

Y
ON

5

CIÓN G

SAVIGNI

POSSESIONE

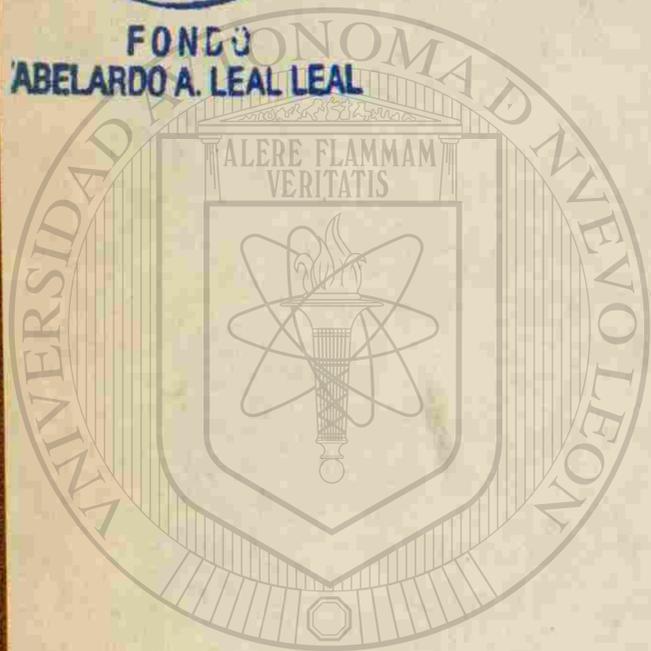
KM145

S2

C.1



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



DC. 647.

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

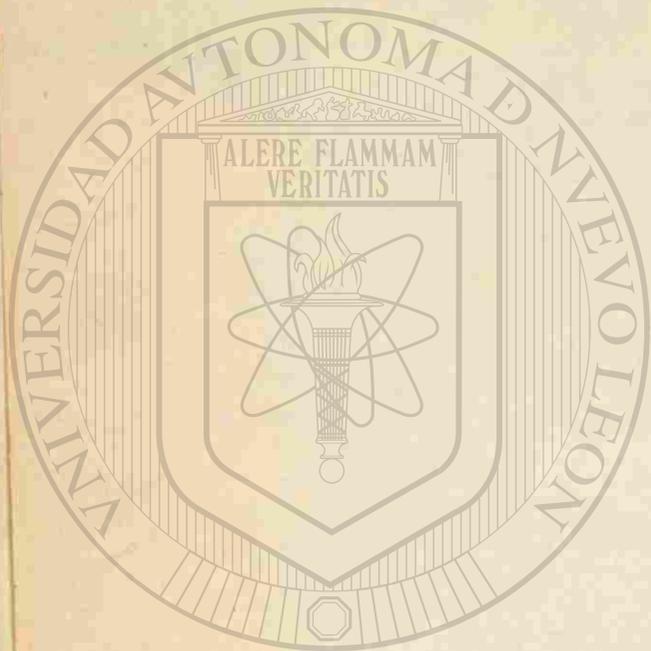
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





1080035828

DC.647

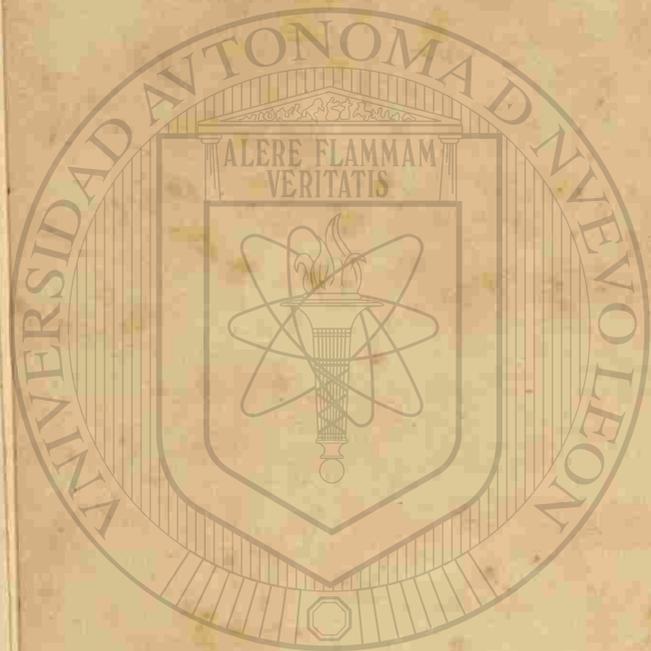


UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





TRATADO
DE LA POSESION,

SEGUN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ROMANO

POR

M. J. C. de Savigny,

Consejero intimo de justicia, profesor en la facultad de derecho de la
universidad e individuo de la academia de ciencias de Berlin.

U A N L



Comilla Alfonso
Biblioteca Universitaria

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MADRID.

IMPRESA DE LA SOCIEDAD LITERARIA Y TIPOGRAFICA,
CALLE DE LA MANZANA, NUM. 14.

1845.

74425



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

SECCION I.

NOCIONES SOBRE LA POSESION.

§. 1.º

DE LA DETENTACION.

CUANDO una serie de autores se ocupa en el examen de la misma materia, se forma muy luego una tradicion de observaciones generales, que el lector encuentra siempre en un mismo punto en las obras mas diversas entre sí.

Así se ha tomado ya la costumbre de hacer que á las observaciones sobre la posesion precedan lamentaciones sobre las dificultades poco comunes que ellos encuentran. Algunos juriscónsultos han creído tan graves estas dificultades, que ha venido á apoderarse de ellos una especie de desesperacion (1); pero la mayor parte no las ha manifestado sino por elogiar de antemano sus obras, que, según ellos, debían satisfacer á los lectores. Nosotros nos abstenemos de buena voluntad de esforzarnos en probar desde el principio de nuestro libro la dificultad de la tarea que hemos emprendido; pero nos será mas difícil dejar de recordarla al esponer los diferentes puntos que debemos examinar.

Todas las definiciones de la posesion, cualquiera que sea la diferencia que presenten en la espresion y en el fondo, tienen por base un punto común, sobre el cual debe fundarse toda ob-

(1) Entre los autores que aconsejan al lector que se valga de cualquier otro medio, antes que profundizar la materia, lo cual tienen por imposible, citaremos á Leycer (Sp. 451, med. 1—4) y Sibeth (Vom Besitz, p. 61), que se espresa de este modo: «Entre la multitud de dificultades y de verdaderas contradicciones que se encuentran en el derecho romano, sería imposible en semejante materia formar un juicio fundado en una plena conviccion. Se considerará por consiguiente, si alguno tiene en general, *derecho á la posesion*, etc.

servacion en esta materia. Todas reconocen en la posesion de una cosa aquel estado en el cual no solo es físicamente posible al poseedor ejercer su influencia en la cosa poseida, sino tambien impedir toda influencia estraña (1). Así es como el batelero posee su batel, pero no el agua sobre que navega, aunque se sirva de ambos para conseguir su objeto.

Este estado, que se llama la *detentacion* y que sirve de base à toda idea de posesion, no es de modo alguno en sí mismo objeto de la ley, ni su nocion es una nocion jurídica; pero inmediatamente se observa una relacion entre una y otra, que la hace objeto de la ley. En efecto, siendo la propiedad la posibilidad legal de disponer de una cosa à nuestra voluntad y con esclusion de la de cualquier otro, la *detentacion* constituye el ejercicio de la propiedad, y es el estado *natural* que corresponde al estado *legal*, la propiedad.

Si esta relacion jurídica de la posesion no estuviese acompañada de ninguna otra, podria reasumirse de la manera siguiente todo lo que en derecho se puede determinar sobre este punto: el propietario tiene el derecho de poseer; este mismo pertenece à aquel que tiene la posesion del propietario: ninguna otra persona tiene este derecho.

Pero el derecho romano establece con respecto à la posesion, lo mismo que con respecto à la propiedad, el modo de adquirirla y de perderla; segun el cual se la considera no solo como la consecuencia de un derecho, sino como la condicion de ciertos derechos. De aqui se sigue que en esta obra en que establecemos una teoria jurídica de la posesion, no se tratará más que de los derechos de la posesion (*Jus possessionis*), y de ningun modo del derecho de poseer (llamado por los jurisconsultos modernos *Jus possidendi*), que pertenece à la teoria de la propiedad (2).

La idea de la simple *detentacion* nos ha conducido à la de la *posesion* (jurídica) que es el objeto de este tratado. La primera seccion, base de todas nuestras investigaciones, tendrá por objeto determinar esta nocion formal y materialmente. La determinaremos *formalmente* esponiendo los derechos que supone la po-

(1) En las ediciones anteriores nos hemos espresado de diverso modo: hemos dicho: *sino que es tambien físicamente imposible à otro ejercer la suya*. Se nos ha objetado, y con justicia, que la violacion de la posesion no podia conciliarse con esta imposibilidad, y que aun concediéndola en el principio de la posesion, no podia sin embargo armonizarse con la continuacion de esta. Las palabras que hemos sustituido en la presente edicion nos parece que se hallan à cubierto de estas objeciones, porque si admitimos en la definicion la simple posibilidad de la defensa como caracter, la consecuencia queda indeterminada: esta posibilidad comprende tambien muchos grados que no podrian distinguirse con la espresion de que usamos anteriormente.

(2) Esta distincion es demasiado facil para que necesitemos detenernos por más tiempo à explicarla; Doneau la ha espuesto de una manera tan satisfactoria (Coml., lib. IX, cap. 9), que es inconcebible como muchos autores no se han aprovechado de ella.

sesion como condicion de su existencia, é indicando por consiguiente la significacion que tiene en jurisprudencia la nocion no jurídica de la *detentacion*, para que en esta significacion pueda considerarse como en cierto modo jurídica, como posesion. La determinaremos *materialmente* enumerando las condiciones que el derecho romano prescribe para la existencia de la posesion misma, es decir, las modificaciones positivas bajo las cuales debe ser considerada como posesion.

La determinacion formal de la idea, que es la única que da realidad à esta última en la ciencia del derecho, se divide en dos partes.

Primero investigaremos el lugar que debe asignarse en el sistema del derecho civil romano à la posesion, considerada como una relacion jurídica. Despues indicaremos los derechos que las leyes romanas reconocen como consecuencia de la posesion, y examinaremos al mismo tiempo los que indebidamente se han clasificado entre los derechos de la posesion. Con esto será fácil resolver las conocidas cuestiones de si debe mirarse la posesion como derecho, ó si debe considerársela como *jus in re*. Por lo demas, como el primero y mas sencillo modo de mostrar la posesion en la ciencia del derecho consiste en que el propietario tiene el derecho de poseer, aunque aqui consideramos la posesion independientemente de la propiedad, como la fuente de derechos particulares, puede espresarse esta primera cuestion de la manera siguiente: ¿En qué sentido se ha separado la posesion de la propiedad? Espresion que muchos autores han empleado (1).

En segundo lugar examinaremos de qué manera se distinguen por los términos las diversas relaciones en que se presenta la posesion en el derecho romano; veremos sobre todo lo que los jurisconsultos romanos entendian por *possessio* en general, *possessio naturalis* y *possessio civilis*. Esta investigacion terminológica confirmará los resultados de la precedente, y nos pondrá en el caso de dar una suficiente interpretacion, sobre la cual pueda basarse la espresion de todo lo que vá a seguir.

§. 2.

DE LOS DERECHOS DE LA POSESION.

No existen en todo el derecho romano mas que dos efectos que puedan atribuirse à la posesion considerada en sí misma independiente de toda propiedad: la *usucapion* y los *interdictos*.

La *usucapion* está fundada en la regla siguiente establecida por la ley de las Doce Tabas: «el que posee una cosa por espacio de uno ó dos años, llega à ser propietario de ella.» Aquí la posesion por sí sola é independientemente de todo derecho es la

(1) Por ejemplo, Cuperus, De nat. poss., pág. 1, cap. 2.

base de la propiedad misma. Verdad es que para producir este efecto, se necesita que la posesion haya empezado de cierta manera; mas á pesar de esto queda lo que es segun su naturaleza un simple hecho, sin otro derecho que el que este efecto le atribuye. La misma posesion que servia de base á la usucapion, era á la verdad considerada por medio de la accion publiciana (*actio publiciana*) como una relacion legal, particular; pero esta institucion, introducida en una época muy posterior á la usucapion, no podia ser causa de ella. Es, pues, la posesion misma independiente de toda otra relacion legal, la que produce la usucapion y por consiguiente la adquisicion de la propiedad. Despues vino á unirse á la usucapion como suplemento la prescripcion de largo tiempo (*longi temporis prescriptio*), es decir, una escepcion contra la accion de reivindicacion (*reivindicatio*), cuyas condiciones eran en gran parte las mismas que las de la usucapion, y en la cual la posesion era tratada de la misma manera; de suerte que ya en el antiguo derecho no es necesario considerar la posesion con respecto á la usucapion bajo otro punto de vista que con respecto á la prescripcion de largo tiempo. En todos estos casos Justiniano ha concedido una verdadera propiedad; no se puede hablar por consiguiente en derecho romano nuevo mas que de la usucapion, ya se exijan tres años, ó diez, ó veinte, ó treinta. Verdad es que no se dá en ninguna parte el nombre de usucapion á la prescripcion de treinta años; pero es muy conveniente darle tambien este nombre, porque como cualquiera otra, produce la propiedad. No existe tampoco otro titulo con que designarla, ni aun en el lenguaje de los juriconsultos que vivieron en tiempo de Justiniano.

El segundo efecto producido por la posesion es el derecho á los *interdictos*, los cuales están con la posesion en la relacion siguiente: no constituyendo la posesion por sí misma una razon legal, las alteraciones que experimenta no son la cesion de un derecho, ni pueden serlo sino cuando perjudican á otro derecho al mismo tiempo que á la posesion. Cuando las alteraciones de la posesion se hacen con violencia, constituyen la lesion de un derecho; porque todavía de hecho es injusta, y esta injusticia es la que el interdicto debe reparar.

Todos los interdictos posesorios tienen, pues, un punto comun, presuponen un acto, cuya forma sola es ya ilegal. En cuanto á los actos cometidos con violencia, y en cuanto á la primera y mas importante especie de estos actos no puede ocurrir ninguna duda; pero el derecho considera tambien bajo el mismo punto de vista los demas casos, en los cuales puede invocarse el derecho á interdictos posesorios. Así, por ejemplo, el interdicto de *precario* no está fundado ni en un convenio, ni en la circunstancia de que el demandante tenga mas derecho sobre la cosa que el demandado; sino que se funda únicamente en que es injusto en sí abusar de la buena voluntad de otro, de la misma

manera que hay injusticia en apoderarse de una cosa con violencia, sea ó no propietario de ella el que la tiene. Por esta razon tambien se hallan comprendidos bajo una misma disposicion los tres modos de adquirir injustamente la posesion (1) (*vitia possessionis*).

Por tanto, como los interdictos posesorios son producidos por actos injustos en su forma, se concibe tambien cómo la posesion puede llegar á ser origen de derechos sin ninguna consideracion hácia su propia legalidad. Cuando el propietario reivindica una cosa, importa poco el modo con que adquirió su posesion el que la detentaba, porque el propietario tiene el derecho de escluir á cualquier otro de la posesion. Lo mismo sucede con el interdicto destinado á proteger el acto de poner al propietario en posesion de la cosa (*missio in possessionem*) (2); este interdicto no es posesorio, porque el acto mismo no produce ninguna posesion (3); no dá mas que un derecho de retencion, que se hace valer de la misma manera que si se tratara de la propiedad. Por el contrario el que no tiene sino la posesion de una cosa, no tiene por esto derecho á la retencion, pero puede exigir de todos que no se ejerza ninguna violencia contra él; si alguno contraviene á esta prohibicion, y si hay violencia contra la posesion, el poseedor halla proteccion en los interdictos. La posesion es la condicion de estos interdictos; es, pues, en este caso como en el de la usucapion la condicion de los derechos en general.

Contra este modo de ver, la mayor parte de los autores consideran toda alteracion introducida en la posesion como legal material; de aquí el que la posesion misma no pueda considerarse sino como un derecho aparte, como una propiedad presuntiva (4), y las acciones posesorias son para ellos reivindicaciones provisionales. Este último punto, el lado práctico de esta opinion, será largamente refutado despues en el §. 36.

(1) Terencio In Eunuch., acto II, escena 3.ª, versos 27 y 28: «Hanc in mihi vel vi, vel clam, vel precario, fac tradas.» Lo mismo se encuentra en innumerables pasajes de las Pandectas.

(2) Nec exigitur ut vi fecerit qui prohibuit. L. 1, §. 3, D. ne vis fiat ei, qui in poss.

(3) Creditores missos in possessionem rei servandæ causa, interdicto uti possidetis uti non posse: et merito: quia non possident. Idemque et inceperis omnibus, qui custodia causa missi sunt in possessionem, dicendum est. L. 3, §. 8, D. uti possidetis. En la segunda seccion interpretaremos este pasaje en sus relaciones con los demas.

(4) Citaremos solamente aquí al último defensor de esta opinion, Hufeland, en su obra: Vom Besitz, p. 43—45. En la tercera edicion de nuestra obra procuramos buscar el verdadero sentido de esta manera de ver: Manifestaremos al fin del §. 6 por qué en la sexta edicion hemos abandonado esta investigacion.

§. 3.

CONTINUACION.

Segun lo que acabamos de establecer, la usucapion y los interdictos presuponen la posesion como condicion de su existencia, y necesitan determinar en derecho la posesion misma: asi este es un punto que nadie ha puesto en duda todavía. Pero nosotros creemos además que no hay otro derecho que pueda mirarse como efecto de la posesion, y en esta asercion tenemos por contrarios á todos los autores escepto uno ó dos.

En general esta opinion encuentra ya un apoyo en que los juriscultos romanos no tratan jamás de determinar la *existencia de la posesion* bajo ninguna otra relacion mas que las dos que acabamos de citar (1). Pero como hemos de esplicar despues esta base por medio de investigaciones terminológicas, nos contentaremos con refutar aquí los pretendidos efectos de la posesion. No intentamos pasar revista á los cuadros que muchos autores nos han trazado de las ventajas de la posesion (2), sino limitarnos á refutar aquellos, cuyo exámen puede hacer evitar graves errores ó presentar la naturaleza de la posesion bajo una nueva faz.

1. Hay dos casos en los cuales, segun el derecho romano de Justiniano, se adquiere siempre la propiedad con la posesion, de suerte que la usucapion no es ni posible ni necesaria: estos dos casos son el de la *usucapion* de una cosa que no tiene propietario, y el de la *tradicion* verificada por el propietario mismo. En ambos la causa verdadera de la propiedad reside en efecto en la adquisicion de la posesion (3), es decir, en lo que los juriscultos modernos llaman *modus acquirendi*; pero la posesion, en su cualidad de estado particular, no es de modo alguno el motivo del derecho adquirido, puesto que no comienza sino en el momento en que se adquiere la propiedad. Segun esto, no puede tratarse aquí de ningun derecho que pertenezca al poseedor como tal, y la parte de la teoria de la posesion, que se refiere á la aprehension, puede servir en materia de propiedad. Pero aunque no puede hallarse significacion propia y jurídica de la pose-

(1) Usamos de las palabras *existencia de la posesion* para designar una relacion continua; porque sucede frecuentemente que no se examina la adquisicion de la posesion sino á causa de la propiedad que de ella resulta. Determinaremos luego con mas pormenores esta relacion.

(2) Hay un comentador que debe citar hasta 72. (Car. Tapia, sobre el Auth. ingressi, C. de ss. ecel.) Pero ya en Frider (De mat. poss., c. 8 y 9) y en Cludius (Res quotid., c. 1.) la confusion es tal, que no deja ciertamente nada que desear. Podríamos tambien citar aquí todas las obras que llevan por título: *Beati possidentes* ó *De commodis possessionis*. Inútil es decir que estos cuadros repiten siempre la misma cosa bajo distintos nombres.

(3) Esto se llama: per possessionem dominium quæverere. L. 20, §. 2. D. de acqu. rerum dominio. §. 5, J. per quas personas.

sion, esta relacion es, sin embargo, de alta importancia en su teoria; porque siendo inseparables la adquisicion de la posesion y la adquisicion de la propiedad, en cuanto á la naturaleza del acto adquisitivo (1), podemos deducir de aquí esta regla de interpretacion, á saber, que todos los preceptos relativos á la ocupacion y á la tradicion, puesto que se refieren á la *forme del acto*, pueden aprovecharse como fuentes de la doctrina de la posesion, aunque tal vez no se haga mencion en ellos de la posesion misma: ya hemos usado esta regla en la enumeracion que hemos hecho de las causas de la posesion.

