derecho mientras no sea despojado por más de un año, y no se considera que exista abandono mientras tenga la posibilidad real de ejercitar el poder de hecho. En resumen: *el acto de aprehensión* es la realización del supuesto jurídico generador del derecho de posesión, y la *posibilidad real* de utilizar o de controlar la cosa es requisito necesario para la *conservación* del derecho; pero ninguno de los dos elementos son *objeto* o *manifestación* del derecho. Desaparece la *posibilidad real* cuando un tercero se apodera de la cosa o cuando el poseedor no tiene la posibilidad de ocuparla o aprehenderla.

El argumento de que la posesión no es un derecho sino un simple hecho, en vista de que sucumbe frente a la propiedad en la reivindicatoria, es rechazado por Ihering con indiscutible razón: "La noción de derecho

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

no sufre nada por la circunstancia de que otra persona pueda en cualquier momento ocasionar la resolución del mismo." [48] Pero en el acto vuelve Ihering a confundir los conceptos: "La circunstancia de que la posesión, como tal, no da el derecho, sino tan sólo la *posibilidad de hecho* de usar de la cosa, no implica el desconocimiento de su naturaleza jurídica... la posesión, como relación de la persona con la cosa, es un *derecho;* como parte del sistema jurídico, es una *institución de derecho.*" [49] Es evidente que Ihering considera que el derecho de posesión autoriza la relación de la persona con la cosa, mientras que no autoriza a usar la cosa, a pesar de que proporciona la posibilidad de hecho para hacerlo. Esta afirmación de Ihering es la que ha llevado a otros juristas de menos talento a la necesidad de *distinguir* el hecho exterior que es el uso y disfrute (manifestación de la propiedad, por ejemplo) *del mismo hecho* que es simplemente manifestación del poder de hecho (del derecho de posesión, según todos los juristas).

Como es imposible distinguir lo que es idéntico, los juristas se han visto obligados a construir conceptos metafísicos, como el que considera que el ejercicio del poder de hecho es "lo que aparece como tal ante la conciencia general..." Ihering no se deja engañar por este problema, y categóricamente afirma que la posesión es la exteriorización o visibilidad del derecho de propiedad, según lo vimos con anterioridad. Si Ihering hubiera dado un paso más adelante, hubiera llegado a la conclusión de que el derecho de posesión no solamente no es la autorización del uso, sino que no autoriza ninguna conducta de su titular sobre la cosa, sin que por ello hubiera tenido que renunciar a su convicción de que la posesión es un derecho subjetivo; pues le hubiera bastado con decir que el apoderamiento es la realización del supuesto jurídico que da nacimiento a una protección otorgada por la norma, al poseedor. Sin embargo, es indiscutible que Ihering, al afirmar que la posesión es un derecho, también sostiene que este derecho es la facultad de ejercitar el poder de hecho. Semejante conclusión implica que el poseedor está facultado a impedir el uso por parte del propietario, usufructuario, arrendatario, etc., ya que el que está facultado para controlar físicamente una cosa, necesariamente lo está para impedir a los titulares antes mencionados el uso y disfrute. Resulta, que el derecho de posesión concebido por Ihering entraña la prohibición del uso y disfrute de parte de los titulares de estos derechos. Esta conclusión

48 131.

49 131.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

es injusta y contradictoria, supuesto que convierte al derecho de propiedad en la facultad exclusiva de usar y disfrutar, y al mismo tiempo en la prohibición de hacerlo. La solución es injusta, porque el fin que se persigue mediante la creación del derecho de posesión es la protección del derecho de usar, disfrutar y retener, y el derecho de posesión es el instrumento que se construye para lograr tal fin. El derecho de posesión concebido por Ihering solamente sirve para negar el fin que se persigue. De acuerdo con mi teoría no existe esta injusticia ni esta contradicción: el poseedor como tal, el que no es titular del derecho a usar, disfrutar o retener, invariablemente está obligado a no usar, disfrutar o retener, sino a devolver lo ajeno con sus frutos; pero al mismo tiempo está facultado a exigir que le respeten su posesión; esto es, a evitar el despojo. Finalmente, cabe advertir, en contra de la afirmación anterior de Ihering, que ningún derecho tiene por objeto conceder la posibilidad de hecho de actuar, sino que invariablemente los derechos son la posibilidad normativa de actuar. El derecho de posesión, como todos los derechos, facultan conducta y autorizan su ejercicio; esto es, autorizan el hecho de ejercitar la conducta facultada. Lo que pasa es que el derecho de posesión no autoriza la posibilidad de hecho de usar, porque la conducta facultada por este derecho no es el uso; autoriza la posibilidad de hecho de exigir el respeto y, además, como todo derecho potestativo, el de posesión autoriza a *optar* por el ejercicio o no ejercicio *de la conducta facultada*. Que además de la conducta facultada exista la posibilidad de hecho de ejercitar otra conducta no facultada, constituye un dato extraño al problema. Este dato extraño al derecho de posesión, es el que ha servido a Ihering de fundamento o contenido del citado derecho. En el caso de la posesión la posibilidad de hecho de usar no es contenido del derecho de posesión, *sino del deber de abstención en todos los casos en que el poseedor no es, a la vez, la persona autorizada para usar*. Por el contrario, cuando el poseedor es a la vez arrendatario, usufructuario, propietario, etc., esta posibilidad de hecho coincide con la posibilidad de derecho.

Ya se analizó la posibilidad de otorgar al poseedor únicamente la facultad de ejercitar el poder de hecho; mas no la de usar, disfrutar o retener. Vimos que Ihering, con muy buen criterio, identifica la posesión de hecho y la exteriorización y visibilidad de la propiedad. Este es uno de sus muchos aciertos. Sin embargo, no saca de este descubrimiento la enseñanza que lo hubiera llevado a concluir que el derecho de posesión no autoriza ninguna conducta del poseedor sobre la cosa. Le hubiera bastado

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

a este ilustre autor con romper la cadena verbal que le impedía dar el paso definitivo. Pero es tal el poder de las palabras, que Ihering mismo siguió afirmando que el derecho de posesión, *jus possessionis,* es el derecho de poseer la cosa, a pesar de haber descubierto que el hecho de poseer es la manifestación del derecho de propiedad. Fué más poderosa la identidad verbal (derecho de posesión igual a derecho a poseer) que la diferencia real: A (derecho de propiedad) no es B (derecho de posesión). En consecuencia, el hecho de poseer (igual a manifestación del derecho de propiedad), no es manifestación del derecho de posesión. Por tanto, el derecho de posesión no es la autorización de la posesión.

