

LA POSESIÓN

PRIMO PERSEGANI

LA LEY, 102-978

SUMARIO: 1. La posesión es una institución jurídica autónoma.— 2. Es el sector más arduo y difícil del derecho privado.— 3. Es un poder de hecho sobre la cosa.— 4. En el comercio actúa más la posesión que la propiedad.— 5. ¿Está la posesión en decadencia? — 6. La posesión es un hecho, no un derecho.— 7. La posesión no es la fortaleza avanzada de la propiedad.— 8. Donde no hay propiedad, no hay posesión.— 9. Pablo y la sabiduría jurídica posesoria en la materia.

¿Cómo? ¿Un libro más sobre la *posesión*, siendo así que su literatura es tan grande, que con ella podría formarse una voluminosa biblioteca? (1). Seguramente que no hay institución jurídica en la cual el genio del jurisconsulto de todos los tiempos haya tratado de penetrar en su génesis, naturaleza, carácter y fundamento de su amparo legal, sin conseguirlo: *adhuc disputant* proculeyanos y sabinianos en la materia. Y la ciencia jurídica brega y se esfuerza para hallar la solución al milenario problema.

Las teorías emitidas siguen ancladas en los tratados, códigos y legislaciones, sin que el tratadista se haya detenido ante el fenómeno posesorio a estudiarlo por sí y con esfuerzo, y no concretarse a lo dicho o escrito por sus predecesores; pues, el fenómeno posesorio actual es idéntico al que tenía que resolver el pretor romano diaria y eficientemente, por medio de los *interdictos* de propia creación. Lo que no hubiera sido posible sin un conocimiento real de su carácter y naturaleza; verdad que nos ha legado al decir que la *posesión* es: *res facti, non juris*; aserto afianzado con otra afirmación: *nihil commune habet pro prietas cum possessione*(2). Lo que establece la autonomía de una y otra institución jurídica, sin interdependencia de una y otra y, menos, en cuanto a la existencia de la segunda por la primera, como equivocadamente enseña Ihering (3).

El espartano, el ateniense, el germano al vivir en sociedad tenía el mismo problema posesorio que el romano, por tener que valerse de los

(1) Scimmalá, "Sistema Generale del Possesso nel Diritto Civile Moderno", Génova, 1894.

(2) Fr. 1, § 3, Dig. "De adq. vel amitt. possa", XLI, 2.

(3) R. Von Ihering, "Teoría de la Posesión", p 17, trad. Posada, Madrid, 1892.

bienes del mundo exterior para subsistir. Sin su *posesión* la vida sería imposible. Lo hará con derecho o sin él; pero lo hará. El aserto: *prius est esse, deinde philosophari*, lo confirma. La *posesión* no es cuestión de legalidad, sino de hecho. Y con esto penetramos en las entrañas del problema posesorio al tratar el origen, carácter y naturaleza jurídica de la *posesión*, que es el sector más arduo y difícil del derecho privado (4).

Nosotros consideramos que, doctrinaria, jurídica y científicamente hemos aportado al estudio de la *posesión* los elementos y fundamentos irrefutables, que hacen a su origen, carácter y naturaleza tan discutida y diferentemente resuelta por tratadistas, codificadores y legisladores, que siguieron o adoptaron la teoría posesoria preponderante de la época; sea la de Savigny primero, o la de Ihering posteriormente, pero, descartada ésta en su misma patria de origen; pues el código civil alemán y el suizo al admitir que la *posesión* es un poder de hecho sobre la cosa, independientemente de toda legalidad, están más cerca de Savigny que de Ihering (5).

Observe el investigador lo que pasa en la vida real, en la vida de relación, en el comercio, en las transacciones, en la movilización de las cosas muebles, sobre todo; que ello se hace en base a la *posesión*, pasando las cosas de unas personas a otras, independientemente de toda investigación de su legalidad. Es todo un cambio de señorío, de poder sobre las cosas que se entregan o se reciben. El banquero o el comerciante no inquieren al *tradens* si el dinero es de su propiedad, ni el *accipiens* al *tradens* (aunque sea joyero) si la cosa es de su propiedad. Ambos se conforman con la *posesión* del dinero o cosa que se transmiten *brevi manu*. Y casi siempre el cambio de *posesión* es conforme a derecho.