2. La *accion publiciana* se concede á toda posesion que puede servir de base á la usucapion (escepto la de 30 años; no hay, pues, que temer ningun error de práctica, cuando del mismo modo que en la usucapion se considera esta especie de propiedad como un efecto de la simple posesion. Pero como la accion publiciana se asemeja ya mucho en el antiguo derecho romano á la reivindicacion, y como todavía se le asemeja mas en el derecho nuevo, no se trata ya bajo este concepto tampoco de una simple posesion, sino que se forma una relacion semejante á la que existe, cuando la ocupacion y la tradicion hacen adquirir la verdadera propiedad al mismo tiempo que la posesion. De aquí se sigue que toda posesion apta para la usucapion puede ser considerada bajo dos puntos de vista: con relacion á la propiedad que por su duracion debe producir, es como simple posesion uno de los objetos de la ciencia del derecho (§. 2): con relacion á la accion publiciana que desde el principio vá unida á ella, equivale ya á la propiedad. Así considerándola bajo este último punto de vista la mayor parte de los juriscultos, la han tratado en todos tiempos no como posesion sino como propiedad.

3. El que posee la cosa de otro, de tal modo que la considere ó deba considerar por una de las razones de derecho (*bona fides* y *justa causa*) como su propiedad, adquiere solamente la propiedad de los frutos ó productos de esta cosa (*fructuum perceptio*). La mayor parte de los autores consideran esta accion como un derecho particular, y le cuentan entre las ventajas mas importantes de la simple posesion. Pero se puede probar que este derecho no es otra cosa mas que la propiedad publiciana puesta en relacion con la regla general de la accesion. Nos reservamos probar esto mas adelante (§. 22 a). En esta suposicion, todo lo que acabamos de establecer (num. 2) en cuanto á la accesion, se aplica á la percepcion de los frutos, y es una grande inconsecuencia escluirla de los efectos de la posesion, cuando entre ellos se clasifica la percepcion de los frutos.

4. En un pleito sobre la propiedad, el poseedor tiene la ven-

(1) Así es como debe interpretarse la L. 8, C. de poss. Per procuratorem utilitatis causa possessionem, et si proprietatis ab hac separari non possit (es decir, cuando se trata de una ocupacion ó de una tradicion valedera) dominium etiam quæri placet.

taja de que la prueba incumbe al adversario, el cual pierde el pleito, cuando no existe prueba ni por una parte ni por otra (1).

Este principio no constituye un derecho derivado de la posesion, y que podría presentarla bajo una nueva faz; contiene una verdad general aplicable á todo demandado (2). No es por consiguiente otra cosa mas que la prerogativa natural de este último aplicada al caso de la reivindicacion, en el cual ninguno mas que el poseedor puede ser demandado.

El interés práctico que distingue este caso de los precedentes, consiste en esto: si tal derecho fuese una consecuencia de la posesion jurídica, ninguna persona podría tenerle, aunque fuese detentador de una cosa, á menos que no se le reconociera como poseedor jurídico; por consecuencia el simple detentador no debería jamás ser demandado en un litigio relativo á la propiedad, porque en otro caso no podría negarsele el derecho que compete á todo demandado. Pero si este derecho no es una prerogativa de la posesion, debe también estenderse á la simple detentacion que no equivale á la posesion. Ahora bien: el derecho romano previene en términos espresos que la reivindicacion pueda intentarse, tenga ó no el demandado la cualidad de poseedor jurídico (3). Como no hay ninguna duda en que el demandante debe ser escludido de su demanda si no puede aducir su prueba, el derecho de que aquí se trata tiene lugar lo mismo en la simple detentacion que en la posesion; no constituye, pues, un derecho que dependa de la posesion considerada como una razon particular jurídica.

5. El poseedor tiene derecho para defender su posesion por la fuerza (4).

Este derecho no puede ser colocado al lado de los demas como consecuencia de la posesion, porque el principio sobre que reposa, no pertenece al derecho civil. En efecto, no siendo concebible en este caso la proteccion del juez, este principio, como principio de derecho, no puede tener mas que el sentido siguiente: el que ejerce violencia de esta manera, está libre de la pena que la ley impone contra toda via de hecho. Este principio está comprendido en parte en el dominio del derecho criminal á causa de la pena pública, y en parte en el derecho civil á causa de la pe-

(1) §. 4. J. *de interdictis*. Los juriconsultos modernos nos presentan por otra parte este derecho con las espresiones mas diferentes, cada una de las cuales le cuenta por una *beatitudo possessionis* particular. Por ejemplo: el poseedor está libre de prueba; tiene en su favor la presuncion de que es el propietario; en la duda se decide en su favor; no tiene necesidad de indicar la causa de su posesion, etc.

(2) *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. L. 21. D. de *probat.*

(3) L. 9. D. de *rey vind.*

(4) *Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatoe tutelae moderatione illatam vim propulsare licet*. L. 1, c. 1, *unde vi*.

na privada que lleva consigo la violencia; pero ni en el uno ni en el otro concepto puede ser considerado como una consecuencia de la posesion jurídica, pues que en general la legitima defensa de la simple detentacion es posible y permitida del mismo modo que la de la posesion jurídica. Verdad es que esta última opinion parece contradictoria con el pasaje citado del código: en él se concede la defensa legitima al poseedor, cuya posesion no ha empezado injustamente; la ley, pues, la niega á todos los demas, especialmente al simple detentador. Pero esta manera de interpretar, de que debe hacerse uso con la mayor circunspeccion, no puede casi nunca aplicarse á los *rescriptos* del código. Vamos á citar inmediatamente un caso, al cual puede referirse esta adiccion sin destruir nuestra regla indirectamente. El que ha sido espulsado de su posesion por la fuerza, puede también por la fuerza recobrarla inmediatamente despues, y se le considera como si jamás la hubiese perdido (1); si entonces el otro rechaza el ataque por la fuerza, no puede prevaleerse de la legitima defensa, porque en ningun concepto puede ser considerado como defensor. No podría, pues, oponerse la legitima defensa al que probase que su posesion habia comenzado de una manera justa. Y así es como las palabras *recte possidenti* tienen un sentido y una significacion, sin estar en contradiccion con nuestra regla.

Segun esto la legitima defensa no puede de modo alguno ser considerada sino como una prerogativa de la posesion.

6. El derecho de retencion (2). Una sola observacion basta para demostrar que este derecho no puede pertenecer á las consecuencias distintivas de la posesion: porque compete también á los que no tienen ninguna posesion jurídica. Este derecho en efecto no es otra cosa mas que una *excepcion de dolo*, que no difiere de otras aplicaciones de la excepcion de dolo sino por un objeto y accidentalmente.

§. 4.

CONTINUACION.

Acabamos de probar que la posesion considerada como una relacion jurídica se refiere únicamente á la usucapion y á los interdictos: nuestra opinion en este punto se encuentra confirmada por la conformidad que se observa entre los legisladores y los juriconsultos romanos cuando tratan de la posesion.

1. En las *Instituciones* (3) se ha colocado la posesion en medio de los interdictos posesorios, porque el derecho de invocar es-

(1) L. 17. D. de *vi*.

(2) Thibaut, *Pandekten*, 5.ª el §. 311 Hufeland, *Vom Besitz*, p. 34.

(3) L. IV, tit. 15.

tos interdictos no puede estar basado sino sobre la posesion. En la usucapion (1) se la supone provisionalmente conocida.

2. En las *Pandectas* el libro XXI todo entero trata de la adquisicion de la propiedad: el título 1.º habla de los modos naturales de adquisicion; el título 3.º y los siguientes tratan de la usucapion. La posesion tiene su lugar de el título 2.º, sin duda para servir de transicion a la usucapion cuya base constituye, y que no puede entenderse bien sin un conocimiento exacto de la posesion. Los interdictos vienen despues, y esto se concibe sin dificultad, porque en su explicacion no se trata de la posesion.

Esta manera de explicar el orden seguido en el Digesto es tan natural, que la han adoptado en todos tiempos la mayor parte de los juriconsultos (2). Otros sin embargo admiten un sistema contrario y pretenden que toda la materia de la propiedad no se ha unido a la de la posesion sino por casualidad, y que esta última no ocupa su lugar mas que para servir de introduccion a la materia de los interdictos (3) ó a la ejecucion (4).

3. En el *Código* la posesion se halla intercalada con la usucapion (5) y la prescripcion de largo tiempo (6), sin duda porque es la condicion de la existencia de ambas. Hay autores que pretenden que aquí existe tambien una relacion mas lejana con la ejecucion (7).

Las *Basilicas* (8) no hacen generalmente mas que seguir el orden de títulos de las *Pandectas* intercalando con ellos los títulos del *Código*. Es digno de notar sin embargo que los interdictos posesorios (9) estan colocados inmediatamente despues de la usucapion y antes del título *pro emptore* (10).

4. *Paulo* (11) no enseña la posesion sino como condicion de la usucapion. Pero como en todo el título que lleva este último epigrafe se habla de la posesion y de la prescripcion de largo tiempo sin nombrar la usucapion, es muy probable que los autores de la compilacion gótica hayan hecho en ella grandes cambios (12).

5. No citamos el *Edicto* sino en último lugar aunque sea la mas antigua de todas las fuentes que acabamos de nombrar, por-

(1) Inst. L. II, tit. 6.

(2) Duarein, *Com.* sobre el título *de acqui. vel amitt. poss. pram. p.* m. 823.

(3) Cujas en sus *Paratit.* sobre el *Dig.* lib. XXI, tit. 2.

(4) Van Giphén *æconomia juris*, p. 162, y *lectur. Altorphiana*, p. 394.

(5) Lib. VII, tit. 26—31.

(6) Lib. VII, tit. 33—38.

(7) Van Giphén, *æcon. juris*, p. 162.

(8) Lib. X, tit. 2, en *Mermann, Thes.*, t. V, p. 42—50. No se halla sin embargo aquí mas que una parte de los interdictos posesorios; la otra se encuentra en los libros LVIII y LX.

(9) *Meermann, Thes.*, t. V, p. 57.

(10) *Id.*, p. 58.

(11) *Recept. sententiæ*, lib. V, tit. 2, *De usucapione*.

(12) *Schutting*, sobre el epigrafe del título citado.

que son muy escasos nuestros conocimientos sobre el orden con que está redactado. Cada uno de sus comentadores trata de la posesion en un lugar diferente. En el comentario de Ulpiano los interdictos van unidos a la posesion y la usucapion se encuentra mucho despues: lo contrario sucede precisamente en el comentario de Paulo. El cuadro siguiente dará una idea de esta divergencia:

	POSESION.	INTERDICTOS.	USUCAPION.
ULPIANO sobre el Edicto.			
Lib. XI....	"	"	Lib. 6, <i>de usurp.</i>
Lib. XII....	"	"	Lib. 1, <i>pro derelicto.</i>
Lib. XV....	"	"	Lib. 1, <i>pro suo.</i>
Lib. XVI....	"	"	Lib. 10, <i>de usurp.</i>
Lib. XIX....	Lib. 10, <i>de poss.</i>	Lib. 3, <i>de interd.</i>	"
"	"	Bib. 1, 3, <i>de vi...</i>	"
"	"	Lib. 1, 3, <i>uti poss.</i>	"
Lib. LXX.	Lib. 2, <i>de poss.</i>	Lib. 4, <i>uti poss....</i>	"
"	Lib. 6, <i>de poss.</i>	Lib. 1, <i>de superfic.</i>	"
"	Lib. 12, <i>de poss.</i>	Lib. 1, 3, <i>de itin.</i>	"
"	"	Lib. 1, <i>de aq. quot.</i>	"
"	"	Lib. 1, 3, <i>de rivis.</i>	"
"	"	Lib. 1, <i>de fonte...</i>	"
Lib. LXXI..	"	Lib. 1, <i>de cloac....</i>	"
"	"	Lib. 2, 4, 6, 8, <i>de prec.</i>	"
Lib. LXXII.	Lib. 13, <i>de poss.</i>	Lib. 1, <i>utrubi.....</i>	"
Lib. LXXIII	Lib. 16, <i>de poss.</i>	"	"
PAULO sobre el Edicto.			
Lib. LIV....	Lib. 1, <i>de poss.</i>	"	Lib. 2, 4, <i>de usurp.</i>
"	Lib. 3, <i>de poss.</i>	"	Lib. 2, <i>pro empt.</i>
"	Lib. 7, <i>de poss.</i>	"	Lib. 1, <i>pro don.</i>
"	"	"	Lib. 2, <i>pro derel.</i>
"	"	"	Lib. 2, 4, <i>pro leg.</i>
"	"	"	Lib. 2, <i>pro dote.</i>
"	"	"	Lib. 2, <i>pro suo.</i>
Lib. LXV....	"	Lib. 2, 9, <i>de vi...</i>	"
"	"	Lib. 2, <i>uti poss....</i>	"
"	"	Lib. 2, 6, <i>de itin.</i>	"
Lib. LXVI..	"	Lib. 2, <i>de rivis....</i>	"
"	"	Lib. 4, <i>de interd.</i>	"
Lib. LXVII.	"	Lib. 6, 16, <i>quod vi.</i>	"

Esta divergencia por sí sola haria ya muy probable la opinion de que la posesion no ha sido impuesta en el edicto, y que por esto los comentadores, que para ofrecer un cuerpo de doctrina

completo no podían pasarla en silencio, la han intercalado cada uno en el sitio que mejor le ha parecido. Pero prescindiendo de todo esto, el orden de materias enteramente práctico del edicto, en el cual todo se unía á los medios de derecho, no permite admitir que se haya podido insertar en él una esposicion de la noción, de la adquisicion y de la pérdida de la posesion; por el contrario todo induce á creer que reglas de esta especie estaban abandonadas sin escepcion á la teoría del derecho, y así se explica como los comentadores del edicto han intercalado la materia de la posesion segun sus ideas particulares (1).

Es todavía mucho mas fácil de demostrar que los derechos que no hemos reconocido como efecto de la posesion (§. 3) no tienen tampoco ninguna ligazon con ella en las fuentes del derecho romano.

La *ocupacion* y la *tradicion* se hallan en todas las fuentes del derecho romano entre los casos en los cuales se adquiere la propiedad independientemente del derecho civil.

La *accion publiciana* se halla tratada en las instituciones (2) entre las acciones pretorias en general y en el digesto (3) se la encuentra al lado de la reivindicacion.

La *percepcion de frutos* está tratada en la propiedad como modo natural de adquirir, y en las instituciones (4) sigue inmediatamente á la accesion.

La *exerccion de la prueba* se presenta á la verdad en las instituciones como una ventaja de la posesion, *commodum possessionis* (5), pero está explicada mas bien para demostrar el uso frecuente y la importancia del interdicto *retinendæ possessionis* que para completar el sistema de la posesion (6).

El *derecho de legitima defensa* no está presentado, y con razon, como una institucion jurídica independiente para la cual deba buscarse un lugar especial en el sistema del derecho privado, sino que se trata de ella solo por casualidad en una materia que le es enteramente estraña.

En fin el *derecho de retencion* no ocupa sitio particular.

§. 5.

LA POSESIÓN ES AL MISMO TIEMPO UN DERECHO Y UN HECHO.

Hemos determinado la significacion que tiene la posesion en derecho romano: toda posesion se refiere á la usucapiom ó á los

(1) La primera de estas observaciones ha sido ya comunicada hace mucho tiempo por Heise; la segunda es debida á Hugo (Gatt. Anz. 1818, p. 1558) y ha sido producida por la primera vez en nuestra cuarta edicion.

(2) Lib. IV, tit. 16.

(3) Lib. VI, tit. 2.

(4) §. 35, J. de rerum divisione.

(5) §. 4, J. de interdictis.

(6) No se trata de la posesion sino en el párrafo siguiente.

interdictos y todos los principios de derecho relativos á la posesion considerada como en algun modo jurídica, no tienen mas objeto que determinar la posibilidad de la usucapiom ó de los interdictos.

No nos será difícil ahora resolver dos cuestiones sobre las cuales han estado mucho tiempo divididos los pareceres: la *primera* es, saber si debe atribuirse á la posesion el carácter de derecho ó de hecho: la *segunda* es determinar á qué clase de derechos pertenece si efectivamente lo es.

En cuanto á la primera no se negará que la posesion en sí misma y segun su naturaleza primitiva no es mas que un hecho: es igualmente indudable que produce ciertos efectos legales (1). Es, pues, al mismo tiempo hecho y derecho, y este doble carácter es de grande importancia para el desenvolvimiento de la teoría.

No siendo la posesion primitivamente mas que un hecho, su existencia es independiente de todas las reglas que el derecho civil y aun el *jus gentium* han establecido relativamente á la adquisicion y á la pérdida de los derechos (2). Así es como la violencia puede hacer adquirir o perder la posesion aunque nada constituya menos que un acto jurídico; del mismo modo la nulidad de un acto jurídico, por ejemplo, la de una donacion considerable á consecuencia de falta de insinuacion, no impide de modo alguno que se transmita la posesion. Por esto tambien es por lo que segun su naturaleza primitiva no es posible una transmision propiamente dicha de la posesion; es decir, que ningun poseedor

(1) Por estas consecuencias legales espuestas hasta ahora, es por lo que el *Jus possessionis* que habia sido supuesto provisionalmente como objeto de nuestras investigaciones, recibe ya una significacion exacta. Esta expresion se encuentra tambien en muchos pasajes.

L. 43, pr. D. de poss.—L. 2, §. 38, D. ne quid in loco publico.—L. 5, §. 1, D. ad, L. Jul., de vi publi., L. 5, c. de lib. causa.

Los términos *possessionis dominium* y *dominus*, en que muchos autores han visto un derecho de una especie particular, no tienen la misma significacion. Los leemos en los pasajes siguientes:

L. 7, D. de incendio.—Cons. 1, cod. Gregor. III, 4.—L. 2, 6, Just. ubi in rem altio (III, 19).—Cons. 2, cod. Teodos. VIII, 18.

En los tres primeros de estos pasajes, *possessio* designa una herencia á un terreno, y *dominus possessionis*, el dueño del terreno. En el pasaje sacado del código de Teodosio este término tiene un sentido mucho menos determinado; comprende la detentacion y el goce de la posesion despojados de la propiedad, y por consiguiente del derecho de enagenacion; no significan, pues, propiamente mas que el usufructo, y no espresan la verdadera posesion. Por otra parte una constitucion posterior habla del *jus possessionis*, en lugar del *jus possidendi*; esta es la L. 10, C. de poss.

(2) Tal es el sentido de los pasajes siguientes: «Otilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctori tate possidere incipere posse pupillum ajunt eam enim rem facti non juris esse.» L. 1, §. 3, D. de poss.—«..... possessio autem plurimum facti habet.» L. 19, D. ex quibus causis majores.—«..... quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet.... adquirimus.» L. 53, D. de a. r. domino. Aqui la adquisicion de la posesion no se opone generalmente á toda adquisicion jurídica, sino solo á la del derecho civil, porque esta antitesis bastaba para alcanzar el objeto del pasaje entero.

puede en calidad de tal ser considerado como sucesor del poseedor precedente y que por el contrario adquiere una posesion enteramente nueva, independiente de la que le ha precedido (1).

Pero esta regla tiene escepciones. Hay casos en los cuales es necesario ya conceder los derechos de la posesion donde el hecho no existe, ya negarlos donde existen (2). Todos estos casos se diferencian de los demas que pueden presentarse en que no es el efecto el que cambia la posesion en relacion juridica, sino la posesion misma la que como condicion de este efecto está en ellos juridicamente determinada (3). Es á la verdad muy necesario conocer estas modificaciones de la idea primitiva de la posesion; es decir, que debe saberse en general en qué casos existe la posesion y en qué casos no: y no es difícil reconocer estas modificaciones que se salen de la regla general y distinguirlas de los casos comprendidos en esta regla cuando se ha entendido bien la naturaleza primitiva de la posesion; pero semejante investigacion no excita ningun interés práctico. Cuperus (4) es el que ha introducido el método bastante incomodo de enumerarlas en una larga serie, en la cual cuenta hasta setenta y tres. Semejante catálogo puede muy bien servir para una ojeada sobre la materia cuando con otros estudios se ha adquirido ya el conocimiento de ella; pero no vale gran cosa para iniciar al discípulo en este ramo importante. En nuestro tratado intercalaremos cada una de estas modificaciones en el lugar que le convenga, es decir, donde establezcamos la regla de que constituya escepcion. Se ilustrará mejor el doble carácter de la posesion con la aplicacion siguiente. Nadie puede comprar su propia cosa; es decir, que el contrato de venta es nu-

(1) Este principio que no deja de tener sus consecuencias, le enseña tambien Duarein en su obra sobre la L. 1, de poss., p. m. 838, 839. Por esta tésis debe comprenderse tambien una controversia de Bulgaro y de Martino. Rogiero, de dissension. dominorum, n.º 73 (ed. Haubold, Leips. 1821, en 8.º). «Differunt in eo anguis a me possidere valeat salva materia possessionis.»