CAPITULO VII

Lugar de la posesión en el sistema jurídico

"La posesión aparece como una relación *inmediata* de la persona con la cosa; pertenece, pues, al derecho de las cosas." [50] En vista de las enseñanzas previas de Ihering debemos concluir que él considera que la relación inmediata es manifestación de la conducta autorizada, lo cual queda confirmado con la última parte de la cita anterior. Por tanto, Ihering considera que la posesión es un derecho real. Me permito remitir al lector a mi análisis de los derechos reales, [51] en donde afirmo que la relación inmediata es un hecho que jamás nos proporciona la esencia de ningún derecho, ya que el citado hecho lo mismo aparece como manifestación de un derecho real que del arrendamiento, bien como cumplimiento de deberes jurídicos, o como violación de derechos. Es indiscutible que la posesión, *jus possessionis,* es un derecho subjetivo, y que Ihering no logra darnos su esencia en vista de las siguientes razones: a) porque su concepto genérico acerca de la esencia del derecho subjetivo es falso, cuando lo concibe como un interés jurídicamente protegido. Ya vimos que el derecho subjetivo no es el interés, sino el medio para lograr su realización o protección; que el derecho subjetivo es la autorización de conducta hecha a un sujeto por la norma, independientemente de que tal derecho esté protegido mediante una acción, como lo quiere Ihering. La acción es un nuevo derecho que sirve para lograr la protección de los derechos subjetivos sus-

50 133.

51 Capítulo II de este ensayo.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tantivos; es el derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional; b) el concepto de derecho de posesión aceptado por Ihering es falso, ya que considera que el objeto de tal derecho es la conducta actual, por lo que si desaparece el objeto se extingue el derecho, lo cual es incorrecto de acuerdo con el derecho positivo y con el mismo fin que se persigue mediante este derecho. Queda evidenciada esta consecuencia al ver que persiste el derecho frente al despojo y frente a la ausencia del ejercicio actual, mientras no haya abandono; c) finalmente, hemos visto que el poseedor como tal jamás está facultado para actuar sobre la cosa, sino que por el contrario, está obligado a no hacerlo. Por este motivo Ihering se ve obligado a analizar cuestiones bizantinas cuando nos dice: "No existe acuerdo para determinar si ha de clasificarse antes o después de la propiedad." Al tratar de los derechos reales vimos que el derecho de propiedad es el derecho originario, ya que sin él no pueden concebirse ni existir los demás derechos reales ni los derechos personales que autorizan conducta que recae sobre las cosas. En el capítulo III de mi ensayo determinaré el lugar que ocupa la posesión en el sistema jurídico.

CAPITULO VIII

Nacimiento y extinción de la posesión (existencia concreta). Condición de la voluntad.

Para adquirir la posesión no basta con la simple proximidad material con la cosa, sino que se requiere un acto especial de la voluntad dirigido hacia tal fin — el acto de aprehensión. Pero la teoría reinante —dice Ihering—, es erróneo cuando sostiene que la voluntad de poseer debe consistir en la intención de apoderarse de la cosa como cosa propia.

La diferencia entre el acto de aprehensión que produce la posesión y el que no la produce, no radica en la intención de hacerse dueño de la cosa, sino que basta con que exista el acto de aprehensión. Es la ley la que califica a tal aprehensión de posesión o de simple detentación, según la *causa possessionis*. Según los romanos, no poseemos una cosa caída en nuestro fundo, por lo que el poseedor anterior puede recogerla. En este caso no hay *acto de aprehensión*. Por otro lado, la voluntad de poseer puede preceder a la aprehensión. Este es el caso del cazador que coloca la trampa y después toma la presa, del que encarga una cosa que después es colocada en

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

su casa durante su ausencia, lo mismo que la posesión por medio de representante. En todos estos casos no es necesario el acto de aprehensión, pues existe la relación de hecho y la voluntad del poseedor se manifiesta de antemano.

CAPITULO IX

Apropiación de la cosa.

El *corpus* es la relación exterior de la persona con la cosa establecida por la aprehensión. Los romanos usaban la palabra *corpus* para designar la manifestación de voluntad en el acto de aprehensión. Hoy se considera en relación con las cosas susceptibles de propiedad. No es el simple poder físico, sino la exterioridad de la propiedad: "Que se pregunte cómo el propietario suele obrar con sus cosas, y se sabrá cuándo es preciso admitir la posesión y cuando se debe rechazar." [52] La apitud del propietario varía según la diversidad de las cosas. Hay cosas sobre las cuales no ejercemos un poder físico. Poseemos a los animales domésticos a pesar de que van y vienen en libertad. "Cada cual sabe lo que debe hacer de sus cosas, según su diversidad y *este* aspecto normal de la relación del propietario con la cosa constituye la posesión." [53]

Comentario.—Me parecen indiscutibles tanto la noción acerca del poder de hecho como las críticas que hace Ihering a Savigny. Cuando la forma económica obligada lo requiere, el hombre tiene las cosas bajo su poder físico, guardadas; porque aquí el poder físico y la utilización económicas se corresponden completamente. [54] Pero esta noción material original no es aplicable a todas las cosas en que hay posesión, cuando existe una relación entre el hombre y la cosa encaminada al fin de su utilización económica. [55] Por ejemplo, si encontramos un material en un solar vacío, lo dejamos en donde está. Si en el mismo lugar encontramos una cartera, la recogemos para entregársela a su dueño o a la policía; sabemos que la cartera se ha perdido contra la voluntad de su dueño, mientras que respecto de los materiales sabemos que se encuentran en el solar por disposición