En los inmuebles, en cambio, se investiga el carácter de propietario del *tradens*; ya sea para la seguridad jurídica del *accipiens*, como también por la mayor facilidad de su justificación. Tal exigencia en lo comercial sería el estancamiento y ruina de los negocios, que requieren por

(4) Lafaille, "Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma" t. I, ps. 39 y sigs., "Diversas causas han contribuido a que la posesión sea uno de los sectores más arduos y complicados de nuestro derecho civil"; Nicolás Stolfi, "La Posesión y la Propiedad", p. 1, uno de los temas más atormentados y difíciles de la dogmática, es, sin duda, la —posesión—, Torino, 1926; Savigny, "Das Recht des Besitzes", p. 1, 6, Giessen, 1837; Warköning, "Themis", t. III, p. 149: "La —posesión— es considerada por todos los intérpretes como una de las más oscuras y de las más confusas de la legislación romana"; Wodon, "Traité Theorique et Practique de la Possession, et des Actions Possessoires". "La teoría de la —posesión— y de las acciones posesorias forma incontestablemente la parte más difícil, la más ardua del derecho civil moderno", ps. 6 y 7, Bruselas, 1877.

(5) Código civil alemán, art. 854. "Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben". Código civil suizo, art. 919, "Wer de tatsächlichen Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer".

naturaleza rapidez en la ejecución. Y si preguntamos a los autores de tales hechos qué es *posesión*, poquísimos, o casi ninguno, contestarán con acierto y verdad; por cuanto el mismo codificador, Freitas, a quien siguieron casi todos los autores y tratadistas nacionales, tampoco dan la real y verdadera noción de la posesión (6).

El error es de concepto y substancial. Y si a ello se agrega que en los tratados se ha sostenido y se viene sosteniendo que la *posesión* está en decadencia; que ella ha llenado su misión jurídica y que debe desaparecer de la legislación civil, para ingresar en el museo de las antigüedades jurídicas, bien se advierte el extravío jurídico en la materia; sobre todo, cuando, como Ihering y otros han dicho que la *posesión* es un juguete de caucho, que recibe la forma que se le quiera imprimir. Seguramente, que en toda la literatura jurídica no se ha emitido dislate más enorme para la institución jurídica, más importante de todo el derecho civil. Me valgo de las mismas palabras de Ihering al repudiar su injustificable aserto: "Los jurisconsultos romanos no tienen la culpa si no son comprendidos por los jurisconsultos modernos"(7). Siempre la luz irradiante de su doctrina y sabiduría posesoria brillará como la del Sol en la mente de los serios y profundos investigadores de la verdad, a pesar de lo que digan, por su cuenta, los teóricos con sus aportes meramente especulativos modernos.

El fenómeno posesorio está ante los ojos de todo observador; sea hombre de ley, de estudio, de comercio o de la calle, y de todo ser humano que viva en sociedad. Y de él se vale inevitablemente para subsistir. Lo que revela que la *posesión*, llena perfectamente su objetivo en la vida de relación; surgiendo los inconvenientes en los casos de abuso y violación al derecho y a la justicia. Es entonces cuando surge el problema posesorio en lo que hace a su origen, carácter y naturaleza, sin cuyo conocimiento real y verdadero será siempre imposible resolver en derecho la *quaestio juris* como en los casos judiciales (8).

(6) El art. 2351 del Cód. Civil encierra el "animus domini" de Savigny y e: art. 3709 del Esboço de Freitas, lo definido en la definición; y el siguiente 3710, dice: que el —poseedor— aunque no detenga materialmente la cosa y tenga la intención de poseer en nombre de otro, lo mismo será poseedor. Error y contradicción evidente.

(7) "Etudes Complementaires de L'Esprit du Droit Romain", III "Du role de la volonté dans la possession", trad. de O. de Meulenaere, p. 240, París, 1891.

(8) Ultimamente nuestros tribunales contra el principio: tantum prescriptum, quantum possessum y plus est in re quam in existimationes mentis y contra el art. 4016 del Cód. Civil, han desconocido el derecho adquirido del poseedor, invocando erróneamente la teoría de Savigny del "animus domini", porque el poseedor había manifestado en la absolución de posiciones que su intención nunca fue poseer lo que no le pertenecía. Pero de hecho poseyó 30 años. Ninguna hermenéutica posesoria puede desconocer el hecho de la posesión. Y ésta es un hecho, como sostenemos, irrefutablemente en nuestra obra de próxima publicación.

¿Qué es, pues, la posesión? La posesión es un hecho y no un derecho. Ihering, el codificador, Molitor y otros de igual teoría están en un error al sostener que es un derecho.

La *posesión* es actividad; es un acto de poder o señorío sobre una cosa subordinada a la voluntad del hombre y dependiente en un todo del mismo. Es una realidad visible, perceptible, que realiza el hombre en la vida diaria al apoderarse de las cosas necesarias a la vida, independiente de su legalidad. Lo que reconoce el mismo Ihering al decir que la *posesión* "es la utilización económica de las cosas"; imposible conseguirlo sin la actividad y hechos del hombre. La *posesión* encarna un hecho. Sin éste no hay *posesión*. Y como no puede ser un hecho y un derecho al mismo tiempo, como sostiene Savigny, por ser el uno excluyente del otro, de ahí que siendo un hecho no puede ser al mismo tiempo un derecho.