(2) Nuestros juriconsultos llaman á la posesion, que se supone así por consecuencia de un principio de derecho positivo, aunque no exista la detentacion natural, *possessio ficta, impropria, interpretativa*. Alverico es probablemente el primero que ha usado de estas expresiones. Azon summa in codicem, tit. de poss., núm. 15.

(3) «..... plurimum ex jure possessio mutatur.» L. 49, pr. D. de poss.—«possessio non tantum corporis, sed et juris est.» L. 49, §. 1, D. de poss. Es preciso, pues, no confundir estos pasajes con los citados mas arriba, y que hablan del *jus possessionis*, aunque á este mismo se refiere la naturaleza juridica que la posesion recibe.—Zachariae (de poss., p. 13) interpreta las palabras ex jure con estas: e servitute, ex usufructu. Pero *possessio ex usufructu aliquid mutuatur*, significa la posesion, toma una regla del usufructo, es decir, que una regla destinada únicamente al usufructo se aplica á la posesion. Segun esto, el razonamiento de Papiniano debería ser este: el esclavo, de quien yo tengo el usufructo, puede adquirir un usufructo para mí; ahora bien, la posesion se arregla con frecuencia por el usufructo; luego este esclavo puede adquirir tambien la posesion para mí. Pero lo cierto es que Papiniano no ha hecho semejante razonamiento.

(4) Denat. possessionis, p. 1, c. 6.

lo en semejante caso (1). Lo mismo sucede con el arrendamiento, *precarium*, depósito y comodato (2). Hay sin embargo una escepcion de esta regla, y es cuando el propietario consiente en este contrato con respecto á la posesion de la otra parte contratante. Así es que en este caso la *emptio possessionis* (3), la *conductio possessionis* (4), el *precarium possessionis* (5) y por analogia el *possessionis de posetum y comodatum* son válidos. Pero no deben entenderse estas expresiones en el sentido de que estos actos verificarían la trasmision de la posesion juridica; porque el *emptor possessionis* no adquiere de ningun modo la posesion sin la aprehension, y esta última le haria tambien adquirir la posesion sin ninguna contra. El *conductor possessionis* tampoco adquiere nunca la posesion lo mismo que el comodatario. En fin, el *precarium* y el *depositum* se rijen en este caso unas veces por la venta y otras por el arrendamiento.—Estas expresiones no tienen otra significacion sino que en consideracion á la posesion que tenia el vendedor, etc., y que constituye una relacion juridica admitida en derecho positivo, no se puede negar la validez de estos contratos, que sin esta circunstancia no serian válidos por falta de objeto juridicamente existente.—Pero todo esto está ligado de la manera mas íntima con la doble naturaleza de la posesion que hemos explicado mas arriba. La posesion es un hecho en tanto que no se funda sino en una relacion puramente de hecho, no juridica (la detentacion), y por esto en tales casos la venta y el arrendamiento no tienen la menor influencia en la adquisicion de la posesion. La posesion es un derecho cuando hay derechos combinados con la sola existencia de esta relacion puramente de hecho, y por esto considerándola como objeto de la venta y de otros contratos, estos obligan y son tan válidos como si tuvieran por objeto la propiedad.

Así la posesion es al mismo tiempo hecho y derecho. Seria tan inútil como poco instructivo reproducir todas las discusiones que se han suscitado entre los autores con motivo de esta cuestion. Cuperus (6) ha espuesto esta materia de una manera clara y precisa, y despues de sus esplicaciones ninguna duda se ha manifestado sobre este punto (7).

(1) L. 21, D. De usurp.

(2) L. 21, D. de usurp.—L. 4, §. 3, De de precaria.—L. 15, D. de possiti.

(3) L. 34, §. 4, D. de contrah. emt.—L. 28, D. de poss.

(4) L. 28, 37, D. de poss.—L. 35, §. 1; L. 37, D. de pign. act.

(5) L. 28, D. de poss.—L. 6, §. 4; L. 22, D. pr. de precario.—L. 35, §. 1, D. de pign. act.

(6) Denat. poss., p. 1, c. 5.

(7) Zachariae (p. 11) trata otra vez de esta cuestion, pero nada añade de nuevo.

§. 6.

CLASIFICACION DEL DERECHO DE POSESION.

Hemos preguntado en segundo lugar: ¿á qué clase de derechos pertenece la posesion?

A no considerar la posesion sino en tanto que hace posible la usucapion, esta cuestion es inconcebible. Nadie se acuerda de preguntar á qué especie de derecho pertenece la *justa causa* sin la cual la tradicion no puede transferir la propiedad. No tiene el carácter de ningun derecho, pero forma una parte del acto que dá causa á la propiedad. Lo mismo exactamente sucede con la posesion en sus relaciones con la usucapion.

Segun esto, solo nos falta examinar como objeto de nuestra cuestion la posesion que dá derecho á los interdictos. Esta cuestion puede ser resuelta completamente sin entrar en detalles sobre la clasificacion de toda la materia del derecho civil, lo cual interrumpiria el curso de nuestras investigaciones. Probaremos que la posesion pertenece al *derecho de las obligaciones* cuya definicion suponemos exactamente establecida en derecho romano: así pues, el que divide la totalidad de los derechos de una persona en derecho de cosas y en derecho de obligaciones, se vé precisado á separar la posesion del derecho de las cosas: el que rechaza esta division, debe sin embargo asignar al derecho de obligaciones un lugar particular que determine al mismo tiempo la posesion.

El derecho de los interdictos posesorios pertenece á las obligaciones por la sola razon de que generalmente todos los interdictos forman parte de ellas (1). Pero trataremos de demostrar especialmente que estos se fundan sobre las obligaciones *ex maleficiis*. En cuanto al interdicto *unde vi* no puede suscitarse ninguna duda sobre este punto (2). El interdicto *uti possidetis* no so-

(1) L. 1, §. 3, D. de interdictis «interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.» Las palabras *licet in rem videantur concepta* deben traducirse así: «cum sin exceptuar aquellas que, etc.»; porque no se refieren á todos los interdictos ni á los interdictos posesorios, sino solamente á algunos, por ejemplo, al interdicto *quorum bonorum*. Fernbach, *Civilistische Ver suchs* (Ensayos sobre el derecho civil), 1.ª parte, p. 249, cree que se refieren estas palabras á todos los interdictos en general, y las comprende por consiguiente sin razon entre las *in rem actiones* en el sentido lato de la expresion. Hasse, *Rhein. Mus.* VI, p. 196, 197, explica muy bien la naturaleza personal de todos los interdictos; mas parece que comprendió mal, p. 198, la frase accidental: *licet in rem videantur concepta*.—Cpr. y Ballhorn, *Veber dominium*, p. 160. (Adicion á la sexta edicion.)

(2) En la L. 19, D. de vi se trata de *delictum*: en la L. 1, §. 14, D. eod., se habla de *maleficium*, y en la L. 1, §. 15, eod., de una *actio noxalis*. Además este interdicto no será contra el heredero sino *in id quod pervenit*, expresion enunciada precisamente como consecuencia de la regla mas general de todas las obligaciones que nacen por efecto de un delito, L. 3, pr. D. de

lamente se encuentra mencionado en todas partes en la misma línea que el interdicto *de vi*, sino que, como este último, tampoco se dá mas que en el primer año (1) y no se concede pura y simplemente contra el heredero (2), circunstancia conforme á la regla general que restringe las obligaciones del heredero por todas las acciones que nacen de un delito (3). Los demas interdictos se asemejan todos al *uti possidetis*, á escepcion del *de precario*, por el cual la obligacion del heredero está sin embargo sometida á las mismas restricciones que en toda obligacion *ex maleficio* (4).

Pero si los interdictos posesorios tienen por base obligaciones *ex maleficiis*, ¿por qué el derecho romano no trata de ellos al mismo tiempo que de estas últimas (5)? La única razon de esto es que la clasificacion de los romanos se funda en motivos concernientes al procedimiento. No ponen bajo el epigrafe de *obligationes* mas que aquellas que producen una accion propiamente dicha (6). Así los interdictos no han sido separados de estas obligaciones sino porque daban lugar á un procedimiento particular: si en el edicto se hubiesen dado acciones en todos estos casos, no hay duda que habrian sido clasificadas entre las acciones *ex maleficiis*, si bien su naturaleza no hubiera cambiado en nada por efecto de esta mala clasificacion. Ahora bien, como nuestro procedimiento no reconoce ni las acciones ni los interdictos de los romanos, y como ya no existe la importancia de su separacion, no hay duda en que debemos colocar los interdictos posesorios entre las obligaciones que nacen de delito, segun la manera de ver de los mismos juriconsultos romanos.

Así el derecho de los interdictos posesorios pertenece al derecho de las obligaciones y no se ocupa de la posesion sino en tanto que comprende la existencia de los interdictos. El derecho de posesion (*ius possessionis*), es decir, el derecho que nos dá la posesion por si misma, consiste pues únicamente en que el poseedor pueda recurrir á los interdictos tan pronto como se

vi. En fin, en la escepcion *pacti* está tambien combinado con otros delitos. L. 27, §. 4, D. de pactis.—Cpr. mas adelante en el §. 40.

(1) «...intra annum.» L. 1, pr. D. uti poss.

(2) «...Honoraria autem actiones (aquí se comprenden tambien los interdictos) quæ post annum non dantur, nec in herem danda sunt: ut tamen luerum ei extorquetur, sicut fit in... interdicto unde vi, etc.» L. 35, pr. D. de oblig. et act.

(3) L. 38, 44, D. de R. J.—L. un. C. ex delictis de fruct.—Cod. Hern., tit. 2.—Véase para hallar mas pormenores sobre este punto el §. 37.

(4) «Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogabit, tenetur... ex dolo... defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.» L. 8, §. 8, D. de prec.

(5) Las obligaciones que nacen por delitos, se hallan examinadas en las Instituciones, lib. IV, tit. 1—4; en las Pandectas, lib. XLVII; de los interdictos en general se trata en las Instituciones, lib. IV, tit. 15 y en las Pandectas, lib. XLIII.

(6) Esto es lo que indica el epigrafe de *obligationibus et actionibus*, Dig. lib. XLIV, tit. 7.

introduce en su posesion una alteracion de cierta especie (1). Prescindiendo de esta alteracion, la simple posesion no dá ningun derecho, ni derecho de obligacion, como es evidente, ni derecho á la cosa; porque ningun acto dirigido sobre una cosa debe ser mantenido como legal solo por la razon de que la parte agente tenia la posesion de la cosa.

En todos tiempos la cuestion que acabamos de examinar, ha dado lugar á grandes controversias, cuya mayor parte no es nada instructiva ni pertenece á este lugar, porque casi todos los autores se contentan con crear una definicion de *ius in re* (ó *in rem*) y *ad rem*, y comprender en ella ó escluir como todos los derechos la posesion, sin decir nada nuevo ni importante sobre la naturaleza de estos derechos. El punto decisivo consiste en tratar la posesion como únicamente relativa á la usucapion y á los interdictos. Doneau (2) es el único de todos los autores que ha mostrado las relaciones que unen á la posesion con todo el sistema de derecho; para justificar su opinion, nos hace al menos presentir la mayor parte de las razones que hemos presentado aqui con mas estension. Merenda, á juzgar por una observacion que hace accidentalmente, parece haberse colocado mas cerca del verdadero punto de vista (3), aunque su hipótesis le ha dominado demasiado para que haya podido hacer uso de ella.

Baldo es el primero que ha adoptado cuatro especies de *ius in re*: la propiedad, la servidumbre, el derecho de prenda y el derecho de sucesion. Despues se ha aumentado este número añadiendo la posesion (4), el dote, la enfiteusis, etc. En fin, Hann ha fijado el número de cinco, que son las cuatro primeras que acabamos de citar, y la posesion (5): sus escritos, que son estremadamente malos, han tenido el honor de ser colocados á la cabeza de un partido muy numeroso (6). Algunos autores han tratado de decidir la cuestion, concediendo á la posesion un lugar independiente en la materia del derecho de las cosas al lado del *ius in rem* y *ad rem*; hacen de ella estos autores una de las

(1) Sintenis, *Zeitschr.* de Lindé, t. VII, p. 259 y sig., combate inútilmente esta explicacion del *ius possessionis*. Pretende que esta expresion no designa el derecho que se deriva de la posesion (porque entonces seria necesario decir *iura possessionis*, p. 260), sino la posesion con todas sus relaciones legales. (Adic. á la sexta edic.)

(2) *Coment.*, lib. V, cap. 6—13 (como condicion de la usucapion), libro XV, cap. 32—34 (los interdictos posesorios).

(3) *Controv.*, lib. XII, cap. 28, *cubiunque de possessione agitur, ad interdicta respicimus, vel usucapionem.*

(4) Alciat, *Respuesta*, l. 5, Cons. 112, núm. 4.

(5) *Diss. in ang. de iure in re*. Helmst., 1639, ha aparecido mas completa, Helmst., 1664, en 4.º Ha reproducido su opinion en muchas otras obras que ha publicado sobre la posesion.

(6) En la obra siguiente se combate esta opinion, y el autor prueba largamente que la posesion no es un *ius in re*: H. G. Scheidemann, *Resp. J. F. Ruppolt. Diss. de numeris specierum iuris in re et præsertim: an possessio sit illis ann numeranda*. Stuttgarti, 1786.

principales divisiones de su sistema (1); pero no puede atribuirse el origen de esta opinion mas que á la imposibilidad de salir del paso de otro modo.

Los autores sistemáticos se han visto en todo tiempo en la mayor perplejidad, cuando se trataba de señalar un lugar á la posesion. Connano (2) y Ayliffe (3) la esponen como de justicia en la materia de la usucapion cual condicion de esta última; pero falta completamente en su sistema el lado jurídico de la posesion. Domat (4) divide todo el derecho civil en *obligaciones* y *sucesiones*: en las primeras espone otras las consecuencias por las cuales pueden ser restringidas, y entre estas consecuencias se encuentran la posesion y la prescripcion (5). El lugar que asigna á la posesion, nos prueba ya hasta la evidencia que no ha podido explicar la verdadera naturaleza de la posesion en derecho romano: así en toda la estension de su tratado no cesa de confundir tres ideas, que es preciso distinguir cuidadosamente si no se quiere incurrir en graves equivocaciones acerca de toda la teoria: estas ideas son las espresadas con las palabras *possessio*, *possessio civilis*, y *ius possidendi*. Entre los jurisconsultos modernos hay muchos (6) que han incluido la posesion en la parte general del sistema, aunque no presenta ningun carácter de generalidad, como tampoco la propiedad ú otro cualquier derecho.

(1) J. B. Friesen: *resp. Sturm, de genuina poss. indole*. Jenæ, 1725, Reimpreso en las *disputationes janenses* de Gottlieb Sturm. Vitemb. 1, a. 4, núm. 1, es seguido por Hapfner, *Comentario de las instituciones*, §. 280, nota 2.

(2) *Coment. juris civilis*, lib. III, p. 8—10. (T. 1, p. 173—189, ed Neap., 1724, en fol.)

(3) *Aneer pandect of Roman civil Law*. Londres, 1734, fol. lib. III, tit. 10, p. 336—344. El título 8 contiene la usucapion; en el título 9 se ha intercalado la donacion, á fin de atenerse lo mas posible al orden seguido en los títulos de las Instituciones.

(4) *Leyes civiles*, 1.ª parte (De las obligaciones y de sus consecuencias), lib. III (De las consecuencias que aumentan las obligaciones ó las afirman): tit. 7 (De la posesion y de las prescripciones), p. 258—276, ed. Paris, 1713 en fol.

(5) En rigor la palabra *engagement* (trato ó compromiso, obligacion) de que se sirve, no es para él la misma cosa que *obligacion*, pues que comprende tambien en ella el casamiento y el poder paterno. (*Tratado de las leyes*, c. 3, 4). Pero en la misma obra no se ocupa de estas relaciones, y se limita á tratar de las obligaciones (aunque no parte de una nocion bien exacta). Así es que la posesion no le parece tener mas importancia que como ejecucion y confirmacion de las obligaciones, porque el comprador, por ejemplo, recibe la propiedad por la entrega de la posesion, es decir, lo que queria. *Cpr. Tratado de las leyes*, c. 14, §. 12.

(6) Por ejemplo, Hofacker, *princ. juris civilis*, lib. III, secc. 2. Esta reconvenccion exige una corta explicacion para evitar toda mala inteligencia. Cuando se cree necesaria una parte general, no se puede censurar que se trate en ella de la posesion, porque no se compone en general mas que para satisfacer las necesidades subyectivas de la enseñanza, y sin que pueda asignarsele científicamente su moción ni su contenido. Pero es esencial y necesario que facilitando así el estudio, no se olvide reconocer y esponer la verdadera union de la posesion con la parte especial, esto es, con el sistema mismo del derecho.

Hay tambien un error mucho mas grave que todos los que hemos manifestado con relacion á la naturaleza jurídica de la posesion; este error ha entrado por tan poco en estas controversias, que los autores de todos los partidos han incurrido en él. No se ha considerado la posesion como un derecho particular sino como una propiedad provisional; no se ha visto en los interdictos mas que reivindicaciones provisionales, introducidas con el único objeto de arreglar el procedimiento relativo á la propiedad. Este error, que acaso ha producido mas consecuencias prácticas que todos los demas, no podrá ser completamente refutado sino cuando hayamos explicado la naturaleza de los interdictos. Nos limitaremos á citar los pasajes siguientes, que deben tener aquí su lugar, porque se refieren á la naturaleza misma de la posesion: «*nec possessio et proprietas misceri debent,*» y «*nihil comune habet proprietas cum possessione.*» Que se quiere espresar en estos pasajes otra cosa mas que la verdad trivial de que no debe confundirse la posesion con la propiedad, lo demuestran estas palabras del segundo pasaje citado: «*et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis qui cepit rem vindicare. Non enim videtur possessio ni renuntiasse, qui rem vindicavit*» (1).

ADICION A LA SESTA EDICION.

Despues de la publicacion de la quinta edicion de nuestra obra, muchos autores han tratado la naturaleza general de la posesion, de distinto modo que el que nosotros hemos empleado al definirla. A fin de poder explicarnos con mas brevedad y lucidez acerca de estas opiniones diversas de la nuestra, no estará demas repetir aquí nuestra opinion con mas pormenores, rectificando una modificacion que habiamos ensayado anteriormente.