52 138.
53 139.
54 139.
55 141.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

del propietario, y en este caso no podemos decir que los encontramos, pues su aprehensión sería un robo. Los materiales se encuentran en una situación posesoria normal; la cartera en un situación anormal, por lo que la situación posesoria se juzga según su destino económico. Si aplicamos la noción del poder físico no podemos resolver estos casos.[56] "La posesión se reconoce así exteriormente. Según el Derecho romano, la perturbación normal no hace perder la posesión inmediatamente, sino sólo cuando el poseedor ha abandonado o no está en situación de restaurar la relación perturbada. Si lo logra, se reputa que la posesión no se ha perdido. Por vía de ejemplo citaré el caso en que ha perdido una cosa, en que la ha dejado olvidada en casa de otro, o en el que su rebaño se ha extraviado. Si deja de hacer las diligencias necesarias para recobrar la posesión, el Derecho romano le priva de ella, resultando así un *abandono* de la posesión; no ha mostrado el verdadero interés que caracteriza al poseedor (pérdida de la posesión voluntaria). Si sus diligencias no alcanzan buen éxito, su posesión se pierde (pérdida de la posesión *contra* su voluntad). Ocurre exactamente lo mismo con el despojo de las cosas inmuebles. Si el poseedor restablece inmediatamente la antigua relación, la posesión se estima como no perdida; si no, se pierde, salvo que en este caso hubiese, según el Derecho romano nuevo, despojo violento."[57]

Me parece indiscutible el análisis de Ihering, sobre el *corpus*. Difiero solamente en el concepto fundamental, ya que para mí el poseedor jurídico como tal no es el facultado a ejercitar el *corpus* y, por tanto, éste no es objeto del derecho de posesión ni manifestación de su ejercicio, sino solamente prueba de su existencia, la realización del supuesto jurídico. Esto mismo sucede con todos los derechos y, por tanto, no se trata de una excepción relativa a la posesión. Por ejemplo, pruebo que soy propietario, no porque tengo la facultad de usar (objeto del derecho), ni porque estoy usando (manifestación o ejercicio del derecho), sino porque he realizado el supuesto jurídico que engendra el derecho de propiedad. En la misma forma pruebo que soy poseedor, no porque estoy usando o aprehendiendo, a lo cual no tengo derecho como simple poseedor, ni porque exijo que no me despojen (ejercicio del derecho de posesión), sino porque el derecho de posesión me corresponde por haber realizado el supuesto jurídico correspondiente. También se puede aceptar, sin contradicción, otra importante enseñanza sacada del admirable análisis de Ihering: que el *corpus* no

56 143.

57 145.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

solamente es la realización del supuesto jurídico sino que la desaparición definitiva de la posibilidad real de ejercitarlo es el supuesto extintivo del derecho de posesión, el abandono. En consecuencia, el derecho de posesión nace al aparecer el *corpus* y *se conserva* mientras exista la posibilidad real de que vuelva a aparecer; pero su ejercicio actual no es el objeto del derecho de posesión ni su manifestación.

CAPITULO X

La posesión de los derechos

Dice Ihering que el usufructuario, usuario, superficiario y los titulares de servidumbres rurales de agua y caminos, tenían que probar sus derechos frente a terceros, y también el de propiedad del autor de sus derechos. El pretor los dispensa de esta prueba cuando habían ejercitado su derecho sin oposición y luego eran perturbados. [58] Estos son los llamados interdictos cuasi-posesorios. La única oposición permitida consiste en probar que la posesión está viciada por ser clandestina o precaria. "La protección del derecho se concede aquí también a un *estado de puro hecho.*"[59] Sin embargo, no todo hecho es protegido. Si durante años mis gallinas buscan su alimento en el jardín del vecino o mis criados arrojan los desperdicios en el terreno del vecino, estos hechos no están protegidos. Por el contrario, si hago uso del camino que pasa por la finca del vecino o envío mi caballo a su abrevadero, sin su oposición, tendré la protección posesoria. "Lo que se protege en la posesión no es el estado de hecho como tal, sino un estado de hecho que puede tener como base un derecho, y que, por consiguiente, puede ser considerado como el *ejercicio* o *la exteriorización de un derecho.*" [60] "Así como la propiedad debe ser posible para que se pueda admitir la posesión de las cosas, así es preciso también que un derecho sea posible para que se pueda admitir la *possessio juris*... *donde no hay derecho no puede* haber posesión de derecho, o sea, en el lenguaje procesal: donde no hay petitorio no puede haber posesorio." [61]