Además, se es *poseedor* con derecho o sin él. El ladrón, el predón, el usurpador son *poseedores*. Lo reconoce la misma ley en el art. 2364 del Cód. Civil al decir, que se puede obtener la *posesión* de cosas muebles por *hurto* y de inmuebles por la violencia o clandestinidad, lo que importa el delito de usurpación. En tales casos la *posesión* no solamente es viciosa, sino delictuosa, sancionada por la ley penal. Y tal *posesión* delictuosamente adquirida ¿puede ser un derecho? Los delitos no producen derechos, sino sanciones penales. Lo' dice el axioma jurídico; *impossibile est ut ex injuria jus oriatur*.

Agréguese que hay *posesión* viciosa, clandestina, de mala fe, ilegítima y delictuosa, como acabamos de ver, y se comprobará que ningún derecho puede ser vicioso, clandestino, de mala fe, ilegítimo, y menos aún delictuoso. Con lo cual queda palmaria, somática e irrefutablemente probado que la *posesión* no es un derecho, sino un hecho: *res facti, non juris*, como nos enseña la sabiduría romana. Las consecuencias jurídicas de tal hecho que importan el *jus possessionis* nada tienen que ver con el hecho productor y genético. La causa no se confunde con el efecto.

Ihering sustenta su teoría en un silogismo, al decir que: todo interés protegido por la ley es un derecho. La *posesión* está protegida por la ley; luego, la posesión es un derecho.

La ley no protege, ni ampara toda posesión; sino la legítima. La delictuosa no es amparada por la ley. Luego, la segunda premisa es falsa. Y de la falsedad no pueden surgir consecuencias verdaderas. ¡Y decir que ha hecho tanta escuela, admirada y sostenida por maestros y tratadistas, sancionada en códigos, siendo así que es casi toda errónea, como demostramos en el curso de nuestra obra! Será siempre cierto: *omne novum, pro magnifico*.

La *posesión* depende de la propiedad y donde no hay propiedad no puede haber posesión; según Ihering ¿es ella la fortaleza avanzada de la propiedad, según él mismo? No.

La *posesión* es una institución jurídica autónoma, que no depende de la propiedad, ni a ella debe su existencia. Es anterior a la misma y de hecho se encuentra separada, como lo confirman los juicios de reivindicación. Más aún; puede vencer a la misma propiedad, como sucede en la *usucapio*. Y lejos de ser la fortaleza avanzada de la propiedad para facilitar su prueba, es la gran opositora para el propietario, como vemos en los juicios posesorios, que desconoce al propietario el derecho de oponer la *exceptio domini* para probar su propiedad. Rechazado en el posesorio deberá valerse del petitorio para triunfar en su derecho dominial. La ley, pues, no ampara la *posesión* para defender mejor la propiedad, sino por privada y que los: *cives ne ad armas veniant*(9).

En el juicio posesorio surge evidentemente la autonomía de la *posesión* como institución jurídica independiente de la propiedad, al no admitirse en el mismo, sino lo que hace a los hechos materiales o jurídicos de la *posesión*. Nada de derechos a poseer; nada de 'títulos o pruebas de propiedad. La *posesión* es materia de hechos y no de derechos: *possideo quia possideo*, es la base fundamental del posesorio contra el cual se estrellan todos los derechos dominiales del propietario, si pretende valerse de éstos para triunfar (10).

Frente a frente *posesión* y propiedad, triunfará siempre la primera mientras la segunda no desvirtúe su carácter. El *poseedor* quedará firme en su fortaleza posesoria mientras el propietario no triunfe en el petitorio. Frente a un *poseedor* de nada le servirá el juicio posesorio. Luego éste no debe su origen al hecho de facilitar la prueba de la propiedad, como pretende Ihering. Lo que nos está demostrando, en forma bien resaltante, que la doctrina posesoria de Ihering tiene muchas fallas jurídicas, a pesar de su estilo brillante, claro y de gran envergadura doctrinaria debido a su formación literaria, filosófica y jurídica.

¿Puede haber posesión sin propiedad? Donde no hay propiedad no hay posesión.

Así lo afirma Ihering, pero, también erróneamente. En la *Historiade los Indo-europeos* admite que la posesión es anterior a la propiedad. Y si la *posesión* es un hecho necesario, indispensable su realización para la existencia del individuo, es evidente, que no depende de ninguna otra

(9) M. Wolf, "Derecho de Cosas", t. I, p. 85. "La protección posesoria es protección de la paz general".