La posesion se presenta desde luego como un poder puramente de hecho sobre una cosa, sin tener ningun carácter legal. Pero en este estado es protegida contra ciertas violaciones, y á causa de esta pretension es precisamente por lo que existen reglas concernientes á la adquisicion y á la pérdida de la propiedad como si fuese un derecho. Trátase ahora de indicar el fundamento de esta proteccion y de esta asimilacion de la posesion á un derecho, y esto es lo que vamos á hacer. Este fundamento consiste en la union de este estado puramente de hecho con la persona que posee y cuya inviolabilidad sirve al mismo tiempo para protegerla contra toda especie de violaciones que podrían tambien dirigirse contra la persona misma. La persona en efecto debe estar siempre al abrigo de toda violencia, y si esta se comete, siempre es una injusticia cuyas consecuencias pueden sin embargo ser diversas. Examinemos bajo este concepto en primer lugar los dos casos extremos que son posibles. Primer caso: la violencia no ata-

(1) L. 12, §. 1, D. de poss.

ca mas que á la persona. Segundo caso. La violencia, al mismo tiempo que á la persona, ataca un derecho competente á esta última, por ejemplo, á una cosa que se halla en su propiedad. El primero no tendrá en derecho civil otro efecto que producir la accion de injurias (prescindimos aquí del derecho criminal). En el segundo caso la violencia no es necesaria para proteger la propiedad violada, que encuentra ya proteccion en sí misma y sin violencia; pero la combinacion de este doble ataque puede sin embargo tener consecuencias particulares; á esto es á lo que pertenecen la accion *vi bonorum raptorum*. Entre estos dos casos extremos se encuentra aquel en que la violencia cometida contra la persona altera ó usurpa al mismo tiempo una posesion. En este caso no ha habido lesion de un derecho independiente, ademas del de la persona, pero se ha verificado un cambio en el estado de la persona y en perjuicio suyo, y para reparar en todas sus consecuencias la injusticia que hay en la violencia contra la persona, es absolutamente preciso que esta sea repuesta ó protegida en aquel estado de hecho de que le separó la fuerza. Tal es el verdadero fundamento de los interdictos posesorios: un examen mas exacto de la naturaleza de este estado hara este punto todavía mas palpable. Se ha dicho que era semejante á un derecho porque estaba basado en la *presuncion* de la propiedad y que por este motivo existia el derecho de invocar acciones protectoras (1). Pero en realidad esta presuncion no tiene ningun fundamento legal, porque cuando se trata de la simple posesion, tanto puede presumirse que la propiedad corresponde al poseedor como que no le corresponde. La comparacion de la simple posesion, la *b. f. possessio* hara esto todavía mas palpable. En esta última, en efecto, la posesion es atribuida al poseedor por una ficcion que no es otra cosa que una presuncion porque está destruida por el *domini exceptio*. Pero aquí el motivo de la ficcion ó de la presuncion se funda únicamente en el título legal, que no existe en la simple posesion; esta pues se encuentra desprovista de todo fundamento de una presuncion legal de la propiedad. Por otra parte, no puede ponerse en duda la *posibilidad* de la propiedad en favor del simple poseedor, y bajo el concepto de esta posibilidad la posesion le dá ventajas muy importantes, tanto en el procedimiento como de hecho, y que deben serle conservadas ó restituidas si se trata de destruir com-

(1) Hemos adoptado en las ediciones 3.^a, 4.^a y 5.^a esta presuncion, á la cual renunciaremos hoy. Lo que le dá alguna apariencia de verdad, es la circunstancia de que en materia de reivindicacion la prueba incumbe al demandante, y que su accion es rechazada cuando ninguna de las partes logra formar prueba. Pero el motivo de esto no es que se presume la propiedad en el demandado, sino que se encuentra en el principio de que en general el juez debe únicamente prestar auxilio al que le convence de la existencia de un derecho, y que en todos los demas casos su accion debe ser nula. En una accion personal el demandante debe igualmente presentar prueba, y la causa de esto no es tampoco la presuncion de la no existencia de la deuda.

pletamente las consecuencias de la violencia. La primera de estas ventajas consiste en que en un litigio sobre la propiedad, el poseedor se halla colocado en la posición de un demandado, lo cual le dispensa de toda prueba (§. 3, núm. 4). Además puede como poseedor, y para la conservación de la cosa misma ó para aprovecharse de sus frutos, celebrar ciertos convenios que ninguna acción podrá obligarle á restituir por parte de su adversario. Y aun prescindiendo de esta posibilidad indubitable de la propiedad, tiene sin contradicción la ventaja, puramente de hecho, de poder usar de la cosa como si fuese su verdadero propietario cuando este no juzga á propósito accionar contra él. Estas son las ventajas cuya reunión constituye *el interés de la violencia ejercida* y que hacen á la posesión misma capaz de producir efectos semejantes á los que nacen de un derecho, aunque en realidad no lo sea (1). Así la objeción de que en este caso el engaño debe producir un derecho, no tiene fundamento alguno; pues aquí la posesión no es por sí misma un derecho, sino únicamente el interés de la lesión de otro derecho ya existente. Con más razón podría presentarse esta otra objeción; que las ventajas de hecho pueden existir también en la detentación y que por consiguiente, bajo este punto de vista, los interdictos deberían competir igualmente al administrador de los bienes de otro. Pero á esta objeción se contesta, que el administrador puede estar en armonía ó en oposición con el verdadero poseedor. En el primer caso, no tiene necesidad de los interdictos, pues los que competen al poseedor le garantizan suficientemente. Y en el segundo, si él quería hacerlos valer contra la voluntad del poseedor en perjuicio de este ó de un tercero, no podría invocarlos, porque en ello atacaría la razón obligatoria á que debe su retención y que le basta para poner á cubierto todos sus intereses.—Así, cuando se nos pregunte qué lugar debe designarse á la posesión en el sistema general de los derechos, deberemos hacer esta declaración: la posesión por sí misma, como derecho no ocupa ningún lugar, porque *no es* tal derecho; pero el que ella *produce* y por cuya causa *toma* el carácter de un verdadero derecho y necesita de reglas particulares sobre la adquisición y la pérdida, es el de los interdictos posesorios, por consiguiente un derecho obligatorio.

Esta cuestión ha sido embrollada varias veces por muchas

(1) Esta unión de que todo depende aquí, puede también ser explicada por la analogía siguiente. En el derecho antiguo no se concedía el interdicto *unde vi* sino para los inmuebles, y jamás para los bienes muebles. Pero cuando en la deyección de un inmueble eran robadas ó destruidas cosas muebles, el interdicto abrazaba igualmente esta pérdida como *interés de la deyección del inmueble* (§. 40). Aquí los muebles que no son por sí un objeto de interdicto, son comprendidos en él á causa de la deyección fuera del inmueble. Del mismo modo la lesión de la posesión, aunque esta no sea un derecho, constituye no obstante la base de una acción, únicamente á causa de la ligazón de esta lesión con la violencia ilegal ejercida en ella contra la persona.

confusiones. Además, hay autores que se informan de la posición sistemática de la posesión del modo siguiente: ¿En qué lugar deberá tratarse de la posesión en una obra sistemática que abraza todo el derecho romano? Solo una parte de esta cuestión puede resolverse después de la naturaleza de la posesión; y la otra, que es la de más consideración, dependerá del plan enteramente particular de la obra; pues fácilmente podrá hacerse que las diversas partes de la posesión sean tratadas en distintos lugares de ella, como lo han hecho la mayor parte de los autores que han escrito sobre sistemas de derecho.—Además de que una averiguación histórica puede llevar á demostrar que la posesión, desde su origen ha tenido una significación enteramente distinta de la que le atribuye el nuevo derecho (§. 12 a). Pero un examen histórico de esta especie no puede, en derecho nuevo, ejercer una influencia inmediata sobre la significación de la materia de la posesión. Porque si la base sobre que reposa ha sido enteramente modificada, la que hallamos en el derecho nuevo debe ser aplicada y tratada de un modo tan independiente como si ella fuese la primera ó la única; así es en efecto como nosotros hemos mirado esta teoría, y esta es la causa porque no hemos empezado nuestra exposición como en otras materias, por un examen histórico.

Pasemos ahora á esponer las opiniones que algunos autores modernos han emitido sobre la cuestión que acabamos de discutir; las clasificaremos según las épocas en que han aparecido.

Gans, *Sistem. des Römischen Civilrechts im Grundrisse*. Berlin, 1827, p. 202—216.

Puchta, en el *Rheinisches Museum*, tit. 3.º, p. 289—308 (1829) sobre todo en la p. 305 y siguientes.

Rudórf, en la *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft*, tit. 7.º, p. 90—114 (1830).

Thaden, *Ueber den Begriff des Römischen Interdictenbesitzes*. Hamburgo, 1833.

Hasse el jóven, en el *Rheinisches Museum*, tit. 6.º, p. 183 y siguientes (1833).

Rauh, *Geschichte des Lehre vom Besitz*, 1834.

Huschke, *Ueber die Stelle des Varro von den Licinern*. Heidelberg, 1835, p. 75 y siguientes, sobre todo en las 99—110.

Gans coloca la posesión á la cabeza de los *jura in re*. La acción de tener una cosa, mirada como voluntad particular, dice, constituye la posesión; pero considerada como voluntad general, forma la propiedad. La voluntad particular puede ser enteramente injusta; la voluntad general, por el contrario, no es otra cosa que la acción que da derecho á la posesión. La voluntad particular, aunque injusta, es una garantía; porque constituye por sí misma cierta cosa de sustancial que debe ser protegida. La posesión es una propiedad que principia; este principio es protegido por los interdictos, pues que encierra la

posibilidad de la causa á la propiedad por la via de la usucapion. —Pero la voluntad particular que puede ser injusta, no es en realidad otra cosa que el simple hecho, y la voluntad general constituye el derecho; así, la relacion de la posesion con la propiedad es absolutamente la misma que la del hecho con el derecho; pero esta esplicacion está muy lejos de resolver la cuestion de saber como este hecho (tal vez del todo injusto) llega á ser protegido por la ley. El autor sienta bien el principio de que la voluntad en sí misma (aun la voluntad injusta) debe ser protegida, pero no lo prueba; porque, despues de la naturaleza general de la materia de la contestacion no es preciso proteger mas que la voluntad conforme al derecho, y combatir lo que le sea contrario. La verdadera esplicacion, pues, debe unicamente fundarse en la propiedad que empieza, y esta esplicacion será satisfactoria, si los intereses estuviesen destinados á garantir la posesion que conduce á la usucapion, y á la cual unicamente puede dársele el nombre de propiedad naciente. Pero se sabe que este es el destino de la accion publiciana y que los interdictos garantizan igualmente la posesion sin título, aun la injusta, y que no es un verdadero principio de propiedad. En último análisis, ningún resultado se deduce de esta esplicacion. Puchta (p. 294) y Rudorff (p. 95) hacen observaciones mas detalladas sobre este nuevo ensayo.

Puchta pretende que nuestra teoria no enseña mas que los efectos de la posesion y guarda silencio acerca de lo que es esta. Pero la posesion, dice él, es un derecho, no á la cosa sino á la misma persona, á la misma voluntad. De suerte que la proteccion de que la posesion goza, es una proteccion concedida á la personalidad, aplicada especialmente á la sumision natural (no legal) de la cosa. Este principio está ligado á todo el sistema de derecho porque todo derecho puede referirse á cinco objetos: las cosas, las acciones, las demas personas, las personas que se reasumen en nosotros y la propia persona. —La esplicacion que se dá aquí de la garantía de la posesion no difiere esencialmente de la nuestra; pues tambien nosotros esplicamos esta proteccion por la inviolabilidad de la persona y por la ligazon que se forma entre una persona y la cosa que naturalmente se le somete. Lo que es nuevo y propio aquí, es la formacion de una clase particular de derechos que se fundan en la inviolabilidad de la persona. Pero esto pertenece á la disposicion del sistema general de derecho y no al fundamento especial de la posesion. —Rudorff y Hasse (p. 184) entran en mayores detalles sobre este escrito de Puchta.

Rudorff no difiere de nuestra opinion sino en que él toma por base del derecho de posesion el que cada uno se abroga para defenderse por sí mismo. Segun él, los interdictos posesorios pertenecen á los primeros principios de la prohibicion de hacerse justicia por sí mismo, que, mas tarde, fueron completados y

confirmados por las *leges Julice* y las constituciones de los emperadores. Su causa, pues, estribaría en el rompimiento de la paz, en la turbacion del orden público; y como esta turbacion no debe alcanzar su objeto, sino ser aniquilada en sus consecuencias, se sigue necesariamente que la posesion debe ser conservada ó restituida. —Es incontestable que todo acto de violencia puede ser juzgado en derecho bajo un doble punto de vista, porque turba al mismo tiempo el orden público y el de una persona. En uno de estos conceptos puede designarse como de derecho público, y en el otro como de derecho privado; en cada uno de ellos puede producir instituciones legales particulares; pero cualquier cosa que para uno de estos dos objetos suceda, el otro avanzará siempre á la par poco mas ó menos (1). Ahora bien, ¿cuál de los dos domina en la base de los interdictos posesorios? Rudorff pretende que el de derecho público, y cree probarlo principalmente por la union que establecen los principios del derecho entre el acto de hacerse justicia por sí mismo, y la posesion. Pero esta circunstancia se explica suficientemente por esa especie de parentesco que existe, como ya hemos notado, entre ambas instituciones. Por nuestra parte creemos que la base del derecho de posesion solo puede considerarse como de derecho privado; y nos apoyamos en las razones siguientes. Desde luego la comparacion de *vi, clam, precario*, parece pertenecer al origen de la materia de los interdictos. Estas tres divisiones pueden bien compararse en cuanto á la violacion que encierran contra la persona; pero la paz pública solo se halla interesada en la primera, y de ningún modo en las otras dos. En segundo lugar, el acto de hacerse justicia por sí mismo supone la existencia de una pretension legal, pero perseguida de una manera ilícita; en los interdictos posesorios, al contrario, nunca puede ocurrir este caso; la simple turbacion de la posesion, á la que hace referencia el interdicto *retinende possessionis*, no se concibe siquiera como causa para un procedimiento legal. En tercer lugar, si no deben ser considerados los interdictos sino como el principio de la prohibicion de hacerse justicia cada cual, ¿por qué se han perfeccionado con tal independecia de las épocas en que se introdujeron otras instituciones, en un todo diferentes, contra el acto de hacerse cada uno justicia por su mano? El efecto que han producido sobre el derecho de posesion las leyes dadas en esta materia, se explica suficientemente por esta afinidad de que ya hemos hecho mención. Hasse (p. 187) da mas detalles sobre el tratado de Rudorff.

Thaden procura probar que la posesion es realmente un derecho, é intenta definir su naturaleza. La posesion es un derecho, dice (p. 14 y sig.), porque solo puede cometerse un robo

(1) L. 27, §. 4, D. de pactis: «... interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit,» etc.

contra el que realmente tiene derecho á la cosa robada. Luego existe un *furtum possessionis*, y como este puede cometerse con respecto al acreedor pignoraticio que posee verdaderamente, queda bien probado que esta misma posesion, y por consiguiente la propia de los interdictos, es el derecho que ha sido hollado por el robo. Si examinamos despues la naturaleza de este derecho, sera preciso responder que es un derecho en la cosa, introducido con el objeto de defender un estado comprendido en la adquisicion de la propiedad. En efecto, la posesion que conduce á la usucapion está garantida por la accion publiciana: pero á mas de la usucapion hay aun varias adquisiciones que se hacen por medio de la posesion, y á las que esta accion no se aplica. Mas como estas adquisiciones estarian desprovistas de toda proteccion, se han encontrado para ellas los interdictos posesorios. Hé aquí ahora las adquisiciones que encierran la verdadera causa declarativa del derecho de posesion.

1.^a La *longi temporis præscriptio*, en especial la de los bienes inmuebles provinciales, por donde nos esplicamos entre otras cosas, la razon porque los interdictos se aplicaban con preferencia á los inmuebles.

2.^a La *præscriptio longissimi temporis acquisitiva*.

3.^a La prescripcion inmemorial.

4.^a La prescripcion *longissimi temporis extinctiva*.

Esta es la causa de que la posesion propia de los interdictos se asemeje tanto á la posesion que conduce á la usucapion, y solo se diferencie de ella en la cantidad. Creemos haber reasumido en estas palabras toda la obra de Thaden.

La opinion de este autor tiene cierta apariencia de fundamento sistemático que nos obliga á examinar detenidamente los elementos de que se compone. Pero desde luego podemos asegurar que la razon sacada del *furtum possessionis* es completamente insostenible: porque si el objeto juridico del robo fuera la posesion, el ladron, robado á su vez, debería tener tambien derecho á intentar la accion *furti*, puesto que no cabe duda en que tiene la posesion. Además, está fuera de toda duda que la accion *furti* no le compete de modo alguno. (1) Por otra parte es igualmente incontestable que tienen esta accion las personas de que vamos á hablar, aunque ninguna de ellas goce de la posesion: el usufructuario y el usuario, de los cuales ni el uno ni el otro tienen mas que una simple retencion (2) así como el acreedor á quien se empeña una cosa por simple convenio, aunque no tenga retencion, sino solo una *actio in rem* que tienda á obtener la posesion (3). Es, pues, evidente que el verdadero fundamento del *furtum possessionis* no es una posesion violada, sino

(1) L. 76, §. de *furtis* (XLVII, 2).—Cpr. L. 12, §. 1, L. 71, §. 1, eod.

(2) L. 15, §. 1; L. 20, §. 1; L. 46, §. 3; D. de *furtis* (XLVII, 2).

(3) L. 66, pr. D. de *furtis* (XLVII, 2).

mas bien un *ius in re* que contiene la pretension á una posesion cualquiera (poco importa que sea verdadera posesion o una simple detencion que sea presente ó futura), y que el robo priva de esta ventaja. En cuanto á los otros motivos no son mas fundados que los que acabamos de refutar. La prescripcion inmemorial no ha sido introducida en el derecho romano mas que por mal entendidos calculos. La prescripcion treintanaria de las acciones no se ha conocido hasta poco hace, de suerte que es imposible que sirva para la esplicacion de los interdictos, cuya existencia se remonta á muchos siglos. De este modo solo resta la *longi temporis præscriptio*, sobre todo la de los bienes inmuebles provinciales. En cuanto á ella, pretende el autor que no ha estado garantida por la accion publiciana, porque esta no hacia mas que acompañar una usucapion que realmente se está efectuando. Pero esta es precisamente una asercion del todo falsa. Esta accion se aplicó bien pronto por el contrario á casos en que una verdadera usucapion no era posible: en este caso se hallaban el usufructo, las servidumbres reales, el *ager vectigalis*, la superficie y particularmente los inmuebles provinciales (1). Así pues, en todos estos casos y especialmente en el último, la accion publiciana era en un todo suficiente, y por este motivo no habia necesidad alguna de inventar los interdictos: el autor no ha probado nada de lo que procuró esplicar.

Hasse pretende que la posesion es un derecho en la cosa, pero un derecho relativo; esto es, un derecho que no puede hacerse efectivo contra todos, sino solo contra el que quiere atacar la posesion por medio de la violencia, etc. Despues dice que la posesion no constituye por sí misma este derecho, sino que en su cualidad de estado puramente de hecho, siempre se halla acompañada de un derecho anónimo que la garantiza. Los romanos, continua, no han establecido claramente esta distincion, y hé aquí la causa de que designen comunmente tanto el uno como la otra por la palabra *possessio*. Tambien á veces se ve marcada especialmente en la L. 2, §. 2, 3, D. de *interdictis*, en la cual se deben entender con la diferencia ya dicha las espresiones *causa proprietatis et possessionis* (p. 199 y 200). El derecho sobre la cosa que solo puede hacerse efectivo contra personas que ejercen actos de violencia, solo con mucha dificultad se distingue de una obligacion de estas personas, en la suposicion de la posesion de hecho. Nosotros no podemos creer que la afirmativa conforme á la cual la posesion da derecho á la proteccion pueda diferenciar-

(1) L. 11, §. 1, D. de *publiciana* (VI, 2).—L. 12, §. 2, 3, D. eod. «In vectigalibus et in aliis prædiis quod usucapi non possunt publiciana competit si forte bona fide mihi tradita sunt.» Estos son precisamente los inmuebles provinciales que la ley designa por *alia prædia*. Cpr. Cujas, Obs. VII, 3; y con respecto á Paulo *Ad Edictum*, lib. XIX. Tambien parece creible que este pasaje se halla interpolado aquí de modo que Paulo se habria espresado así: «In vectigalibus stipendiariis et tributariis prædiis.»

se sino solo en las palabras de la que sostiene que no proviene tal derecho de la posesion y si de un derecho innominado que acompaña á esta. La interpretacion de la L. 2. D. *de interdictis* nos parece completamente falsa, y que en esto consiste un error real.

Rauh solo hace la historia de la posesion para combatir la deducion histórica que hemos procurado establecer, y sienta en lugar suyo una consecuencia que saca de la necesidad legal y general. Segun él la posesion seria tan solo un acto por el cual contrarestamos al que se hace justicia por sí mismo (p. 46) y en esto se aproxima bastante á la opinion de Rudorff. En seguida de esta declaracion adopta la esplicacion que ha dado Thibaut en último lugar de la *civilis possessio* (p. 56). Pero mezcla con su opinion errores tan crasos, que la esplicacion que da no es capaz de justificar cosa alguna. Por esto admite que en materia *dejectionis* es preciso aplicar desde luego el interdicto *de vi*, despues el de *uti possidetis*, lo que es indiferente para el actual poseedor (p. 36). Tambien pretende que los interdictos deben ser *in rem scriptae*, del mismo modo que la accion *quod metus causa* (p. 50, 52.); que el *dejectus* debe quedar todavia poseedor juridico por espacio de un año, hasta que la prescripcion le haya hecho perder el interdicto *de vi* (p. 49.) En este punto lleva el autor el error á su colmo, mezclando con el derecho romano la práctica del francés.