58 147.
59. 148.
60 148.
61 149.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Aquí, Ihering vuelve a confirmar su convicción de que el derecho de posesión es la autorización de la misma conducta, que es objeto del supuesto jurídico generador de tal derecho. Lo correcto es afirmar que no toda conducta es supuesto jurídico del derecho de posesión. Solamente la conducta que es manifestación o exteriorización de un derecho que autoriza conducta en relación con las cosas es supuesto jurídico del derecho de posesión. Por ejemplo: el hecho de que mis gallinas se pasen al solar del vecino no es manifestación de ningún derecho mío en relación con dicho solar, y por tanto no es realización del supuesto jurídico generador del derecho de posesión. Por el contrario, el hecho de que una persona transite habitualmente por el lote del vecino para comunicarse entre la carretera y su propiedad, es manifestación del ejercicio de una servidumbre de paso, realización del supuesto generador del derecho de posesión. El error de Ihering consiste en suponer que el ejercicio de la servidumbre, por ejemplo, por el que no es titular de tal derecho, es el fundamento para que se autorice tal hecho. Lo que le preocupa a Ihering es que el hecho sea manifestación de un derecho, para poder afirmar que tal hecho es también manifestación del derecho de posesión. Jamás se da cuenta de las consecuencias a que lo lleva semejante afirmación. En primer lugar, el derecho de posesión concebido como facultad de ejercitar conducta sobre las cosas es, en la inmensa mayoría de los casos, una duplicación inútil de derechos. En efecto, en la inmensa mayoría de los casos los que usan y disfrutan de las cosas, los que actúan sobre ellas, los que los poseen, es porque tienen derecho de hacerlo, derecho de propiedad, usufructo, arrendamiento, servidumbre, etc. En consecuencia, es inútil crear un nuevo derecho (duplicación de derechos), el *jus possessionis*, para autorizarles conducta que ya les fué autorizada por los derechos antes enumerados. En segundo lugar, si autorizamos a las personas que ejercitan tales derechos sin tenerlos, mediante el *jus possessionis*, inmediatamente creamos un derecho *contradictorio* en relación con los derechos antes enumerados. En efecto, no es posible lógicamente que el poseedor que no es a la vez titular de los derechos de uso, disfrute o retención, esté facultado en forma exclusiva para ejercitar el poder de hecho para actuar sobre una cosa, supuesto que los titulares de los derechos mencionados ya lo están en forma exclusiva, al mismo tiempo y sobre la misma cosa. Para que pueda existir un derecho de posesión con el contenido querido por Ihering, es necesario prohibir, a los titulares autorizados a usar y disfrutar, precisamente el ejercicio de la conducta que les fué autorizada.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Un derecho que prohibe la conducta facultada, es un derecho contradictorio. Es evidente que el derecho de posesión construído por Ihering es la negación del *fin* que persigue tal derecho. Estoy conforme con Ihering en que el fin del derecho de posesión es la protección del derecho de propiedad, mediante un instrumento fácil y rápido que logra la protección del propietario sin obligarlo a probar su derecho de propiedad. Solamente que yo considero que este derecho instrumental tiene por fin proteger a los titulares de todos los derechos que autorizan a actuar sobre las cosas, y no solamente el derecho de propiedad. [62] Ahora bien, el derecho concebido por Ihering es la negación de su fin, supuesto que autoriza al despojante a actuar sobre la cosa, olvidando que su misión exclusiva es la de proteger al titular en contra del despojo. Como consecuencia de lo anterior, resulta que el derecho de posesión creado por Ihering *no debe ser*, es antivalioso, supuesto que en la mayoría de los casos aparece como duplicación inútil, y en la minoría de los casos aparece como la consagración del despojo, como una monstruosidad jurídico-axiológica y como un derecho contradictorio. En tercer lugar, no se protege al hecho cuando *puede* tener como base un derecho, según lo exige Ihering. Con esto Ihering quiere decir que se protege el hecho cuando él hace presumir el ejercicio de un derecho; que cuando se protege al poseedor no se le protege como tal (titular del derecho de posesión), sino porque se supone que es propietario, usufructuario, etc. Esto es absolutamente incorrecto, pues la ley invariablemente protege al titular de los derechos y no a los que se supone que lo sean. Naturalmente que la ley protege al propietario aun en contra del poseedor, pero entonces el propietario tiene que probar que lo es, en la reivindicatoria. La circunstancia de que no cualquiera actividad sobre la cosa sea protegida, sólo significa que no cualquier hecho es considerado como supuesto jurídico para el nacimiento del derecho de posesión o para su conservación. *Sólo son considerados como hechos jurídicos generadores del derecho de posesión los que aparecen exterior y objetivamente como ejercicio de los derechos a usar, disfrutar o retener las cosas físicas,* pues el derecho de posesión fué creado con el exclusivo fin de proteger tales derechos, según lo he comprobado hasta el cansancio. Por tanto, para determinar qué hechos son constitutivos del derecho de posesión, basta con determinar qué hechos son el ejercicio normal de los derechos de usar, disfrutar o retener las cosas, independientemente de que exista el derecho de propiedad, o cualquier

62 Tesis confirmada por los artículos 790, 791 y demás relativos del Cód. civ. por el Dist. y Territorios Federales.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

otro derecho que autorice tales actividades. En cuarto lugar, Ihering no se da cuenta de que el derecho de posesión es único, y que aparece siempre que exista la relación de hecho sobre las cosas, cuando ella es la exteriorización de los derechos de usar, disfrutar o retener, por lo que la distinción de Ihering entre posesión de cosas y posesión de derechos, no tiene ningún fundamento. A pesar de que Ihering busca un concepto unitario que le habría brindado la esencia del derecho de posesión, no logra escapar al sofisma de oponer posesión de cosas a posesión de derechos. "Una noción genérica debe ser concebida de tal suerte que sea exacta para todas las especies que el género comprende: la noción de posesión debe comprender la posesión de cosas y la posesión de los derechos."[63] Estoy enteramente de acuerdo en que es necesario encontrar un concepto único, un solo derecho de posesión; pero no estoy conforme en que la búsqueda consista en encontrar la idea genérica que permita unir las especies, posesión de cosas y posesión de derechos. Ihering en seguida critica el concepto romanista por considerar que carece de un principio unitario, al yuxtaponer posesión de cosas que es el poder físico y posesión de derechos que es el ejercicio de derechos, diciendo que este concepto no toma en cuenta que "el punto de vista del ejercicio del derecho contiene la idea fundamental de toda teoría posesoria, es decir, la idea genérica de la posesión... Bajo ese aspecto, la posesión de los derechos es del más alto valor científico; ante ella no queda otro recurso que transportar la noción del ejercicio, o, en mi lenguaje, de la exterioridad del derecho, que no puede discutirse, a la posesión de las cosas... la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad; la de los derechos es la exterioridad de los derechos sobre la cosa de otro."[64] Aquí vuelve a presentársele a Ihering la oportunidad de ampliar el fin que se persigue mediante la protección posesoria, precisamente cuando trata de encontrar un concepto unitario para el derecho de posesión; pero su subordinación al derecho de propiedad, le impide encontrar la síntesis que lo hubiera llevado directamente a la esencia única e invariable de este derecho. Finalmente se conforma con encontrar un concepto unitario para ligar dos derechos de posesión, el de cosas y el de derechos. No se da cuenta de que el usufructuario, por ejemplo, cuando ejercita el interdicto posesorio, es titular del mismo derecho que el propietario que apela al mismo interdicto; ambos son titulares del *jus possessionis*, único e invariable.

63 151.