(10) Código civil, art. 2468 y siguientes.

relación jurídica por cuanto puede subsistir por sí misma, abstracción hecha de la propiedad, y hasta de toda legalidad.

El comunismo no importa la supresión de la propiedad privada, como institución jurídica social. ¿Y si se le reconoce únicamente respecto de las cosas muebles de uso particular de los individuos, no es reducirla al papel de pobre cenicienta jurídica, casi sin gravitación en la vida de relación? ¿No queda aniquilada la propiedad desconocida en su eficacia y existencia? Sin embargo, la *posesión* existe dentro de tal sistema, tiene su aplicación jurídica y desempeña las funciones inherentes a su carácter. Luego puede haber posesión sin propiedad. La falla de Ihering salta a la vista.

Además hemos visto que la *posesión* es institución autónoma; no depende de la propiedad, intereses superiores, para impedir la justicia y por ende puede existir y subsistir con absoluta independencia de la misma.

Y ahondando más la afirmación del germano jurisconsulto no olvidemos que en el régimen inmobiliario feudal no se concebía a la *posesión* (*güewere*) separada de la propiedad o fundada en un derecho real y como ejercicio del mismo; resultando evidente la relación de dependencia y de existencia de una a la otra. Además en dicho sistema no existía la diferencia entre el *posesorio* y el *petitorio* al igual que en el período romano de las *legis actiones*. Al presente la afirmación Iheringiana es insostenible.

Y no pondremos punto final a este artículo sin reivindicar para el genio jurídico romano el mérito de Pablo de haber sublimado la *posesión* al establecer que los géneros, o causas jurídicas de la *institución* son los mismos que los de la propiedad, o sea que *hay tantos géneros de posesión como causas' de adquirir lo que no sea nuestro*, por ejemplo, a título de comprador, de donación, de legado, de dote, de heredero, de dación por noxa, de cosa suya; así como respecto a las cosas que aprehendemos en la tierra o en el mar, o de los enemigos, o las que nosotros mismos hicimos que existiesen; y en suma, hay más bien un solo género de poseer e infinitas especies (11). Lo mismo que dice Kant.

Con esto el genio jurídico romano ha prestado a la civilidad un aporte digno de su superioridad; ya que al requerir que toda *posesión* debe fundarse en una causa jurídica, establece el imperio de la legalidad en las relaciones civiles de la existencia humana. Con todo este gran mérito del jurisconsulto romano, Ihering el moderno, ha invehido contra el por

(11) Fr. 3, § 21, Dig. "De acquir. poss.," XLI, 2. "Genera possessionum tot sunt quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his quae terra marique, vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, facimus; et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae".

haber enseñado que el *corpus* y el *animus* son los elementos de la *posesión*; afirmación que hallamos en todo el derecho romano y hasta en los breves tratados modernos *ad usum scholarum*. La impropiedad de la invectiva es somática. Hay que justificar a los que han hecho bien a la humanidad, fundando su conducta en las normas sublimes de la más alta ética y sancionándolas con su propia sangre y la de su hijo el más grande de los jurisconsultos romanos: Papiniano al preferir la muerte antes que justificar el horrendo fratricidio imperial.

Con lo expuesto brevemente, a pesar de la magnitud del problema posesorio, esperamos haber evitado el escollo de la oscuridad que recuerda Horacio al decir: "Trabajo para ser breve y me hago oscuro". Pero lo que nos alienta en la publicación de la obra es que ella es el fruto de 20 años de estudio e investigación animado del único y sano propósito de hallar la verdad posesoria en medio del *maremagnum* de teorías y contradicciones, las que más de una vez nos recordó la afirmación de Cicerón: "que no hay error que no haya sido sostenido por algún filósofo".

Consideramos dejar demostrado y establecido en ella irrefragablemente que: a) la posesión es un hecho y no un derecho; b) que ella no está en decadencia; al contrario; es el *primum moyens* de la vida y subsistencia humana; c) que es una institución autónoma completamente independiente de la *propiedad*; d) que no es la fortaleza avanzada en la defensa de la propiedad, sino que, a veces, se levanta su émula y rival; e) que es anterior a la propiedad y su existencia no depende de la de ésta; f) que algunas teorías como las de Savigny y Ihering en las épocas de su preponderancia pasaron a los códigos, legislaciones y tratados; pero que el tiempo y el estudio y sería investigación las va reduciendo al justo límite de la verdad. Esperemos que toda la labor efectuada sea en beneficio de ésta.