Por fin Huschke trae la posesion de los elementos constitutivos mas antiguos de la nacion romana. Los romanos ó ramnos, dice, representan el cuerpo: por esto encontramos entre ellos el hecho, la posesion y su garantía por orden de la autoridad (interdicto). Los quirites ó ticios representan el espíritu: de aqui entre ellos el derecho, la propiedad y su garantía por medio de la accion y del juicio. Con el tiempo la posesion llegó á semejar-se á la propiedad, pero sin confundirse jamás con ella: despues los patricios reemplazaron á los ramnos, los plebeyos tomaron el puesto de los ticios, y la antigua antitesis continúa existiendo en estos dos estados.—Haciendo abstraccion de lo que hay de redundante en tal modo de ver, y dando por concedido que todo ello está tan fundado y claro como lejos se halla de semejante estado, sin embargo, nada quedaría probado en cuanto á la cuestion que nos ocupa, sino que esta sería una aplicacion de la idea que en la mas remota antigüedad se tuvo de mencionar una posesion al lado de una propiedad. Pero la encontramos formada del modo mas completo en los tiempos de los juriconsultos clásicos y en la legislacion de Justiniano: esto es lo que una necesidad práctica, un interés actual, debe explicar. Es cierto que no se habrían mantenido los interdictos posesorios en conmemoracion de los antiguos ramnos, si el derecho de propiedad hubiera bastado para satisfacer el objeto que dictó la práctica del derecho; porque en aquella época nadie se acordaba de los ramnos

ni de los ticios; aun los patricios y los plebeyos solo por casualidad eran mencionados, y en muy raras instituciones del derecho antiguo. Por esta razon no nos hubiéramos ocupado aquí de la obra de Huschke, si él no le hubiera dado por objeto «aclarar en cierto modo la confusion en que ha caido la jurisprudencia, especialmente en la cuestion de saber si la posesion es ó no un derecho que pueda servir de fundamento á los interdictos, etc.» (p. 109). Así es que la falta que cometemos hablando de este libro en un lugar que no corresponde, y exigiendo de él la prueba de un punto que no nos puede suministrar, aun suponiendo que contiene cosas escelentes, solo debe recaer sobre su autor.

§. 7.

POSESION CIVIL Y NATURAL.

Hasta aquí hemos deducido la definicion jurídica de la posesion, tomándola del sistema del derecho romano en general: ahora nos ocuparemos en profundizar la terminología empleada por los juriconsultos romanos. La parte mas difícil é importante de esta investigacion concierne á la palabra posesion en general, y sus términos *possessio civilis et possessio naturalis*: empezaremos por fijar su sentido (1).

Para dar una direccion mas fija á las pruebas que deben hacerse por la interpretacion, veremos antes los resultados que esas pruebas deben producir.

La primitiva significacion de la palabra *possessio* es el estado de simple detentacion, y por consiguiente un estado no jurídico, *natural*: mientras no haya otra idea que, puesta en oposicion con aquella, necesite una denominacion mas esplicita, no hay necesidad de explicar que el término solo indica una relacion natural. Pero esta detentacion toma, bajo ciertas condiciones, el carácter de una relacion jurídica, y conduce á la propiedad por la usucapion: entonces recibe el nombre de *civilis possessio*

(1) Se ha dicho no hace mucho que el problema de definir exactamente lo que debe entenderse por posesion bajo sus diferentes aspectos, era imposible de resolver; porque es as nociones y sus diversos significados que habian nacido en la vida comun y no habian sido objeto de las investigaciones de los juriconsultos hasta despues de su formacion de hecho, habrian penetrado en la legislacion con toda la ambigüedad que necesariamente dá semejante origen, y que sucederia con esto lo que con los términos *culpa lata et levis*, etc. Zacarias, Besitz, und. Verjährung, p. 6, 7, 37.—Esta observacion carece de todo fundamento. Las espresiones *culpa lata et levis* designan en su origen ideas puramente morales, y cuya primera concepcion por consiguiente se verificó en otro dominio que el de la ciencia del derecho. No así con respecto á las palabras *possessio civilis et naturalis*; su significacion es jurídica en su origen, sin que exista idea ninguna no jurídica en su nocion: estos términos no pueden, pues, traer su origen de la vida ordinaria ni haber recibido de ella un sentido indeterminado.

se sino solo en las palabras de la que sostiene que no proviene tal derecho de la posesion y si de un derecho innominado que acompaña á esta. La interpretacion de la L. 2. D. *de interdictis* nos parece completamente falsa, y que en esto consiste un error real.

Rauh solo hace la historia de la posesion para combatir la deducion histórica que hemos procurado establecer, y sienta en lugar suyo una consecuencia que saca de la necesidad legal y general. Segun él la posesion seria tan solo un acto por el cual contrarestamos al que se hace justicia por sí mismo (p. 46) y en esto se aproxima bastante á la opinion de Rudorff. En seguida de esta declaracion adopta la esplicacion que ha dado Thibaut en último lugar de la *civilis possessio* (p. 56). Pero mezcla con su opinion errores tan crasos, que la esplicacion que da no es capaz de justificar cosa alguna. Por esto admite que en materia *dejectionis* es preciso aplicar desde luego el interdicto *de vi*, despues el de *uti possidetis*, lo que es indiferente para el actual poseedor (p. 36). Tambien pretende que los interdictos deben ser *in rem scriptae*, del mismo modo que la accion *quod metus causa* (p. 50, 52.); que el *dejectus* debe quedar todavia poseedor juridico por espacio de un año, hasta que la prescripcion le haya hecho perder el interdicto *de vi* (p. 49.) En este punto lleva el autor el error á su colmo, mezclando con el derecho romano la práctica del francés.

Por fin Huschke trae la posesion de los elementos constitutivos mas antiguos de la nacion romana. Los romanos ó *ramnos*, dice, representan el cuerpo: por esto encontramos entre ellos el hecho, la posesion y su garantía por orden de la autoridad (interdicto). Los *quirites* ó *ticios* representan el espíritu: de aqui entre ellos el derecho, la propiedad y su garantía por medio de la accion y del juicio. Con el tiempo la posesion llegó á semejar-se á la propiedad, pero sin confundirse jamás con ella: despues los patricios reemplazaron á los *ramnos*, los plebeyos tomaron el puesto de los *ticios*, y la antigua antitesis continúa existiendo en estos dos estados.—Haciendo abstraccion de lo que hay de redundante en tal modo de ver, y dando por concedido que todo ello está tan fundado y claro como lejos se halla de semejante estado, sin embargo, nada quedaría probado en cuanto á la cuestion que nos ocupa, sino que esta sería una aplicacion de la idea que en la mas remota antigüedad se tuvo de mencionar una posesion al lado de una propiedad. Pero la encontramos formada del modo mas completo en los tiempos de los juriconsultos clásicos y en la legislacion de Justiniano: esto es lo que una necesidad práctica, un interés actual, debe explicar. Es cierto que no se habrían mantenido los interdictos posesorios en conmemoracion de los antiguos *ramnos*, si el derecho de propiedad hubiera bastado para satisfacer el objeto que dictó la práctica del derecho; porque en aquella época nadie se acordaba de los *ramnos*

ni de los *ticios*; aun los patricios y los plebeyos solo por casualidad eran mencionados, y en muy raras instituciones del derecho antiguo. Por esta razon no nos hubiéramos ocupado aquí de la obra de Huschke, si él no le hubiera dado por objeto «aclarar en cierto modo la confusion en que ha caido la jurisprudencia, especialmente en la cuestion de saber si la posesion es ó no un derecho que pueda servir de fundamento á los interdictos, etc.» (p. 109). Así es que la falta que cometemos hablando de este libro en un lugar que no corresponde, y exigiendo de él la prueba de un punto que no nos puede suministrar, aun suponiendo que contiene cosas escelentes, solo debe recaer sobre su autor.

§. 7.

POSESION CIVIL Y NATURAL.

Hasta aquí hemos deducido la definicion jurídica de la posesion, tomándola del sistema del derecho romano en general: ahora nos ocuparemos en profundizar la terminología empleada por los juriconsultos romanos. La parte mas difícil é importante de esta investigacion concierne á la palabra posesion en general, y sus términos *possessio civilis et possessio naturalis*: empezaremos por fijar su sentido (1).

Para dar una direccion mas fija á las pruebas que deben hacerse por la interpretacion, veremos antes los resultados que esas pruebas deben producir.

La primitiva significacion de la palabra *possessio* es el estado de simple detentacion, y por consiguiente un estado no jurídico, *natural*: mientras no haya otra idea que, puesta en oposicion con aquella, necesite una denominacion mas esplicita, no hay necesidad de explicar que el término solo indica una relacion natural. Pero esta detentacion toma, bajo ciertas condiciones, el carácter de una relacion jurídica, y conduce á la propiedad por la usucapion: entonces recibe el nombre de *civilis possessio*

(1) Se ha dicho no hace mucho que el problema de definir exactamente lo que debe entenderse por posesion bajo sus diferentes aspectos, era imposible de resolver; porque es as nociones y sus diversos significados que habian nacido en la vida comun y no habian sido objeto de las investigaciones de los juriconsultos hasta despues de su formacion de hecho, habrian penetrado en la legislacion con toda la ambigüedad que necesariamente dá semejante origen, y que sucederia con esto lo que con los términos *culpa lata et levis*, etc. Zacarias, Besitz, und. Verjährung, p. 6, 7, 37.—Esta observacion carece de todo fundamento. Las espresiones *culpa lata et levis* designan en su origen ideas puramente morales, y cuya primera concepcion por consiguiente se verificó en otro dominio que el de la ciencia del derecho. No así con respecto á las palabras *possessio civilis et naturalis*; su significacion es jurídica en su origen, sin que exista idea ninguna no jurídica en su nocion: estos términos no pueden, pues, traer su origen de la vida ordinaria ni haber recibido de ella un sentido indeterminado.

(*posesion civil*) y hay ya necesidad de distinguir cualquiera otra detentacion con un término mas exacto. A esta última se le da el nombre de *naturalis possessio* (*posesion natural*), es decir, esa especie de posesion en general, que no tiene un carácter jurídico como la posesion civil.—La detentacion entra ahora bajo otro aspecto en el dominio del derecho, abriendo el recurso á los interdictos: en este caso se llama simplemente *possessio* (*posesion propiamente dicha*), y esa es la significacion que recibe esta palabra cuando se la emplea aisladamente, sin que por eso deje de ser un término técnico. Toda otra detentacion, opuesta á la posesion propia de los interdictos, lleva aun el nombre de *posesion natural*, es decir, la relacion natural opuesta á la relacion jurídica, exactamente del mismo modo que hemos hallado esta antítesis con respecto á la *posesion civil*.

Además de lo que hemos visto, hay dos especies de posesion jurídica: la *posesion civil* ó la posesion propia para la usucapion, y la *posesion propiamente dicha* ó la posesion apta para los interdictos (1); y todo lo que hemos explicado anteriormente (§. 5) sobre las modificaciones jurídicas que se pueden presentar en la nocion de la posesion, concierne á una de ellas ó á las dos al mismo tiempo. La relacion que tienen entre si es esta: la posesion propia de los interdictos está enteramente comprendida en la posesion que conduce á la usucapion, y que aun tiene ciertas condiciones mas que aquella. Así, el que posee *ad usucapionem*, posee tambien siempre con derecho á los interdictos (2); pero esta última posesion no basta para servir de base á la usucapion.

La frase *naturalis possessio* tiene, segun hemos dicho ya, dos significaciones; pero ambas son negativas y no espresan mas que una antítesis lógica.—Tales son las proposiciones que vamos á probar (3).

(1) La L. 16. D. de usarp., dice, hablando de la primera: «*ad usucapionem tantum possidet.*» Cpr., L. 1, §. 15. D. de poss. En cuanto á la segunda, la L. 9, D. de R. V., dice: «*possessionem que locum habet interdicto uti possidetis vel utrobi.*»

(2) Una escepcion á esta regla parece tener lugar en los contratos de prenda con respecto al deudor que adquiere por usucapion, mas no goza del derecho á los interdictos. Pero su usucapion tampoco tiene por base la posesion civil; no se le considera como investido de esta posesion, sino por una ficcion especial, es decir, que se hace en su favor una escepcion de la regla: *Sine possessione usucapio contingere non potest.* V. mas adelante, §. 24.

(3) Hé aquí algunos casos en que desde luego encontramos esas espresiones principales.

Naturalis possessio. L. 1, §. 1. L. 3, §. 3, 13, D. de possess.—L. 2, §. 2. D. pro herede. L. 1, §. 9, D. de vi.

Possessio naturalis. L. 38, §. 10. D. de usuris. L. 38, §. 7, D. de verb. obl.

Possessio non solum civilis, sed etiam naturalis. L. 2, §. 1, D. pro herede.

Possessio que est naturalis. L. 11, D. de am. rerum dominio.

1. *Posesion civil* por oposicion á la *posesion natural*.

La palabra *civil*, en general, tiene dos significaciones técnicas. En primer lugar indica todo el conjunto del derecho civil, y en este sentido se opone al derecho criminal: no tratamos aqui de ella porque nos limitamos al derecho civil. En segundo lugar, en el mismo derecho civil se habla de todo aquello que ni tiene su nacimiento en el derecho de gentes, ni en el derecho pretorio, sino mas bien en una ley, en un senado-consulta ó por el derecho consuetudinario. Esta segunda significacion se halla tambien sujeta á una multitud de modificaciones (1), pero los juriscultos romanos empleaban por lo regular esta palabra en el sentido general que nosotros le damos. Así, recordando solo algunas aplicaciones, únicamente la *agnacion* se llama *cognacio civilis* (2), aunque cualquiera otra cognacion produce efectos importantes tanto en el derecho de gentes como en el pretorio, y causa sin duda alguna una accion jurídica; tambien hay *actio civilis*, *obligatio civilis*, etc. Aplicando esta significacion de la palabra *civilis* á la posesion civil, será preciso entender por ella una posesion reconocida por el derecho civil, esto es, una posesion cuya existencia marca si debe ó no aplicarse una regla del derecho civil. Ahora bien; en todo el derecho civil no existe mas que un solo derecho cuya aplicacion presuponga la posesion, el cual es la usucapion; de donde se sigue que *civiliter possidere* es sinónimo de *ad usucapionem possidere*.

No necesitamos probar que la usucapion es del dominio del derecho civil; mas los interdictos no forman parte, puesto que deben su introduccion al edicto. Para no dar lugar á dudas, vamos á indicar dos textos, sacados de los antiguos, y que obligarán tal vez á referir los interdictos al derecho civil. El primero es de Ciceron. Para demostrar que aun aquel á quien se impide con violencia penetrar en sus fundos puede intentar en su cualidad de *dejectus* el interdicto *unde vi*, se vale del ejemplo siguiente. «*Quaero si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati, non modo limine tectoque aedium tuarum, sed primo aditu res tibu loque prohibuerint, quid acturus sis? Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas quod ipse antea dixit, injuriarum. Quid? ad causam possessionis? Quid? ad restituendum eum quem oportet restitui? Quid denique? ad jus civile? aud ad (actoris) notionem et ad animadversionem ages injuriarum?*» A pesar de todas las dificultades que ofrece este pasage, aparece claramente que Ciceron quiere decir: La reparacion de una injuria nada tiene de comun con la restitution de la posesion, ni por consiguiente con el derecho civil: por lo que parece que coloca el interdicto en el derecho civil. Mas como la injuria de que aqui se trata se ha convertido en un *crimen publicum* desde la ley

(1) Por ejemplo, en la L. 2, §. 5, 12. D. de orig. juris.

(2) L. 4, §. 2. D. de gradibus.

Cornelia (1), es evidente que Ciceron opone en su testio el derecho civil al criminal, y en este sentido todo el edicto corresponde sin contradiccion al derecho civil: pero no encontramos en tal cita prueba alguna para la otra significacion de *jus civile* de que se vale el mismo Ciceron poco antes (2). El segundo testo que podria inducir á colocar los interdictos en el derecho civil pertenece á Petronio (3). «*jure civili dimicandum, ut si nollet alienam rem domino redere, ad interdictum veniret* (4). Algunos intérpretes han explicado las palabras «*ad interdictum venire*» como si designasen la jurisdiccion pretoria en general, de modo que puedan tambien hacer referencia á la reivindicacion; pero seria muy difícil apoyar este dictamen en un testo que lo probase. La opinion mas natural es rehusar á Petronio toda autoridad cuando se trata del uso de un término jurídico cuya acepcion se halla tan fuertemente fijada por autores anteriores y posteriores al de que nos ocupamos.

Así que, la posesion civil no puede corresponder á los interdictos; tampoco puede corresponder á los demas efectos, porque estos no deben considerarse como consecuencias de una posesion jurídica (§. 3). Para la posesion civil hay ademas una razon particular, cual es que la mayor parte de estos efectos no pertenecen al derecho civil. Por esto la tradicion no entra en el dominio del derecho civil mas que cuando se trata de una *res nec mancipi* (5): la ocupacion y la accion publiciana que entre otras nacia de la tradicion de una *res nec mancipi* nunca pertenecen al derecho civil, como tampoco la percepcion de los frutos, porque esta supone la posesion de buena fé de la cosa principal. La exencion de la prueba, que es un derecho de todo demandado, no fué por cierto colocada por ningun juriseconsulto romano, ni tampoco la legitima defensa en el derecho civil (6).

Lo que hasta aquí hemos probado de la significacion general de la palabra *civilis*, se halla confirmado por ciertos testos de antiguos juriseconsultos. Para esplicarnos será preciso que antes hagamos una observacion general. Suponiendo que la *posesion civil* toma su nombre del *derecho civil*, la expresion *civiliter non possidere* ó *jure civile non possidere* puede tener una doble significacion segun que la palabra *civiliter* se haga corresponder al efecto ó á la *causa* del *non possidere*. En efecto, puede primeramente expresarse que no hay esa posesion que el derecho civil reconoce co-

(1) *Lex Cornelia* de injuriis competit ei qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat. L. 5, pr. D. de injuriis. A este pasaje precisamente se refieren las palabras de Ciceron, *notio et animadversio*.

(2) *Pro Cæcina* c. 12. «... quod agas mecum ex jure civili ac pretorio non habes.» Esto es, no tienes reivindicacion ni interdicto.

(3) *Satyr.*, c. 13, p. 48, y Beermann, 1709.

(4) V. acerca de esta cita el párrafo 39.

(5) Ulpian, *Frægm.*, tit. XIX, §. 7.

(6) L. 3, D. de justitiæ et jure.

mo tal; y en este sentido, será la negacion directa de la posesion civil, lo cual puede ser útil para nuestras investigaciones.—En segundo lugar puede espresarse que por un motivo nacido del derecho civil, no hay posesion cualquiera que ella sea: esta significacion no nos interesa por ahora, pues que no se roza en nada con la posesion civil. Por lo general no es difícil decidir con certeza cuál de estas dos significaciones ha de admitirse en cada caso particular: por ejemplo, debe aceptarse la primera cuando se prueba de cualquier modo que existe una posesion en general, así como es probable que deberá admitirse la segunda cuando pueda probarse lo contrario (1).

Nosotros hallamos cinco casos en que se ha hecho mencion de las expresiones: *possessio civilis*, *civiliter possidere* y *non possidere*. Dos de estos son un verdadero apoyo de nuestra opinion: los otros no dan márgen á sacar de ellos conclusiones ciertas, ni favorables, ni contrarias á nuestra opinion; bastarán para estos últimos demostrar que se pueden explicar muy bien despues de nuestras hipótesis y que por consiguiente, no están en contradiccion con ellas.

A. Cuando se ha dado en prenda una cosa, el acreedor que la recibe no tiene la calidad de poseedor civil (2).

«*Sciendum est, adversus possessorem hac actione (ad exhibendum) agendum: non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit ad exhibendum teneri placet.*»

La relacion de la argumentacion que encierra este caso es la siguiente: la accion *ad exhibendum*, dice el juriseconsulto, no es dirigida únicamente contra el poseedor civil: prueba su asercion citando el ejemplo del acreedor, y se sirve para hacer sentir la transicion de la regla á su aplicacion, de la palabra *denique* (por ejemplo) que nosotros encontramos en la misma acepcion en muchos casos del Digesto (3). En los dos fragmentos que siguen á

(1) Esta importante distincion y su aplicacion á la interpretacion, dos puntos por los cuales adquiere una certidumbre completa mi explicacion de la posesion civil, se encuentran en el apéndice que Thibaut ha añadido á la edicion de Cuperio, y ya antes habia hecho mérito de ellas en la crítica de mi libro, inserta en la *Allgemeine Leipziger Zeitung* de 1804, núm. 41. Posteriormente Thibaut ha emitido sobre este punto la siguiente opinion. «Tomada así la teoria que el autor ha creado relativamente á la posesion civil, nos parece irrefutable.» (*A. L. Z. Ergänzungsblätter*, 1806, t. 2.º, p. 530.) Un crítico de Thibaut hace la juiciosa observacion de que la nota sobre la L. 24, D. de poss. contiene ya un ejemplo aunque sin prueba y sin aplicacion. «Dic ergo civiliter, i. e. de jure civili non possidere, neque civiliter, neque naturaliter.» Verdad es que Thibaut ha desechado esta doble significacion, y hasta la ha calificado de falta de sentido sin fundarse en nada y sin oponer las razones que anteriormente habia adoptado. (Adic. á la sexta edicion.)