64 151-2.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Al hablar Ihering de exterioridad de la propiedad, seguramente se refiere a la exterioridad *del derecho* de propiedad y no a la propiedad como sinónimo de cosa, pues la exterioridad de ésta es su forma, color, peso, etc., datos completamente extraños al derecho. Ahora bien, la exterioridad del derecho de propiedad es *el ejercicio* de tal derecho, *el hecho* de usar y disfrutar, el cual coincide con *el hecho* de detentar la cosa, de ejercitar el poder de hecho, de aprehender la cosa, de estar en contacto con ella; en fin con el hecho de poseerla, con la posesión de hecho. El ejercicio del derecho de propiedad y el hecho de poseer son hechos idénticos. Pero *el hecho* de posesión no es igual al ejercicio del derecho de propiedad por la sencilla razón de que un hecho no puede jamás ser un derecho. El primero es realidad; el segundo es idealidad. Por tanto, es incorrecto afirmar que *el derecho* de posesión es, unas veces, el ejercicio del derecho de propiedad (posesión de cosas), y otras veces el ejercicio del derecho sobre la cosa de otro (posesión de derechos). Por otro lado, la posesión de hecho es siempre posesión de cosas, actividad que recae sobre cosas. Ahora bien, *este hecho,* llamado posesión, es invariablemente el supuesto jurídico generador del derecho de posesión; pero el derecho de posesión no es ni el derecho al poder de hecho, ni el derecho al ejercicio de otros derechos; pues el que ha realizado el acto de aprehensión, generador del derecho de posesión, no es, por tal motivo, el facultado a usar, disfrutar o retener la cosa, ni a ejercitar otros derechos. Decir lo contrario es igual a autorizar el despojo y a duplicar derechos en forma inútil y contradictoria, según ya se dijo. Si el hecho de aprehender la cosa ajena fuera generador del derecho de usarla y disfrutarla o cuando menos de controlarla, diríamos que el despojo da derecho a lo despojado. Si el derecho de posesión fuera el ejercicio de otros derechos (propiedad y derechos sobre la cosa ajena), estaríamos tratando de identificar hecho y derecho; si pretendemos que el derecho de posesión es el derecho al ejercicio de otros derechos, entonces estamos creando una duplicación inútil y contradictoria de derechos, con fundamento en las siguientes consideraciones que confirman el concepto de duplicación antes expuesto. Habría duplicación, porque tendríamos por un lado el derecho a actuar sobre la cosa, el derecho de propiedad, usufructo, arrendamiento, etc., y por el otro el derecho al ejercicio de tales derechos; tendríamos un derecho para autorizar la conducta y otro para autorizar su ejercicio. Existe duplicación porque todo derecho que autoriza determinada conducta también su ejercicio, por la sencilla razón de que la conducta es su ejercicio. Crear dos derechos para la misma conducta constituye una

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

duplicación de derechos. Tal duplicación es inútil, supuesto que todo derecho que autoriza una conducta necesariamente autoriza su ejercicio, por lo que no necesitamos de un nuevo derecho para autorizar el ejercicio de conducta que ya es objeto de determinado derecho. Finalmente, la duplicación es contradictoria, porque para que exista un derecho especial que autorice el ejercicio de derechos ya existentes es necesario, lógicamente, que éstos autoricen solamente la conducta mas no su ejercicio, y que el derecho de posesión autorice el ejercicio, y no la conducta ejercitada. Resultaría que un primer derecho autorizaría a usar, disfrutar, aprehender, en fin, a actuar sobre la cosa, y el mismo derecho prohibiría el *ejercicio actual* de la conducta facultada, lo cual es contradictorio. El segundo derecho (derecho de posesión), autorizaría a ejercitar de hecho determinada conducta, mas no otorgaría la posibilidad normativa de hacerlo, ya que ésta ya fué objeto exclusivo del primer derecho. Autorizar una conducta determinada y prohibir su ejercicio, es tan absurdo como autorizar el ejercicio de una conducta que no ha sido autorizada. Decir que ambos derechos autorizan tanto la conducta como su ejercicio nos obliga a identificarlos, con lo cual uno de ellos sale sobrando. Por tanto, no podemos concebir *al derecho* de posesión como ejercicio de otros derechos sin crear con ello una duplicación inútil de derechos, o bien dos derechos contradictorios, o finalmente una simple duplicación verbal. Si se trata de esta última posibilidad, será indispensable recordar que la frase *derecho de posesión* no se refiere para nada a ningún *derecho,* sino que toda ella es sinónimo de *ejercicio de otros derechos*; de lo contrario estaremos identificando hechos con derechos, lo real con lo ideal. Por lo expuesto, no podemos identificar ejercicio del derecho de propiedad con derecho de posesión de cosas, como lo hace Ihering.

Por otro lado, es un absurdo hablar de posesión de derechos para referirnos a los derechos absolutos, o a los relativos que no autorizan conducta en relación con las cosas. En vista de que Ihering sostiene que la posesión de derechos "... es la exteriorización de los derechos sobre la cosa de otro," [65] no tiene caso en este lugar, dedicado a la crítica de la obra de Ihering, tratar sobre tal absurdo. En la parte de mi ensayo, relativa a la posesión de derechos, [66] estudiaré este aspecto de la posesión. Aquí me limitaré a criticar la afirmación de que "la posesión de las cosas es la exteriorización de la propiedad, y la de los derechos es la exterio-

65 152.

66 Capítulo III.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

rización de los derechos sobre la cosa de otro." [67] Estoy conforme en que la actividad que recae sobre las cosas, y que se inicia mediante el acto de aprehensión, el contacto del hombre con las cosas, su uso, etc., es el hecho jurídico generador del derecho de posesión, y que el uso y disfrute actual coincide con el ejercicio de derechos y con la posesión de hecho. El mismo hecho es manifestación o ejercicio del derecho de usar y disfrutar (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.), y realización del supuesto jurídico generador del derecho de posesión (*jus possessionis*). Si la afirmación de Ihering se limita a esta idea, entonces estoy conforme con él; pero si pretende que el ejercicio de derechos es el derecho de posesión, entonces me parece que su afirmación es absurda; igualmente absurda me parece la afirmación de que *el derecho* de posesión es el derecho al ejercicio de otros derechos, por la sencilla razón, repito, de que entonces el derecho de posesión aparece como un derecho contradictorio, o bien como una duplicación inútil de derechos ya existentes. En resumen: estoy conforme con Ihering en que el ejercicio del derecho de propiedad y de todo derecho sobre la cosa ajena es *el hecho* generador del *derecho* de posesión; esto es, *la posesión de hecho es invariablemente generadora del derecho de posesión.* Pero entonces lo mismo es poseedor jurídico el propietario, el usufructuario, el arrendatario, etc., que el que no tiene ninguno de estos derechos, todos por la sola circunstancia de poseer de hecho, circunstancia generadora de un derecho único, *jus possessionis.* Una vez realizado el supuesto jurídico que da nacimiento al derecho de posesión, la ley no distingue entre poseedor como propietario, y poseedor como usufructuario, arrendatario, etc., porque si distinguiera tendría el poseedor que probar su título, con lo cual desaparecería el derecho de posesión, tanto su contenido como su finalidad. La finalidad del derecho de posesión es proteger contra el despojo al que posee de hecho, sin obligarlo a probar que tiene derecho a ello; esto es, que es propietario, usufructuario, arrendatario, etc. Por este motivo no existe diferencia entre posesión de cosas y posesión de derechos. El derecho objetivo de posesión contiene dos elementos; el supuesto y la consecuencia. El primero es el hecho de poseer, y no la prueba de que se es propietario(poseedor de cosas), o usufructuario, arrendatario, etc. (poseedor de derechos). La consecuencia es el derecho subjetivo de posesión; la facultad de ser mantenido o restituído en la posesión de hecho sin necesidad de probar que se tiene derecho a ella y por el solo hecho de poseer. En consecuencia: la distinción entre posesión de cosas y posesión de dere-