(2) L. 3, §. 15, D. ad exhibendum.

(3) «In omni fere jure, finita patris potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium: denique et patria dignitas quaesita per adoptionem finita, ea deponitur.» L. 3, D. de adopt.

continuación de nuestro pasaje (1), entre los que el segundo debe tener una ligazón con nuestra cita en la obra de Ulpiano, se añaden aun otros muchos ejemplos, de suerte que estos tres fragmentos no forman mas que uno solo.—Esta ligazón es tan natural y necesaria, que no habria podido desconocerse, si no se hubiera tenido una idea falsa de la posesion civil. La nota añade á la palabra *acreedor* esta observacion «*hic civiliter possidet*» que puede tomarse tambien como una objecion contra la opinion del testo, de modo que no se debe suponer necesariamente que la haya comprendido mal. Frider (2) llega hasta querer probar con este caso que el acreedor es un poseedor civil. Cupero (3) destruye toda la ligazón que existe entre nuestros fragmentos, admitiendo arbitrariamente que la palabra *denique* empieza un sentido enteramente nuevo y sin relacion con el que precede; sin considerar que el jurisconsulto no haria entonces mas que repetirse, porque la posesion civil y la natural, para las cuales hay ya establecida una regla, comprenden todos los casos posibles. Este comentador no habria recurrido ciertamente á una interpretacion que compromete hasta tal punto la lógica de los jurisconsultos romanos, si hubiese podido salvar de otro modo el sentido que atribuye á la posesion civil, y queda destruido por nuestra cita.

Queda, pues, establecido que el acreedor no tiene posesion civil alguna sobre la prenda, y no tenemos mas que determinar los derechos de su posesion, para demostrar el sentido que daban los jurisconsultos romanos á esta palabra. El siguiente pasaje se explica sobre estos derechos del modo mas preciso posible (4):

«...qui pignore dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet...»

Así, el acreedor posee bajo todos los conceptos jurídicos, salvo la usucapion: síguese, que la *posesion civil* que se le niega no pueda significar otra cosa que la posesion propia para la *usucapion*.

B. El segundo caso en que se menciona la posesion civil, se refiere á la donacion prohibida entre esposos. Esta donacion no debe producir la posesion civil:

«In quæstionibus læsæ majestatis etiam mulieres adiuntur: conjurationem denique Sergii Catilinæ Julia mulier detexit, et Marcum Tulium consulum iudicium ejus instruxit.» L. 8, D. *ad legem Juliam majest.*

«Nemo enim in persequendo deteriores causas, sed meliorem facit. Denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et heres tenetur ex omnibus causis.» L. 87, D. *de R. T.*

Esta significacion de la palabra *denique* puede tambien reducirse á otra mas conocida: porque continuamente tiene la misma que *sane* ó *certe*. Censor, *D. bello gallico*, lib. III, cap. 33, p. 83 ed de Leips., 1780.—Seneca, *De ira*, lib. 3, cap. 18.—Thon, p. 116, cita un gran número de casos semejantes.—Cpr. por la opinion contraria. Thibaut, *Archiv.* XVIII, 338.

(1) L. 4, 5, D. *ad exhibendum*.

(2) *De materia possessionis*, cap. 4, §. 13.

(3) *De natura possessionis*, P. I., cap. 3, p. 35.

(4) L. 16, D. *de usurp. et usuc.*

L. 26 pr. D. *de don. inter virum et uxorem*.

«...licet illa (uxor) jure civile possidere non intelligatur (1).»

L. 1, §. 4. D. *de poss.*

«Si vir uxore cedat possessione, donationis causa, plerique putant (y esta opinion está adoptada aquí tácitamente como se hace por regla general, porque Paulo añade por sí un nuevo motivo) possidere eam «*quoniam res facti infirmari jure civili non potest....*» (En lo cual el derecho civil no reconoce esta posesion).

L. 1, §. 9, 10, D. *de vi*.

«Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum (*de vi*) pertinet. Denique (2) et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit: poterit interdicto uti: non tamen si colonus (3).»

En estos tres pasajes, se desecha la *posesion civil*: pero ¿cuál es la relacion legal que se quiere designar por esta palabra? El segundo caso dice en términos precisos y los otros dos fragmentos establecen igualmente (4), que esta donacion produce una posesion jurídica.

(1) Ya se echa de ver aquí la duplicidad de los términos *jure civili non possidere*, de que antes hemos hablado. Pero como en este caso (no tardaremos en probarlo) la existencia de una posesion jurídica no puede de modo alguno ser revocada en duda, esta expresion no puede indicar aquí otra cosa que la negacion de la posesion civil.—Thibaut, *contratos*, p. 343, interpreta este caso de la manera siguiente: «aun cuando se quisiera admitir con otros jurisconsultos que la mujer no posee.» de suerte que ni el mismo Paulo hubiera querido sostener esta opinion. Dos suposiciones falsas le llevaron á dar esta forzada interpretacion: 1.ª segun él, *jure civili non possidere* quiere decir: *no poseer del todo*; 2.ª cree que los jurisconsultos romanos han disentido en la opinion sobre la posesion que resulta de una donacion entre esposos. Y concluye con estas palabras: *Julianus putat et plerique putant*; pero estas expresiones se emplean frecuentemente aun en los principios menos contestados. Además no tiene necesidad de oponer el motivo alegado en la L. 1, §. 4, D. *de poss.*, á verdaderos adversarios.—Cpr. tambien Thon, p. 124 y sig., y Thibaut, *Archiv.* XVIII, 349 y sig. (Adic. á la 6.ª edic.)

(2) La conexión y aun la expresion es aquí enteramente la misma que en la L. 3, §. 15, D. *ad exhibendum*: ambos casos se interpretan el uno por el otro, y nosotros nos referimos á la interpretacion que mas arriba hemos dado de este último caso.

(3) Thibaut, *Contratos*, p. 339, anuncia una nueva explicacion del testo, cuyo contenido sería este: «Cuando el marido hace una donacion á su mujer, y esta es espulsada, el marido es quien puede invocar el interdicto.» Pero haciendo una construccion sencilla y natural, la palabra *poterit* se referirá á *eaque* como al sugeto mas cercano y no á *maritus* que es el mas lejano. Esta construccion natural se cambia, pues, en otra forzada, sin resultar de ello mas ventaja que la de esforzarse en deducir trabajosamente un sentido muy oscuro y embrollado, en vez de venir á uno jurídico y sencillo. Segun nuestra interpretacion el fin del párrafo debe concluirse así del modo mas natural: *Non tamen si colonus dejectus erit, poterit (colonus) interdicto uti*; es decir, que quiere hacerse advertir la diferencia que hay relativamente á la posesion entre los derechos de la esposa donataria y los del arrendatario.

(4) L. 1, §. 2, D. *pro donato*. *Possidere autem uxorem rem a vivo donatam, Julianus putat.*—L. 16, D. *de poss.* *Quod uxor vivo, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.* Por muy claramente explicado que este

El tercer texto llega hasta á designar un efecto de esta posesion: un interdicto: pero esta no puede producir la usucapion: L. 1, §. 2, D. *pro donato*.

«Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cesat usucapio» Siguese que aqui aun no puede entenderse por la *posesion civil* que se niega, otra cosa que la posesion propia a la usucapion.

C. La regla: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* no solo debe aplicarse á la posesion civil, sino tambien á la posesion natural (1). Esta regla incomprensible por sí misma, hasta ahora nadie la ha dilucidado mas que Gajus (2). Y aun despues de la publicacion de sus principios se han cometido muchos errores. Desde luego se podia suponer que esta regla significaba que era imposible cambiar la causa de posesion, aun con el concurso de otra persona. Pero lo cierto es que no tiene este sentido, porque cuando el poseedor de mala fé compra la cosa del que tiene la propiedad, ó que él cree ser propietario, esta mutacion de causa (*causa mutatio*) es enteramente legitima y eficaz (3). Cuando el locador rechaza al arrendatario, cambia realmente la *conductionis causa* en la *dejectionis causa* y adquiere por ello la verdadera po-

este principio ha sido negado, no obstante, varias veces por tal de salvar esta ó la otra idea que se ha formado de la posesion civil. Cuperio (*De natura possessionis*, P. 2.^o, cap. 11, p. 84) cree que Paulo está en contradiccion consigo mismo (en las L. 1, §. 4, D. *de poss.*, y L. 26, pr. D. *de don. inter virum et uxorem*). Fleck (*De poss.*, p. 45—118) vá mas lejos aun pretendiendo que debe negarse en cualquier caso esta posesion. El único texto que podría oponerse á nuestra asercion, sin que supusiese desde luego una idea arbitraria de la posesion civil, es la L. 46, D. *de don. inter virum et ux.* «Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.» Pero aqui no es la posesion lo que se niega, sino la donacion: la ley solo pretende que la mujer posea *pro donato*, y esto es lo que la L. 16, D. *de poss.* ha tenido en consideracion cuando dice: «Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.» Este párrafo está sacado de la misma obra de Ulpiano que la citada L. 46. Este principio no puede, pues, ejercer ninguna influencia sobre la existencia de la posesion, porque no se refiere mas que á la sucesion jurídica (en la donacion), y la existencia de la posesion es independiente de toda sucesion (v. §. 5).—Lo que hay esencial en esta interpretacion es antiguo. V. Duarein sobre la L. 1, §. 4, D. *de poss.* (p. 829). Valentia *Tract. ill. L. 1, t. 2, c. 7, p. 52*.—Cuperio mismo ha contribuido á mejorarla como demostraremos con mas datos en la sec. IV, cuando tratemos del interdicto *utrubi* (§. 39). Si la inscripcion de nuestro texto no hablase tan alto en favor de nuestra interpretacion (v. §. 39), la objecion que se nos hace, se refutaría aun de otra manera mas sencilla y mas satisfactoria. La posesion, cuya donacion está hecha, segun nuestra cita, sin efecto, podría ser un *fundo provincial*, y tratando de esta materia muchos otros textos reconocen una donacion de la posesion.—L. 13, 15, C. *de don. inter virum et uxorem*. El sentido del texto será entonces este: no solo el *dominium* no se transmite de esta manera, sino que la propiedad natural de un fundo provincial tampoco es susceptible de semejante transmision.

(1) Lo que sigue ha sido enteramente variado en la 6.^a edicion.—Entre otros autores debe consultarse sobre este punto de derecho: á Merenda XII, 28.—*Unterhölzner Verjährungslehre*, p. 100.—Thou, p. 99—114.—Thibaut, p. 333 y sig. parece no tener una idea clara acerca de esta regla.

(2) Gajus, lib. 2.^o, §. 52—61.

(3) L. 33, §. 1, D. *de usurp.*

sesion (1). Esta regla no se opone, pues, á este cambio. Y no es necesaria aqui una violencia positiva, porque el conductor se halla bastante garantido por el interdicto *de vi*, y porque la deyeccion jamás puede conducir á la usucapion.—Siguese de aqui, que esta regla no es generalmente aplicable mas que á ciertos casos poco numerosos en que fuese posible un cambio arbitrario por una de las partes en una causa legitima y eficaz en derecho, pero cuya influencia sobre la usucapion se estorbaria por esta regla de derecho positivo. Estos casos son los siguientes. Mientras el heredero no hubiese tomado posesion de una cosa que formaba parte de una sucesion, cada cual tenia el derecho de apoderarse de ella, de poseerla y de usucapirla á título *pro herede*. Tal usucapion no exijia pues ni buena fé ni justo título, y nos ofrecia la particularidad de que aun para los fundos quedaba cumplida por el transcurso de un año.—Esta era realmente una causa de la especie anteriormente descrita; porque se basaba sobre una voluntad única, aunque injusta, y sin embargo era una causa justa de usucapion lo que la distinguia esencialmente de la deyeccion emprendida contra el inquilino.—Gajus alega como motivo de esta posesion y de esta usucapion, tan poco conformes á la probidad (*tan improba possessio et usucapio*) que con ella se queria forzar al heredero á apoderarse mas pronto de la posesion, cosa muy deseada, tanto a causa de *sacra* como para los acreedores. Añade que el emperador Adriano modificó este derecho y permitió al heredero tratar como nula esta usucapion, aun despues de cumplida, esceptuando al heredero necesario que era el único obligado á considerarla como válida. A esta singular institucion es á la que la antigua regla de que se trata se referia del modo siguiente: Si alguno usucapia *pro emptore*, ó si tenia la posesion natural, en calidad de depositario, esta usucapion *pro herede* que acabamos de describir, podia ser, en caso de muerte del propietario, muy ventajosa al poseedor: porque para acabar la usucapion, el comprador no tenia ya necesidad, si se trataba de una finca territorial, mas que de un año en vez de dos que le serian precisos en calidad de comprador, y el depositario que, bajo este caracter, no podia de modo alguno adquirir la propiedad por la usucapion, se colocaba en aptitud para adquirir de este modo. Nuestra regla se opone á estos poseedores: habiendo principiado una vez á poseer en cierta calidad, no deben tener derecho de cambiar arbitrariamente y en conciencia de la ilegalidad, la especie de posesion suya en la *pro herede*. Las espresiones empleadas por Gajus para la usucapion *pro herede* y por otros juriscultos para la regla de derecho que nos ocupa, prueban evidentemente que aquel es el sentido de ella. Porque, relativamente á la usucapion *pro herede*, Gajus se esplica de este modo: «*hæc autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur,*

(1) L. 13; L. 18, p. D. *de vi*.

nam sciens quisque rem alienam *lucrifacit*. Damos á continuacion los dos testos mas explicitos (1) sobre nuestra regla de derecho ambos de Justiniano, y por consiguiente mas antiguos sin duda que la citada disposicion de Adriano.

L. 33, §. 1, D. de usurp.

«Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, tollim verum est, quotiens quis *sciret se bona fide non possidere, et lucrificandi causa inciperet possidere.*»

L. 2, §. 1, D. pro herede.

«Quod vulgo respondetur, causam possessionis nominem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque cum apud quem res deposita est, aut cui commodata est, *lucrificandi causa pro herede usucapere posse.*»

Ya comprendemos claramente en qué sentido habla Justiniano en el último fragmento acerca de la posesion *civil y natural*. Quiere decir que no solo el que hasta entonces usucapía (*possessio civilis*) se ve por esta regla de derecho imposibilitado para cambiar su comenzada usucapion en esta obra mas ventajosa *pro herede*, sino que aun aquel que no era apto para usucapir (*possessio naturalis*) debe hallarse con la prohibicion de esta misma regla para abrir á su favor, por medio de semejante cambio, la usucapion que nunca podia tener (2). Segun esta interpretacion, la terminologia que hemos admitido sirve exactamente de base á este testo. Verdad es que esta regla ha perdido en gran parte su verdadero objeto desde Adriano, y enteramente en el derecho de Justiniano; así es que no encontramos en el Digesto mas que pasajes en que no debe tener aplicacion.

En segundo lugar, esta regla podia igualmente hallar cabida en la *usureceptio*, porque esta se basaba tambien sobre una voluntad única, y por tanto carecia de titulo aunque no deba ser siempre considerada como injusta. Pero esta regla estaba destinada á impedir la usucapion en el caso en que era evidentemente injusta y en particular cuando el deudor judicial habia tomado en arriendo la cosa del acreedor (3).

(1) Pueden compararse con estos testos los siguientes, cuyo sentido no se halla tan bien determinado. L. 3, §. 19, 20; L. 19, §. 1, D. de poss. L. 2, §. 21, D. pro emptore.—L. 1, §. 2, D. pro donato.—L. 6, §. 3, D. de precario.

(2) Es indudable que el juriconsulto supone que, relativamente á la posesion civil, la regla es fácil y generalmente reconocida, y que en la posesion natural con mas frecuencia se pone en duda. Thibaut, p. 235, mira esta union necesaria como inconciliable con la explicacion que nosotros damos á la posesion civil. Pero lo cierto es que no hay cosa mas natural que limitar la causa de la posesion, de que habla esta regla, á la justa causa de la usucapion. Tambien esta es la idea del juriconsulto cuando hace reparar que no solo se aplica la regla á la causa de venta ó de donacion, sino tambien á la de arrendamiento ó depósito, es decir, á dos causas que no se consideran tales en materia de usucapion.

(3) Thon, p. 199, es el primero que hizo esta excelente observacion.

D. Dos testos se adoptan como regla para los esclavos: *civilliter non possident*. L. 24, D. de poss.... «Peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus ereditur possidere.»

L. 38, §. 7, 8, D. de verb. oblig.

«Hæc quoque stipulatio: *possidere mihi licere spondes?* utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. Sed quamvis civili jure servus, non possidet tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est: et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. Plane si: *tenere sibi licere* stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat.»

En estos casos se sirve el juriconsulto de la expresion *civilliter non possidet* para rehusar toda posesion, pero á causa de una regla del derecho civil: por lo tanto estos casos no pertenecen á la posesion civil. Porque por una parte, es cierto que el esclavo no tiene posesion alguna y no se sabría explicar por qué razon no se hablaba aquí mas que del defecto de la *posesion civil*; y por otra parte el *civilliter quidem possidere non potest* se encuentra limitado en estos mismos casos por expresiones que, segun nos proponemos probar mas adelante, se encuentran siempre como opuestas á toda posesion jurídica (*tenere, naturaliter tenere*). Hé aquí el enlace de la materia. Segun las ideas de los romanos la misma esclavitud provenia del derecho de gentes: pero la adquisicion del esclavo para su amo, y la incapacidad del esclavo para tener bienes por sí, pertenecen al derecho civil, puesto que los mismos romanos conocian otros pueblos en que los esclavos podian tener una fortuna propia (1). Podria, pues, decirse con exactitud: *servus civi-*

(1) Tales eran, por ejemplo, los alemanes. Tacito, Germ. cap. 25. Muchos casos se ofrecen tambien en favor de nuestra opinion mas bien que en contra de ella: 1. L. 1, §. 1, D. §. 1, J. de his qui sui. «Igitur in potestate sunt servi dominorum (que quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peraque gentes animadvertimus, dominis in servos vilia necis que potestatem fuisse) et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.» Si á esta última palabra se le da la significacion de *adquiri*, la opinion emitida mas arriba es enteramente falsa: si se lee *adquiritur*, esta opinion se hace para toda la construccion mucho mas probable que la opinion contraria. Haloander es el primero que ha leído en las Pandectas *adquiri*, y en la Instituta, una ed. en 12 de Chevallon, luego la de R. Etienne. Finalmente, Haloander ha seguido todas estas ediciones, lo que no indica la de Goubaux: *adquiritur* es como lee el verdadero Gajus (lib. 4, §. 52) y tambien todos los antiguos. M. M. S. y las ediciones mas remotas de los libros del derecho de Justiniano, particularmente en los tres mas antiguos. (M. M. S. de la Instituta de Bamberg Rosshert Beitrage, cap. 1, Heidelberg, 1820, p. 74) y la de todos los M. M. S. de Paris en número de 23: de trece M. M. S. de Paris del Dig. Velus, doce están conformes, y en el décimo tercero, que es mas moderno, la palabra *adquiri* es evidentemente una falta del copista, porque la glosa del mismo se vale igualmente de la palabra *adquiritur*. La L. 19, §. 1, D. *adquir. rer. dominio*, no nos es contraria: porque las palabras *ipse enim qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest* pueden hacer referen-

liter non possidet; es decir: el esclavo está incapacitado para la posesion jurídica, y la causa de su incapacidad se halla en el derecho civil.

E. Lo mismo se dice con respecto al poseedor de una cosa complexa, cuando se habla de la posesion de las diferentes partes que la componen (por ejemplo, de la posesion de las ruedas de un carruaje) y relativamente á cada una de ellas en particular *civilliter non possidet* (1). No puede determinarse con certeza cual de las dos significaciones de esta espresion sirve aquí de base. Tal vez se trata de la posesion civil (2); pero tambien puede ser que se niegue toda posesion apoyándose en el derecho civil (3).

Nos detendremos aquí sobre la posesion civil. Casi es inútil recordar que en todas las citas hechas, la *posesion natural* se presenta como una antítesis lógica de la *posesion civil* (como *possessio, quæ non est civilis*). Mas adelante entraremos en mayores detalles sobre este punto.

2. *Posesion* (como dando derecho á los interdictos) ó *posesion propiamente dicha*, por oposicion á *posesion natural*. Aquí tenemos dos cosas que probar: la *primera*, que la posesion propiamente dicha, considerada jurídicamente, se distingue de la posesion natural; la *segunda* que la oposicion en que se ponen estas espresiones, no admite otra significacion que la de designar la posibilidad jurídica ó la imposibilidad del recurso de los interdictos.

A. La palabra *posesion*, sin designacion alguna como razon jurídica, se opone á una razon no jurídica que se halla en las denominaciones: *esse in possessione*, *tenere*, *naturaliter possidere*, *corporaliter possidere*. (4) Idem Pomponius bellissime tentat di-

cia del mismo modo al derecho civil romano que al *jus gentium*. La crítica de la edicion que Thibaut ha publicado sobre Cupero (*Gaet. Anz.* 1804, p. 14, 32) cree que la incapacidad del esclavo para tener bienes propios, proviene del derecho de gentes, pero cree tambien que la aplicacion de esta incapacidad á la posesion, cuya naturaleza puramente de hecho no ha sido consignada jurídicamente mas que por el derecho romano, pertenece al derecho civil. Si se admitiese como de derecho de gentes esta incapacidad (lo que negamos), tal modo de conciliar será muy ingenioso y satisfactorio.

(1) L. 7, §. 1. 2. D. ad exhibendum. Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Y tambien escribe Pomponio: *quamvis tunc civiliter non possideas*.

(2) Thibaut (*Appendice á Cupero*) niega esta proposicion, porque dice, es absurdo, hablando de la accion *ad exhibendum*, hacer la advertencia de que no se exige que el demandado posea *ad usucapionem*. Pero no es difícil responder á esta objecion: porque en otro testo (L. 3, §. 15. D. ad exhibendum) hace Ulpiano precisamente la misma observacion que Thibaut cree imposible.

(3) V. §. 22.

(4) La glosa se vale de la espresion *detentio apinina* (sobre la L. 29. D. de poss.) en otro lugar explica esta espresion (acerca de la L. 24. D. de poss.) *et tenere potest ut asinus sellan*. Sabido es que Accurso tomaba con frecuencia, por ejemplo, el asno. Los jurisconsultos italianos posteriores le llaman *tenuta*, frase que se encuentra en un diploma de 1252, citado por Sarti. (*De claris Archygyum. Bonon. prof.* L. 1, §. 2, pag. 78: *corporalem possessionem et tenutam tradidisse*). La espresion *esse in possessione*, semeja á la de *esse in li-*

bertate; aquella se emplea en oposicion á la posesion propiamente dicha; esta en oposicion á la libertad; con la diferencia de que el *esse in libertate* gozaba de una proteccion particular del derecho positivo.

(1) L. 10, §. 1. D. de poss.

(2) L. 7, pr. D. de damno infecto.

(3) L. 49, §. 1. D. de poss. Las palabras que se hallan al fin del testo, han sido explicadas antes, y espresamente dicen que aquí se distingue el concepto jurídico de otro que no lo es.

(4) L. 3, §. 3. D. de poss.

(5) L. 24. D. de poss.

(6) L. 18, §. 1. D. de acceptil.—§. 2. J. quibus modis toll. obl.

(7) Por ejemplo: *corporalis possessio*. L. 40, §. 2. D. de pign. act.—*Naturalis possessio*. L. 38, §. 10. D. de usuris, et L. 3, §. 13. D. de poss.—En fin, *in possessione esse*, §. 5. j. de interdictis.—L. 11, §. 13. D. quod vi, et L. 2. C. de poss.—Cupero (*De nat. poss.*, P. 1, c. 3), da á la espresion *possessio naturalis* tres significaciones: 1.ª la simple detentacion; 2.ª la detentacion, como parte constitutiva de la posesion jurídica; 3.ª la posesion semejante á la simple detentacion por una ficcion de ley. V. antes en el §. 5. Pero de todas estas significaciones, solo una sirve de base; esto es, que no tenemos necesidad de ir probando cada uno de estos tres significados por los textos en que los encontramos; pero podiamos haberlos deducido con seguridad de las otras disposiciones de la ley aunque jamás se hubiesen empleado en particular. Por otra parte la advertencia de Cupero ha sido hecha ya por Doneau. v. 7.

igual distincion sirve de base á las bien conocidas palabras de la estipulacion aquiliana *quod re in meum habes, tenes, possides* (6).»

Esta oposicion en las espresiones no quiere decir, sin embargo, que la posesion jurídica no pueda comprender al mismo tiempo la posesion natural, la detentacion: porque aunque á veces se admite la posesion jurídica en casos en que no hay detentacion, con todo, generalmente hablando se halla unida á esta (§. 5). Además, por posesion natural, opuesta á la posesion jurídica, se entiende la que es puramente natural; de modo que la posesion natural puede tambien hallarse contenida en la posesion jurídica sin perjuicio de esta antítesis. Por esto se nota que en una multitud de pasages, todas las espresiones que designan el concepto no jurídico, se emplean cuando se trata de la posesion jurídica, para espresar la detentacion corporal que forma parte de ella (7).

B. Esta distincion solo tiene por objeto determinar la posibi-

bertate; aquella se emplea en oposicion á la posesion propiamente dicha; esta en oposicion á la libertad; con la diferencia de que el *esse in libertate* gozaba de una proteccion particular del derecho positivo.

(1) L. 10, §. 1. D. de poss.

(2) L. 7, pr. D. de damno infecto.

(3) L. 49, §. 1. D. de poss. Las palabras que se hallan al fin del testo, han sido explicadas antes, y espresamente dicen que aquí se distingue el concepto jurídico de otro que no lo es.

(4) L. 3, §. 3. D. de poss.

(5) L. 24. D. de poss.

(6) L. 18, §. 1. D. de acceptil.—§. 2. J. quibus modis toll. obl.

(7) Por ejemplo: *corporalis possessio*. L. 40, §. 2. D. de pign. act.—*Naturalis possessio*. L. 38, §. 10. D. de usuris, et L. 3, §. 13. D. de poss.—En fin, *in possessione esse*, §. 5. j. de interdictis.—L. 11, §. 13. D. quod vi, et L. 2. C. de poss.—Cupero (*De nat. poss.*, P. 1, c. 3), da á la espresion *possessio naturalis* tres significaciones: 1.ª la simple detentacion; 2.ª la detentacion, como parte constitutiva de la posesion jurídica; 3.ª la posesion semejante á la simple detentacion por una ficcion de ley. V. antes en el §. 5. Pero de todas estas significaciones, solo una sirve de base; esto es, que no tenemos necesidad de ir probando cada uno de estos tres significados por los textos en que los encontramos; pero podiamos haberlos deducido con seguridad de las otras disposiciones de la ley aunque jamás se hubiesen empleado en particular. Por otra parte la advertencia de Cupero ha sido hecha ya por Doneau. v. 7.

lidad ó imposibilidad jurídica de los interdictos. Y esto es lo que vamos á probar con tanta facilidad como la que hemos tenido para demostrar la existencia de esta distincion por sí misma. En efecto, la posesion propiamente dicha es la condicion de los interdictos, como prueba el nombre de *interdictos posesorios*, y como prueban tambien multitud de testos (1).

Al mismo tiempo, la existencia de la posesion en general, sin mas atributo jurídico, basta para dar lugar á los interdictos, aunque haya empezado esta posesion de un modo injusto (2). Asi pues, la posesion propiamente dicha sin adiccion alguna, es la que sirve de base á los interdictos.

Además, no hay duda en que el arrendatario, el comodatario, el enviado á la posesion, etc., de quienes la ley dice, *sunt in possessione, tenent, sed non possident*: no tienen derecho á recurrir á los interdictos posesorios (3).

Puede decirse en general que quien goza de la posesion propiamente dicha, goza tambien de los interdictos; el que simplemente está en posesion, *in possessione*, no disfruta de ellos; estas dos antítesis coinciden perfectamente.

Hemos probado por partes esta tesis, con el objeto de hacer conocer mejor la verdad; ahora será fácil explicar un pasage que en sí solo contiene cuanto hemos demostrado por la coincidencia de muchos testos. Este trata de la reivindicacion, la cual, no pudiéndose dirigir mas que contra el poseedor de la cosa, hace que deba examinar el juez si el demandado es poseedor; y solo se trata de saber quién debe ser considerado como tal poseedor en este caso. Este es el punto que se propone decidir el testo.

L. 9, D. de rei vind.

«Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit ut iudex inspiciat an res possideat. Quidam tamen, ut Pegasus, *eam solum possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdictum uti possidetis, vel utrobi*. Denique (4) ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine *in possessione esset* vel cui damni infecti non cavebatur, quia hi omnes *non possident*, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui *tenent*, et habent restituendi facultatem, peti posse.»

(1) «Interdictum autem hoc (*de vi*) nulli competit nisi ei qui tunc, cum deiceretur, possidebat» (L. 1, §. 23, D. de vi).

«Creditores missos in possessionem rei servandæ causa, interdicto uti non posse et merito: quia non possident.» (L. 3, §. 8, D. uti poss.).

«Si eam rem *cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim...* precario tibi concesserim: teneberis hoc interdicto.» (L. 7, D. de precario) Cpr. §. 4, 56, J. de interdictis.

(2) §. 6, J. de interdictis.—L. 1, §. 9.—L. 2, D. uti poss.

(3) L. 1, §. 10, D. de vi.—L. 3, §. 8, D. uti possidetis, etc.

(4) Denique sirve tambien aqui, como en la L. 3, §. 13, D. ad ex hibendum, et la L. 1, §. 9, 10, D. de vi, de transicion de la regla á su aplicacion.

Teniendo por objeto este fragmento determinar el sentido de la palabra *posesion*, le toma al principio en el sentido mas vago: despues cita á Pegaso que juzga no deberse aplicar la regla sino á esta especie de posesion que da causa al interdicto y de ningun modo á casos en que no puede suponerse existencia de posesion: pero Ulpiano decide contra él.—Con respecto á la cosa, las opiniones de los dos juriconsultos no están conformes; pero en cuanto á las palabras, ambos las toman en la misma significacion, y esto es lo único que nos interesa. Los dos parten de una idea general (natural) de la palabra *possessio*, y reconocen dos especies: una la que da accion á los interdictos posesorios (1) y otra por consiguiente, la que no dá lugar á ellos. Inmediatamente despues, el juriconsulto dice con respecto al poseedor de la segunda especie; *est in possessione, tenet, non possidet*: de donde se colige que la primera especie debe por necesidad llevar el nombre de *possessio* simplemente. Este párrafo nos sirve pues de otra nueva prueba para formarnos la verdadera idea que va unida á la posesion propiamente dicha, como causa de los interdictos.

3. Hasta ahora hemos probado que hay dos especies de posesion jurídica: la *posesion civil* y la *posesion propiamente dicha*. Pero ¿cuales son las relaciones que existen entre estas dos ideas jurídicas?

El derecho de recurrir á los interdictos supone la existencia de la *posesion propiamente dicha*, y nada mas; aun el que ha entrado en posesion con violencia puede invocar los interdictos (2), sin que se exija cualidad alguna jurídica como condicion de ellos, mas que existencia de la posesion.

La usucapion, por el contrario, supone la existencia de la posesion propiamente dicha (3); pero no es esta la única condicion de que depende; la posesion debe haber empezado con buena fe y justo título (*bona fides et justa causa*), y la cosa poseida no debe hallarse particularmente exceptuada de la usucapion (*res furtiva vi possessa, etc.*)

Segun lo cual, la relacion que existe entre estas dos ideas es la siguiente: la posesion propia de la usucapion solo tiene algu-

(1) Hablamos de los interdictos posesorios, sin restriccion alguna, aunque Ulpiano se limita á tratar del interdicto *uti possidetis*, y del *utrobi*, puesto que es indudable, segun otros pasages, que los demás interdictos suponen la misma especie de posesion como requisito para su aplicacion (L. 1, §. 10, D. de vi) y que Ulpiano habla solo de estos dos interdictos, porque solo ellas pueden hallarse en el mismo proceso. Si el demandado actual hubiese invocado estos interdictos antes de la reivindicacion, su posesion (jurídica) hubiera sido examinada. ¿Podrá tener tambien lugar esta última, dice Ulpiano, aunque no se haya recurrido al interdicto antes de la reivindicacion?

(2) §. 6, J. de interdictis.—L. 1, §. 9, L. 2, D. uti possidetis.

(3) *Sine possessione usucapio contingere non potest*. L. 25, D. de usurp. et usuc. Valganos de ejemplo la usucapion que cesa apenas se ha perdido la posesion. L. 5, D. eod.

nas condiciones mas que la que da derecho á los interdictos; esta siempre se halla comprendida en la primera. Semejante relacion no podia ser designada de otro modo que llamando á la posesion propia de los interdictos *possessio*, sin añadirle atributo alguno (*posesion propiamente dicha*) y distinguiendo de esta la que conduce á la usucapion, por la adiccion de la palabra *civilis* (*posesion civil*), y de este modo los mismos términos sirven para confirmarnos en lo que hemos probado por la naturaleza jurídica de estas instituciones.

De todo lo cual resulta que las dos significaciones jurídicas que tiene la posesion en el derecho romano, no estan basadas en ninguna *division de una posesion jurídica en general*, sino que por el contrario, no hay mas que *una sola* posesion jurídica que cuando existe aisladamente, da lugar á los interdictos, pero es causa tambien de la usucapion cuando á ella se unen otras condiciones (1). Por esto, el siguiente pasaje que á muchos intérpretes ha parecido insignificante, contiene en sí un sentido de mucha importancia, sin que esté, no obstante, en contradiccion con la doble naturaleza jurídica de la posesion; naturaleza sobre la cual descansa todo nuestro sistema. «*Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinita*» (2). Estas innumerables especies se refieren á la multitud de *causas possidendi* de que antes se trata, y tambien á ellas se opone en primer lugar el *unum genus*: pero este parece enunciado como verdad general, lo que sería imposible si hubiera muchas ideas jurídicas de la posesion, originariamente diferentes y opuestas.

Hemos llegado á tener un punto de vista general que comprende cuanto el derecho romano determina relativamente á la posesion. Todas las disposiciones de este derecho se refieren al mismo tiempo á la usucapion y á los interdictos, pero de distinto modo para cada caso: son inmediatamente relativas á los interdictos, porque estos no suponen mas que la *possessio*, la *posesion propiamente dicha*; y por el contrario, son mediatemente relativas á la usucapion, porque la posesion propiamente dicha requiere aun mas condiciones para llegar á convertirse en *civil*.

Este modo de entender la posesion jurídica, segun el cual todas las modificaciones jurídicas de la posesion propiamente dicha tienen por único objeto una sola y misma idea, es el mas importante de todos para la interpretacion de la materia que nos ocupa, y es tambien la única medida para fijar en general y con certeza el verdadero valor de cada obra relativa á la pose-

(1) En el antiguo derecho romano hallamos un texto idéntico con respecto á otras dos ideas: el *justum matrimonium*, y el *matrimonium cum conventione in manum*. Para poder formar una idea del último, es preciso que exista el primero: tampoco puede decirse que hay aquí una *division* del matrimonio, aunque estas sean dos clases de matrimonios jurídicos diferentes.

(2) L. 3. §. 21, D. de poss.

sion. Porque es evidente que el objeto de la parte del derecho romano que trata de la posesion, debe estar muy descuidado ó desconocido en proporcion directa de la mayor ó menor exactitud de las ideas que se han formado sobre esta idea general de la posesion jurídica, y que son el fundamento de toda la teoria (1).

4. Como hemos probado, la expresion *naturalis possessio* tiene un doble significado. En efecto, segun su nocion primitiva toda posesion constituye una razon natural, y por esta causa no es necesario distinguirla como tal por un atributo. Pero desde que bajo ciertas condiciones adquiere el valor de un derecho, se opone á esta posesion jurídica otra posesion no jurídica que no reune sus condiciones. Nosotros empero hemos establecido una doble posesion jurídica y con ella una doble *posesion natural*: vamos ahora á tratar de estas dos significaciones, procurando ponerlas en paralelo.

Las dos tienen la circunstancia de no encerrar sino ideas negativas, esto es, que en ellas no se afirma cosa alguna jurídica, sino que siempre se niega: la única diferencia consiste en la estension de semejante negativa.

La *posesion natural* de la primera especie en oposicion á la posesion civil designa toda detentacion que no reune las cualidades necesarias para dar causa á la usucapion: nada jurídico se sienta en ella fuera de esta negativa, y esta es la razon porque la posesion natural abraza tanto la simple detentacion que nada jurídico tiene, como la posesion jurídica que no conduce á la usucapion: en este sentido es en el que se atribuye al acreedor pignoraticio la posesion natural de la cosa empeñada, y del mismo modo una donacion entre esposos produce una simple posesion natural. El texto que contiene la última regla, y ha sido empleado antes para manifestar la idea de la posesion civil, tiene tambien una importancia inmediata para la posesion natural.

L. 1, §. 9, 10, D. de vi.

«*Deiicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique, et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit: poterit interdictum uti: non tamen si colonus.*»

El sentido de este pasaje es el siguiente: el interdicto se concede á toda *posesion* (jurídica), así no tan solo para garantir la posesion *civil*, sino tambien para garantir la *natural*, con tal que sea una verdadera posesion (jurídica) (2). Por esto la posesion

(1) Este es tambien el principal motivo por el cual la explicacion de la posesion civil dada por Cuperó y por Thibaut, es tan perjudicial á todo su tratado de la posesion (v. mas adelante las ad. al §. 10). Porque cuanto enseñan los juriconsultos romanos acerca de la existencia ó no existencia de la posesion, con una lógica que merece hasta el mas alto grado nuestra admiracion, viene á ser por lo menos incierto segun este modo de ver (ad. á la 6.ª edic.).

(2) Las primeras palabras (*is qui possidet*) encierran, y es preciso tenerlo presente, la restriccion por la cual las siguientes (*et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*) serian demasiado generales porque no se puede

natural comprende la posesion de la mujer no menos que la del arrendatario, porque ni una ni otra son causa de usucapion; pero solo la mujer y no el arrendatario disfruta del interdicto, porque la *posesion natural* de la mujer es la única que puede ser considerada como *posesion propiamente dicha*.

La *posesion natural* de la segunda especie, en contraposicion á la posesion propiamente dicha, designa una detentacion que no puede dar causa á los interdictos y mucho menos á la usucapion. Se diferencia, pues, de la primera en que esta niega mucho mas aun que la otra; de modo que el que posee naturalmente (*naturaliter*) en este segundo sentido, tiene una posesion que ciertamente es *natural* en la primera acepcion de esta palabra; pero una *posesion natural* de la primera especie puede ser una verdadera y jurídica posesion, y opuesta en un todo por consiguiente á la segunda posesion natural, como lo prueba del modo mas evidente el ejemplo citado de la donacion entre esposos.

Mas ¿cuál es la posesion natural de que se trata, cuando las fuentes del derecho se valen de estas espresiones? ¿Se niega por ellas solo el derecho de la usucapion ó tambien el de los interdictos? Esta cuestion no puede ser resuelta en casos dados, sino buscando la idea positiva, cuya antitesis se explica de este modo. Es necesario decidirse por uno u otro de estos dos sentidos, segun que se oponga la posesion natural á la civil ó á la posesion propiamente dicha; cuando no existe tal antitesis, debemos valerlos de la interpretacion para encontrar la idea positiva, unica que es capaz de darle una significacion determinada. La mas importante regla de interpretacion que se ha de observar con respecto á la posesion natural, es la de no olvidar jamás su naturaleza negativa, y por consiguiente no dejarse arrastrar á esta conclusion: *Naturaliter possidet, ergo possidet*: conclusion que han deducido casi todos los autores por lo natural que parece.

5. Volvamos ahora la vista y recorramos los diversos significados en que hasta aquí hemos considerado la palabra *possessio*. En su origen solo designa una consideracion puramente natural (1), y esta acepcion es la que sirve de base á todas las modi-

negar que hay muchos casos en que una posesion natural (por ejemplo la del esclavo) no dá derecho á los interdictos. Pasando por alto esta restriccion que se halla en el mismo pasaje, fué preciso coartar las palabras *naturalis possessio* con alguna cosa tomada de fuera del texto, y así se dió origen á la glosa *ma et pro suo*, que se halla en muchos manuscritos y ediciones, y que la glosa de Accurse explica tambien como lectura ordinaria. (En vez de *et pro suo* sería mejor leer *pro suo* sin la particula *et*, esto es, nam *et ea naturalis possessio, quae est pro suo*.)

(1) Por esta misma razon de que la voz y el sentido que la palabra *possessio* contiene, no son originariamente jurídicos, es insinificante la etimología de *possessio*, al paso que la de las palabras que designan ideas de derecho positivo, es con frecuencia muy instructiva. Existe una antigua controversia acerca de si Paulo hace derivar el nombre de *à pedibus* ó de *à sedibus* (L. 1, pr. D. de poss.). El M. S. Florentino dá esta última explicacion que se halla como variante en la glosa; la mayor parte de los jurisconsultos la pre-

ficaciones positivas de la palabra (*civilis naturalis*). En este sentido se conceden al poseedor en la reivindicacion los derechos del demandado (1), aunque no se circunscriban de modo alguno á la posesion jurídica. Tambien en este sentido debe ser considerado el *furtum possessionis* que puede cometerse igualmente con respecto á personas que no tengan posesion alguna jurídica (2).