67 152.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

chos es antijurídica; ya que dado el *fin* y el *contenido* del derecho objetivo de posesión, éste aparece como un objeto único que consiste, invariablemente, en proteger contra la desposesión al que posee cosas y no derechos. Por otro lado, no es posible poseer un derecho. Ihering dice que se posee un derecho cuando se ejercita; que se posee el derecho de propiedad cuando se ejercita tal derecho, y que se poseen los derechos sobre la cosa ajena también cuando se ejercitan tales derechos. Ya vimos que el derecho de posesión no puede consistir en el ejercicio de otros derechos; salvo que con tal afirmación queramos crear algo tan inofensivo como lo es un sinónimo y decir que derecho de posesión es igual a ejercicio de otros derechos. En este caso no existe *el derecho* de posesión, sino simplemente una frase, *derecho de posesión* como sinónimo de *ejercicio de derechos* que autorizan actividades que recaen sobre las cosas. Si pretendemos que no se trata simplemente de una duplicación verbal, de acuñar un simple sinónimo para *ejercicio de derechos,* sino de crear un nuevo derecho llamado *derecho de posesión,* entonces la duplicación de derechos es inútil, o bien cada uno de los derechos son contradictorios, según quedó comprobado.

Del análisis anterior resulta que el ejercicio efectivo de derechos que autorizan actividades que recaen sobre las cosas, independientemente de que se tengan tales derechos; esto es, el simple hecho de actuar sobre las cosas, como lo harían las personas autorizadas para hacerlo, es la realización del supuesto jurídico generador del derecho de posesión, mas no es jamás el derecho subjetivo de posesión ni su manifestación o ejercicio. La posesión de hecho es el supuesto jurídico para el nacimiento del derecho de posesión; pero el ejercicio de este derecho no es la posesión de hecho por dos motivos: a) porque el hecho es realización del supuesto jurídico no es manifestación o ejercicio del derecho engendrado por tal supuesto, y b) porque la conducta que es objeto del supuesto no es la misma que es objeto del derecho de posesión. El derecho subjetivo de posesión no tiene por contenido el hecho de poseer, ni es la posibilidad de hacerlo, sino que es, igual que todo derecho, exclusivamente la posibilidad normativa de ejercitar la conducta autorizada. Todo esto equivale a decir que uno es el objeto del supuesto, y otro el de la consecuencia jurídica llamada derecho de posesión. Lo único que es idéntico es el vocablo *posesión,* aplicado indistintamente al supuesto y al derecho. Otra vez tengo que insistir en que si decimos que el que posee de hecho tiene derecho de hacerlo, es igual a decir que el despojo da derecho al despojo, y que el titular de conducta sobre una cosa que no es poseedor no tiene derecho a la conducta facultada por el

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

derecho; todo lo cual es la consagración de una injusticia, del despojo, y además es un absurdo. El único caso en que el despojo puede dar derecho al despojo, es el de la prescripción; pero aquí el supuesto que engendra el derecho no es solamente el hecho de ejercitar un derecho que no se tiene, sino el transcurso del tiempo con todas sus implicaciones sociales y axiológicas. El *fin* de la prescripción es completamente distinto del de la posesión: ante la indiferencia del titular, objetivamente establecida por el ejercicio del derecho por el que no es titular, durante determinado tiempo, la ley otorga el derecho ejercitado por motivos de certidumbre y ante la indiferencia del titular. Lo que pasa con la teoría posesoria de Ihering, es que confunde el fin de la prescripción con el de la posesión, y el supuesto jurídico de la posesión con la consecuencia llamada derecho subjetivo de posesión.

La distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos, hecha por Ihering, es inútil y antijurídica según quedó comprobado, ya que el supuesto generador del derecho de posesión es siempre el hecho de poseer cosas y no derechos, y el derecho de posesión es siempre la facultad de ser mantenido o restituído en la posesión de hecho de cosas, y no de derechos. Cuando el poseedor es mantenido o restituído, lo es en relación con la cosa y no con el derecho. Podría objetarse mi afirmación conforme a la tesis de Ihering diciendo: que el supuesto generador del derecho de posesión tratándose de los derechos, es su ejercicio de hecho, y que el derecho nacido y protegido es la facultad de seguir ejercitando tales derechos. Pero basta con hacer el intento por descubrir la posesión de derechos, para cerciorarnos de que es necesario que ella se refiera o identifique con la posesión de cosas y jamás con la posesión de derechos, pues no es posible poseer siquiera el derecho de propiedad.

Hagamos el intento de poseer el derecho de expresión o de movimiento (derechos absolutos que no se refieren a actividades que recaen sobre las cosas). Conforme a Ihering diríamos que la posesión de estos derechos absolutos es su ejercicio. En el acto surge la duplicación verbal o bien la confusión entre lo real y lo ideal, o bien la contradicción o la duplicación inútil de derechos. Por otra lado, toda la teoría posesoria se funda en el supuesto de que se protege el hecho en contra de la desposesión, sin obligar al que lo realiza a probar que tal hecho le fué autorizado. Tratándose de los derechos absolutos que no se refieren a las cosas, tal supuesto es innecesario ya que *sabemos*, y por tanto no tenemos jamás que *suponer*, que el que se expresa o se mueve es porque tiene derecho de hacerlo.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Toda actividad propia de un sujeto, cuando tal actividad no recae sobre las cosas, es *a priori*, manifestación de un derecho absoluto de tal sujeto, excepto cuando invade derechos de tercero. Por tanto, no existe la posesión de derechos en relación con la conducta que no recae sobre las cosas. El hecho de ejercitar tales derechos no es supuesto jurídico para el nacimiento de ningún derecho, sino que es ejercicio o manifestación de tales derechos. A igual conclusión llegamos si analizamos los derechos de crédito que no se refieren a las cosas ajenas. Si alguien pretende ser acreedor sin serlo, si alguien ejercita un derecho de crédito sin ser titular, vemos que aparecen las siguientes consecuencias: si el deudor paga decimos que es muy tonto, supuesto que tendrá que pagar de nuevo al verdadero acreedor; ya que la conducta que prestó a un tercero sin derecho, al llamado poseedor de derechos, no la debía a tal sujeto sino al verdadero acreedor. Si, con toda razón, el deudor se rehusa a pagar al llamado poseedor y éste recurre al órgano jurisdiccional correspondiente, éste lo obligará a probar que es acreedor, y para nada tomará en cuenta su pretendido derecho de posesión de derechos. En resumen: sólo puede concebirse la posesión de derechos cuando ella se refiere a los derechos que autorizan actividades que recaen sobre las cosas. En este sentido, Ihering está perfectamente en lo justo cuando limita el concepto de posesión de derechos, a los derechos sobre la cosa ajena. Sin embargo, lo que él llama posesión de derechos es invariablemente posesión de cosas, según quedó comprobado. El derecho, objeto ideal, no puede poseerse; está más allá del espacio. Lo único que puede poseerse es una cosa. Cuando la conducta ejercitada sobre una cosa es —no posesión de derecho, imposible— sino *ejercicio* de derechos, tal conducta funge como supuesto jurídico para el nacimiento del derecho único de posesión, la facultad de ser mantenido o restituido en la posesión de hecho. En efecto, si una persona que no es propietaria, ni usufructuaria, ni arrendataria, ejercita de hecho tales derechos, lo único que está haciendo es realizar el supuesto jurídico generador del derecho de posesión; está poseyendo *la cosa* de hecho y por ello tiene derecho a ser protegido en contra del despojo *de la cosa*; pero jamás tiene derecho, como tal, a poseer la cosa. Para ser protegido no será necesario que pruebe que ejercita el derecho de propiedad, o derecho alguno que autorice actividades sobre la cosa ajena, sino simplemente que ejercita actividades que son lícitas en sí, iguales al ejercicio de *cualquier* derecho. Pero su derecho de posesión no será en un caso derecho de posesión de cosas y en otro derecho de posesión de derechos, sino que la posesión de hecho será siempre realización

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

del supuesto jurídico generador del derecho de posesión, y éste será invariablemente un objeto único: la protección contra el despojo. Si la protección de cosas del propietario presunto y la posesión de derechos sobre la cosa ajena fueran dos posesiones distintas, sería necesario probar: en el primer caso que se es propietario, y en el segundo que se tiene derecho a la cosa ajena. Sobre todo, si ambas posesiones fueran distintas tendrían supuestos distintos, y consecuencias también distintas. Hemos visto que el supuesto jurídico del derecho subjetivo de posesión, es siempre el mismo, la posesión de hecho y que tal derecho también es siempre el mismo: la protección contra el despojo de cosas. Por el contrario, la protección del ejercicio de hecho de cualquier otro derecho que no autoriza actividades sobre las cosas, no tiene que ver nada con el derecho de posesión; supuesto que tratándose de él se protege el ejercicio, porque hay la certidumbre de que existe el derecho, ya sea absoluto o relativo, según lo hemos visto.

Vuelve a confirmarse, que para Ihering son iguales el supuesto jurídico llamado posesión de hecho, y la autorización del hecho de poseer: "... la realidad, el goce, el ejercicio del derecho y la protección que la ley concede *a este estado de cosas*, encuentran su justificación en la circunstancia de que en la mayoría de los casos coinciden con el derecho." [68] Yo sostengo que *este estado de cosas,* el hecho de poseer, es el supuesto que genera el derecho de posesión; pero que tal derecho *no* consiste en la protección de este estado de cosas (posesión de hecho), sino en el derecho a no ser desposeído, en la protección contra el despojo.

"Si el estado de puro hecho fuera protegido como tal, debería serlo también allí donde no pudiera ser considerado como el ejercicio de un derecho." [69] Esta afirmación es correcta, pero Ihering no saca de ella las consecuencias necesarias que se derivan de la misma. Ihering sostiene que no toda actividad sobre las cosas es protegida, lo cual es cierto; pero no comprende *ninguna* actividad sobre las cosas es en sí protegida por el derecho de posesión. La actividad sobre las cosas que es igual al ejercicio de un derecho no es la conducta que aparece como contenido del derecho de posesión, sino que es la conducta que es necesario realizar para llegar a ser titular del derecho de posesión. Ihering confunde el supuesto de la posesión con el derecho de posesión; y lo que es más grave, confunde lo real con lo ideal, el hecho con el derecho. Aquí vuelve a confirmarse mi tesis de que es erróneo partir del derecho de propiedad en la teoría

68 152.

69 153.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

posesoria, y concebir al poseedor como un presunto propietario, ya que tal presunción jamás la necesita el poseedor jurídico, y jamás le sirve al propietario que no es poseedor, en contra del poseedor. Además, tal presunción obliga a Ihering a crear dos clases de posesiones; la de cosas, que aparece como posesión del propietario y la de derechos, posesión del que tiene derecho a la cosa ajena. Ihering no ha logrado un concepto unitario del derecho de posesión porque parte de una base falsa, de que el fin de tal derecho es la protección del derecho de propiedad, y de que el poseedor es un propietario presunto. Yo parto del dato indiscutible de que el derecho de posesión es el medio jurídico para proteger a las personas facultadas a actuar sobre las cosas, inclusive al propietario, sin necesidad de que prueben que tienen derecho de hacerlo.

CAPITULO XI

Transformación de la posesión en el desenvolvimiento del derecho moderno

Ante la falta de protección al tenedor interesado, derivada del derecho romano, el derecho moderno consuetudinario desenvuelve en forma insensible dos medios para lograrla: el *summarissimum* y la *actio spolii*. Ambos son concedidos aún al detentador. El primero supone una amenaza o perturbación en la posesión de un inmueble, y tiende al mantenimiento del estado de cosas existente. El segundo supone un despojo injusto de cualesquier cosa, mueble o inmueble y tiende a la destitución. Ihering ve en estos casos, una ruptura completa con la teoría romana.[70] Dicho autor se refiere al derecho prusiano para elogiar la protección que concede a todo individuo que en una relación de posesión derivada obtiene la cosa en su propio interés. Este derecho solamente conserva la noción de tenencia para cuando la cosa es entregada en vista del interés del *dominus possessionis*.

La segunda parte de este capítulo la dedica Ihering a la posesión de derechos, en el Derecho moderno. Aparece consagrada por el derecho canónico, que la aplica a todos los derechos regalianos, dignidades, funciones, beneficios y diezmos de la Iglesia. El ejemplo es seguido por los tribunales seculares. Su adopción se funda en la idea de que todo indi-

70 156.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

viduo que se encuentra en el goce pacífico de un derecho cualquiera, al cual corresponde un ejercicio prolongado, debe ser protegido provisionalmente cuando su goce le es disputado hasta probar que no existe su derecho. Así llegaron a ser objeto de cuasi-posesión la protección del esposo en relación con la validez del matrimonio, la del hijo en relación con la legitimidad, el derecho a los títulos de nobleza y aún el título de doctor. En este último ejemplo, cuando la autoridad prohibe seguir usando el título, el juez protege la cuasi-posesión hasta la decisión definitiva. Ihering opina que independientemente del nombre que se les dé a todos estos casos, siempre habrá posesión de cosas y posesión de derechos, en todos los casos en que la ley proteja un estado de hecho cuya legitimidad no esté por el momento demostrada. [71]

Conforme a mi teoría, los ejemplos de posesión de derechos citados por Ihering en este capítulo no tienen nada que ver con el derecho subjetivo de posesión. Para mí, no existe más que el derecho objetivo de posesión, cuyos elementos constitutivos son el supuesto y la consecuencia. El supuesto es la posesión de hecho *de una cosa*; la consecuencia o derecho subjetivo de posesión es la protección de tal hecho *contra el despojo*; ya sea que el sujeto que realizó el supuesto sea propietario, titular de un derecho sobre la cosa ajena o finalmente, un sujeto que no tenga ningún derecho; pero jamás es el facultamiento de tal hecho, sino la protección contra el despojo. La única excepción es la contenida en el artículo 793, que se refiere a la detentación subordinada. Naturalmente que, en la inmensa mayoría de los casos, el que posee de hecho es porque tiene derecho de hacerlo, por ser propietario o titular de un derecho sobre la cosa ajena, pues si en realidad sucediera todo lo contrario, en la inmensa mayoría de los casos, sería entonces necesario abolir el derecho de posesión, y proteger directamente, en contra de los poseedores de hecho, que serían despojantes en la hipótesis imaginada. Por tanto, el concepto de derecho de posesión aceptado por mí, incluye tanto la posesión de cosas como la llamada posesión de derechos sobre la cosa ajena, pues para mí sólo existe la posesión de cosas, y ésta es el supuesto jurídico que engendra el derecho de posesión, el cual es la protección contra el despojo de cosas. En consecuencia, yo no considero que los ejemplos dados por Ihering se refieran al derecho de posesión. Dichos casos, y la protección que la ley les concede, quedan incluídos en el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar sus derechos, principio que

71 158.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

obliga tanto a los particulares como al Estado. Esta norma (artículo 17 de la Constitución), nos sirve para proteger "provisionalmente un estado de hecho cuya legitimidad no está por el momento demostrada". [72] En México tenemos, además, la protección adicional derivada de la suspensión del acto reclamado y el amparo. En todos estos casos en que Ihering ve un caso de posesión de derechos, en que no se trata de proteger al poseedor de una cosa frente al despojo, y en que se trata de proteger en contra de la alteración de una situación de hecho, no necesitamos recurrir para nada al concepto de cuasi-posesión, o de posesión.

En resumen, la propia conducta de un sujeto, cuando no es ilícita o delictuosa en sí, está protegida sin necesidad de recurrir al concepto de posesión o de cuasi-posesión. La posesión, se funda siempre en la posibilidad de proteger frente al despojo, a la inmensa mayoría de los titulares de derechos que otorgan actividades sobre las cosas, sin necesidad de que prueben sus derechos. La protección de la propia conducta cuando no recae sobre las cosas, por el contrario, no está fundada en ninguna ley sociológica como lo está la posesión, sino en la certidumbre de que el que ejercita su propia conducta lícita es porque siempre tiene derecho de hacerlo, o bien en la norma que prescribe que nadie debe hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos. Respecto del derecho a la conducta ajena, la norma protege al que prueba tener derecho a ella.

Para poder criticar la obra de Ihering, me ví obligado a esbozar en este capítulo una nueva teoría sobre la posesión. No es aquí el lugar adecuado para elaborar mi teoría en forma definitiva. En el siguiente capítulo de mi ensayo mencionaré los principios jurídicos fundamentales que utilizaré en la formulación definitiva de mi teoría. Dichos principios me permitirán decidir si el derecho de posesión es un derecho real, o por el contrario un derecho de crédito. En dicho capítulo analizaré el concepto de *facultas exigendi* y la posibilidad de que el derecho de posesión sea una simple *facultas exigendi*, aunque tendré que reconocer la necesidad de que dicha facultad aparezca siempre asociada o fundida con el derecho a la propia conducta (*facultas agendi*), o con el derecho a la conducta ajena, o bien con un deber jurídico (obligación de prestar a otro la propia conducta). En el capítulo final aplicaré mi teoría a todos y cada uno de los artículos del Código, relativos al derecho de posesión, para verla plenamente confirmada por nuestro derecho positivo. En dicho capítulo, se

72 158.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

probará que a pesar de que nuestro Código se inspira en la teoría de Ihering, todos sus artículos, con excepción de 790 que establece el contenido del supuesto jurídico y el 793 que establece los casos de excepción, tienen por objeto evitar las contradicciones y ficciones derivadas de la doctrina de Ihering, o bien negar las consecuencias de la misma. En resumen: el Código civil acepta la doctrina de Ihering, al mismo tiempo que se dedica a rechazarla por contradictoria e inaplicable.

Finalmente, en el capítulo III haré una crítica definitiva del concepto de posesión de derechos, y formularé una nueva teoría de la prescripción, como complemento necesario para evitar contradicciones frente al derecho de posesión.

DR © 1950. Escuela Nacional de Jurisprudencia