En todos los demas casos la palabra *posesion* sin atributo alguno designa la posesion jurídica, y á esta es á la que se opone la *posesion natural*.

Si se trata, pues, segun nuestros principios de *possessio*, ¿cuál ha de ser la posesion que se entienda por esta palabra? Mientras no exista motivo para restringir el significado, es preciso considerar la palabra en su mas lato sentido, esto es, en el concepto natural de la detentacion, y esta regla de interpretacion se halla confirmada por el ejemplo dado por los jurisconsultos romanos (3). En cuanto á las razones que pueden exigir una restriccion, hay dos principales que nos obligan en la mayor parte de los casos en que interviene la palabra posesion, á darle la significacion estricta de la *posesion jurídica*.

Cuando se hace mencion de la posesion respectiva á los interdictos y á la usucapion como efectos de ella, no puede entenderse de modo alguno mas posesion que la jurídica (§. 2).

En segundo lugar, lo mismo sucede cuando la existencia de la posesion está determinada por motivos jurídicos; porque la idea de la posesion jurídica es susceptible de ser especialmente determinada (§. 5). Así es que, en todos los puntos en que se entra en indagaciones, dudas y discusiones sobre la cuestion de saber si es preciso admitir ó no la existencia de la posesion, esta palabra se refiere á la posesion jurídica. Para explicar tan importante regla de interpretacion por medio de un ejemplo, citaremos el que dimos ya en otro caso. Hemos probado en efecto en el nú-

fieren con razon, aunque Walther (*Miscelan.* 11, 19) defiende muy bien la primera. Hermann Cannegieter (*Observac.* II, 7.) ha imaginado una tercera que en cierto modo reúne las otras dos, pero muy inferior á las antiguas. El lee *à pedis sedibus*. Por la lectura *à pedibus* se ha visto reducida la glosa á no admitir mas que una posesion impropia con respecto á los muebles, porque no se huella con los pies mas que el suelo y no las cosas muebles. (Glosa sobre el §. 4, J. de interdictis y otros muchos pasajes). Un jurisconsulto francés propone una escepcion en este principio de la glosa, al menos en cuanto al calzado. En el §. 8 se esplanará mas esta opinion de la glosa.

(1) §. 4, J. de interdictis.—L. 9, D. de rei vindicat. V. el §. 3, núm. 4.

(2) La L. 15, §. 2, y la L. 59, D. de furtis, suponen la existencia de un robo, cuando el comodante impide al comodatario el objeto del comodato, suponiendo que el último haya tenido un derecho particular para la detentacion, derecho que deberia haber hecho valer. Este hurto no puede ser un *furtum rei*, porque es el dueño mismo quien le comete; menos aun es un *furtum usus*; no puede admitirse, pues, mas que un *furtum possessionis*. Pero como el comodatario no tiene la posesion jurídica, se sigue que este *furtum possessionis* no puede suponer la posesion jurídica como indispensable para su existencia.

(3) Así interpreta en efecto Ulpiano una estipulacion (L. 38, §. 7, D. de V. O.), y Juliano una regla del derecho (L. 2, §. 1, D. pro herede).

mero 1.º que la donacion entre esposos no produce la posesion civil, sino la posesion propiamente dicha. Esta regla la esplica Paulo del siguiente modo (1):

«Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant possidere eam» (en seguida inserta dos causas jurídicas en favor de esta opinion) y en otra parte (2) se espresa en estos términos. «Possidere autem uxorem rem à viro donatam, Julianus putat.» Como aquí se trata de opiniones sobre la existencia de esta posesion; como el juriconsulto alega motivos jurídicos para probar tal existencia, no es posible que en esta ocasion se entienda por *possidere* el sentido natural de la detentacion, y solo la posesion jurídica puede ser la que se designe de este modo.

§. 8.

POSSESSIO JUSTA, BONÆ FIDELI, ETC.

Las definiciones que hasta aquí hemos dado de la terminología romana, son las únicas que tienen una influencia directa en nuestro cometido; las demas no son importantes, sino en cuanto sin ellas muchos errores de interpretacion de los mas generalizados no podrian ser refutados con fundamento. Ahora examinaremos las divisiones que de la posesion hacen los romanos en *possessio* JUSTA, INJUSTA, Y BONÆ FIDELI, *malæ fidei*, *possessio*. En segundo lugar trataremos de los casos en que la palabra *possessio* designa alguna cosa distinta de la posesion.

Justum, en general se encuentra usado por los juriconsultos romanos en dos sentidos diversos: unas veces se refiere al *ius civile* y entonces se emplea en la misma significacion que *civile* ó *legitimum*; por ejemplo en las espresiones *matrimonium justum*, *justa traditionis causa*, etc. En otras ocasiones parece su sentido mucho mas indeterminado, designando lo que en general es conforme al derecho, como en las espresiones *absentia justa*, *error justus*, etc. (3). En materia de posesion, la palabra *justum* está tomada en su segundo sentido y significa por consiguiente la *justa possessio* una posesion á que se tiene derecho, sea ó no jurídica bajo otro concepto. Porque, por una parte, se llama posesion justa la que tiene el acreedor en la cosa dada en prenda (4), y como esta posesion no es *civil*, no puede referirse esta denominacion mas que á la segunda significacion de *justo* (§. 7, núm. 1). Además aun la *missio in possessionem* produce una posesion justa (5) aunque presente un caso en que no puede haber lugar á posesion alguna jurídica (6).

(1) L. 1, §. 4, D. de poss.

(2) L. 1, §. 2, D. pro donato.

(3) Brisson, *De verb. sig. v.º Justus* (p. 687, ed. Hal. 1743), trata del modo mas completo las pruebas de estos dos significados.

(4) L. 13, §. 1, D. de publiciana.—L. 22, §. 1, D. de noval. act.

(5) L. 7, §. 8, D. Comm. div.

(6) L. 3, §. 23, D. de poss.

Esta division se refiere á la idea general de la posesion natural (§. 7, núm. 5), no obstante que la nocion de la *justa possessio* no coincide con ninguna de las dos especies de posesion jurídica, y por consiguiente en la teoria de la posesion jurídica toda esta division es de poca importancia (1). Lo mas interesante aquí, lo mismo que en la posesion natural, es evitar esta conclusion: *juste possidet, ergo possidet*.

Pero esta division no solo es insignificante para nosotros, sino que ni aun es susceptible de una definicion general, y es incapaz de recibir un sentido determinado sino en cada caso especial. En efecto, á mas de la significacion absolutamente indeterminada, que ya hemos hecho notar, la palabra *justum* tiene aun otra mas restringida y que puede considerarse tambien como la mas comun. Tomada en su acepcion mas restringida, nuestra distincion hace referencia á los *vicios de la posesion* (*vitia possessionis*, §. 2), y la *posesion justa* designa entonces cualquiera detentacion empezada *nec vi, nec clam, nec precario* (2) tenga ó no por otra parte el carácter de posesion jurídica. Esta distincion es importante, no por la naturaleza de la posesion en general, sino por los interdictos posesorios.

Del mismo modo que las ideas de posesion justa é injusta son indeterminadas é insignificantes para la teoria de la posesion, lo son tambien las de la posesion de buena fé (*possessio bonæ fidei*). La *buena fé* (*bona fides*) se refiere á cualquier causa imaginable para la retencion, y el que cree tener la causa legal requerida en la especie, se llama *poseedor de buena fé* (*bonæ fidei possessor*). Por esto en la usucapion se llama así el que por la *causa justa de posesion* (*justa possessionis causa*), cree adquirir realmente la propiedad. Tambien por lo mismo se dá este nombre en la reivindicacion á todo demandado que cree retener con buen derecho, ya deribe este derecho de su propiedad, ó de un simple contrato con un propietario (por ejemplo, el contrato de arrendamiento) aunque de ningun modo pretenda en este último caso tener la posesion jurídica. Finalmente, lo mismo puede decirse de la accion hipotecaria del demandado que no tiene conocimiento alguno del derecho de hipoteca del demandante.

En los casos de mayor importancia, la buena fé no tiene efecto mas que cuando es justificable por un título, de modo que en estos casos es preciso entender siempre por posesion de buena fé la que está basada sobre un título, aunque por lo comun no lo manifieste. Así, refiriéndonos á estos casos, la buena fé se halla

(1) «In summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat.» L. 3, §. 5, D. de poss. O en otros términos; esto es de poca importancia, cuando se trata de la existencia de la posesion jurídica en general, en la cual por consiguiente se considera la posesion en sí misma como fuente de todos los derechos, haciendo abstraccion de cuantas ideas no le son esencialmente propias.

(2) Sobre todo en las L. 1, §. 9. L. 2, D. uti possidetis.

mero 1.º que la donacion entre esposos no produce la posesion civil, sino la posesion propiamente dicha. Esta regla la esplica Paulo del siguiente modo (1):

«Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant possidere eam» (en seguida inserta dos causas jurídicas en favor de esta opinion) y en otra parte (2) se espresa en estos términos. «Possidere autem uxorem rem à viro donatam, Julianus putat.» Como aquí se trata de opiniones sobre la existencia de esta posesion; como el juriconsulto alega motivos jurídicos para probar tal existencia, no es posible que en esta ocasion se entienda por *possidere* el sentido natural de la detentacion, y solo la posesion jurídica puede ser la que se designe de este modo.

§. 8.

POSSESSIO JUSTA, BONÆ FIDELI, ETC.

Las definiciones que hasta aquí hemos dado de la terminología romana, son las únicas que tienen una influencia directa en nuestro cometido; las demas no son importantes, sino en cuanto sin ellas muchos errores de interpretacion de los mas generalizados no podrian ser refutados con fundamento. Ahora examinaremos las divisiones que de la posesion hacen los romanos en *possessio* JUSTA, INJUSTA, Y BONÆ FIDELI, *malæ fidei*, *possessio*. En segundo lugar trataremos de los casos en que la palabra *possessio* designa alguna cosa distinta de la posesion.

Justum, en general se encuentra usado por los juriconsultos romanos en dos sentidos diversos: unas veces se refiere al *ius civile* y entonces se emplea en la misma significacion que *civile* ó *legitimum*; por ejemplo en las espresiones *matrimonium justum*, *justa traditionis causa*, etc. En otras ocasiones parece su sentido mucho mas indeterminado, designando lo que en general es conforme al derecho, como en las espresiones *absentia justa*, *error justus*, etc. (3). En materia de posesion, la palabra *justum* está tomada en su segundo sentido y significa por consiguiente la *justa possessio* una posesion á que se tiene derecho, sea ó no jurídica bajo otro concepto. Porque, por una parte, se llama posesion justa la que tiene el acreedor en la cosa dada en prenda (4), y como esta posesion no es *civil*, no puede referirse esta denominacion mas que á la segunda significacion de *justo* (§. 7, núm. 1). Además aun la *missio in possessionem* produce una posesion justa (5) aunque presente un caso en que no puede haber lugar á posesion alguna jurídica (6).

(1) L. 1, §. 4, D. de poss.

(2) L. 1, §. 2, D. pro donato.

(3) Brisson, *De verb. sig. v.º Justus* (p. 687, ed. Hal. 1743), trata del modo mas completo las pruebas de estos dos significados.

(4) L. 13, §. 1, D. de publiciana.—L. 22, §. 1, D. de noval. act.

(5) L. 7, §. 8, D. Comm. div.

(6) L. 3, §. 23, D. de poss.

Esta division se refiere á la idea general de la posesion natural (§. 7, núm. 5), no obstante que la nocion de la *justa possessio* no coincide con ninguna de las dos especies de posesion jurídica, y por consiguiente en la teoria de la posesion jurídica toda esta division es de poca importancia (1). Lo mas interesante aquí, lo mismo que en la posesion natural, es evitar esta conclusion: *juste possidet, ergo possidet*.

Pero esta division no solo es insignificante para nosotros, sino que ni aun es susceptible de una definicion general, y es incapaz de recibir un sentido determinado sino en cada caso especial. En efecto, á mas de la significacion absolutamente indeterminada, que ya hemos hecho notar, la palabra *justum* tiene aun otra mas restringida y que puede considerarse tambien como la mas comun. Tomada en su acepcion mas restringida, nuestra distincion hace referencia á los *vicios de la posesion* (*vitia possessionis*, §. 2), y la *posesion justa* designa entonces cualquiera detentacion empezada *nec vi, nec clam, nec precario* (2) tenga ó no por otra parte el carácter de posesion jurídica. Esta distincion es importante, no por la naturaleza de la posesion en general, sino por los interdictos posesorios.

Del mismo modo que las ideas de posesion justa é injusta son indeterminadas é insignificantes para la teoria de la posesion, lo son tambien las de la posesion de buena fé (*possessio bonæ fidei*). La *buena fé* (*bona fides*) se refiere á cualquier causa imaginable para la retencion, y el que cree tener la causa legal requerida en la especie, se llama *poseedor de buena fé* (*bonæ fidei possessor*). Por esto en la usucapion se llama así el que por la *causa justa de posesion* (*justa possessionis causa*), cree adquirir realmente la propiedad. Tambien por lo mismo se dá este nombre en la reivindicacion á todo demandado que cree retener con buen derecho, ya deribe este derecho de su propiedad, ó de un simple contrato con un propietario (por ejemplo, el contrato de arrendamiento) aunque de ningun modo pretenda en este último caso tener la posesion jurídica. Finalmente, lo mismo puede decirse de la accion hipotecaria del demandado que no tiene conocimiento alguno del derecho de hipoteca del demandante.

En los casos de mayor importancia, la buena fé no tiene efecto mas que cuando es justificable por un título, de modo que en estos casos es preciso entender siempre por posesion de buena fé la que está basada sobre un título, aunque por lo comun no lo manifieste. Así, refiriéndonos á estos casos, la buena fé se halla

(1) «In summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat.» L. 3, §. 5, D. de poss. O en otros términos; esto es de poca importancia, cuando se trata de la existencia de la posesion jurídica en general, en la cual por consiguiente se considera la posesion en sí misma como fuente de todos los derechos, haciendo abstraccion de cuantas ideas no le son esencialmente propias.

(2) Sobre todo en las L. 1, §. 9. L. 2, D. uti possidetis.

en una estrecha union con la causa posesoria, y por consiguiente con la regla ya esplicada en el §. 7, *nemo sibi causam possessionis mutare potest.* (Adic. á la 6.ª ed.)

Por muy varias que sean las ideas que constituyen las diversas significaciones de la palabra *posesion*, todas ellas estriban sin embargo en el mismo fundamento: la *posesion*; pero tenemos que explicar todavía los testos en que la palabra *possessio* designa otra cosa que la posesion. Hay ante todo dos de estas acepciones que en todos tiempos han contribuido poderosamente á introducir la confusion en la teoría de la posesion; y son estas la *propiedad* y la *calidad del demandado*.

Tener propiedad se espresa á veces por *possidere*, y la cosa que se halla en nuestra propiedad, por *possessio* (1). El origen de esta terminología no es muy difícil de encontrar. En efecto, no descansando la distincion de posesion y propiedad sino en una abstraccion jurídica, era muy natural que no se adoptase en el lenguaje de la vida ordinaria y por los autores no juriconsultos. Así es que no se encuentra esta significacion en las fuentes de nuestro derecho, mas que al tratar de los testamentos, de los contratos, en las consultas y otros casos en que se ha hecho uso de ella. Una cosa debemos observar, y es que en todos estos testos las palabras *possessio* y *possidere* solo se emplean con respecto á los fundos de tierra, y que la palabra alemana *Besitzung* sigue en esta parte al derecho romano (2).

A mas de la posesion y la propiedad, la palabra *possessio* significa finalmente la condicion en que se considera un demandado. Cuando se quiere reivindicar la propiedad no puede hacerse sino contra el que *posee* la cosa; pero es preciso observar que la posesion no se toma entonces en ningun sentido jurídico (§. 3, núm. 4): es pues muy natural que en toda reivindicacion, el demandante se llame *petitor* y el demandado *possessor*; porque este posee realmente una cosa que aquel le reclama. Pero los procedimientos reivindicatorios se aplicaban tambien en otros asuntos que en la propiedad en especial por las acciones relativas á una sucesion (3); y esta es la razon porque se hacian estensivas á ellas las espresiones que se empleaban en la reivindicacion, y se llamaba en este caso *petitor* al demandante y al demandado *possessor*. En la

(1) «Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat: sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.» L. 78, D. de V. S. Lo mismo en otros muchos pasajes de las Pandectas y del Código, y muy frecuentemente en Ciceron, Quintiliano, etc.

(2) Es preciso no equivocarse: la propiedad bonitaria que nada tiene de comun con nuestra observacion, llevaba tambien el nombre de *possessio*; pero era por un motivo histórico del todo especial. Ya hablaremos de esto *ex profeso*, en el §. 12 a.

(3) Ciceron, *In Verrem*, act. 2, liv. 1, c. 45. «Siquis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro præde litis Vindicatarum cum satis accepisset, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret.»

mayor parte de los casos se aplicaban muy bien estos términos, porque tambien se intenta la accion en peticion de una herencia (*hereditatis petitio*) para reclamar cosas especiales que el adversario posee en virtud de un título general (*pro herede* ó *pro possessore*). Pero esta accion no está limitada á tales casos, y por esto se ha hecho que el demandado se llame *possessor* en la accion en reclamacion hereditaria, aun cuando no se trate de la posesion de una cosa. Se le llama *juris possessor*, porque rehusa ejecutar alguna cosa que su adversario en su calidad de heredero cree poder exigir de él, porque se arroga una parte del derecho general que tiene otro á suceder.

Por otra parte se llama *corporis possessor* el demandado que al mismo tiempo es poseedor de la cosa (1).

Son por ejemplo *juris possessores*:

1.º El que en realidad no posee una cosa perteneciente á la sucesion, pero que puede poseerla porque tiene una accion relativa á esta cosa: en tal caso, lo que se exige de él es la cesion de su accion (2).

2.º El que posee en el peculio de su esclavo el valor de una cosa que formaba parte de una sucesion que ha sido vendida (3).

3.º El que ha contraído una obligacion con respecto á la sucesion, por ejemplo, en calidad de *negotiorum gestor* (4).

Del mismo modo, en una contestacion sobre la libertad (*liberale iudicium*), desde los primeros tiempos se habia recurrido al procedimiento reivindicatorio (5) y tambien en este caso se designaba la condicion del demandado y la prerogativa de este último por las espresiones *libertatis*, *servitutis possessio* (6).

Se vé, pues, que la calidad de demandado está designada por la palabra *possessor*, aun cuando la cosa de que se trata no sea susceptible de posesion; pero esta regla no es general. No puede probarse mas que por el caso de la *hereditatis petitio* y el de *liberale iudicium*; puede sostenerse con probabilidad en todas las acciones que se tratan con arreglo al procedimiento reivindicatorio (7), y no tiene lugar de modo alguno en cualquier otra accion (8).

(1) L. 9; L. 18, §. 1, D. de hered. petit.

(2) L. 16, §. 4, 7; L. 35, D. de hered. petit.

(3) L. 34, §. 1, D. de hered. petit.

(4) L. 10, D. si pars hered. petatur.

(5) El principal pasaje en Tito Livio, lib. III, c. 44, 48.

(6) Dig., lib. XL, tit. 12. Es preciso no confundir la *servitutis possessio* con la *servi possessio*.

(7) Tambien es preciso exceptuar las acciones relativas á la servidumbre, porque en ellas puede ser demandante el poseedor.

(8) Verdad es que la L. 62, D. de iudiciis, dice de un modo general: «Inter litigantes non aliter, nisi expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.» Pero las palabras *petere* y *petitor* solo se refieren á las acciones *in rem* (L. 28, D. de oblig. et act.—L. 178, §. 2, D. de V. S.), y tomadas en este sentido, el testo citado conviene perfectamente con la regla que

Cuando hay, pues, en nuestros fundamentos de derecho algún precepto relativo á la posesion, y se quiere aplicar á esta con seguridad de no haber deducido alguna falsa consecuencia, es preciso haber probado antes que no se trata ni de la *propiedad* ni de la *calidad del demandado*: bajo este punto de vista no puede darse una regla general de interpretacion; pero creemos que será muy raro el caso en que tal investigacion ofrezca graves dificultades.

§. 9.

IDEA MATERIAL DE LA POSESION.

Las indagaciones que hasta ahora hemos hecho, han demostrado que toda posesion jurídica se refiere á la usucapion ó á los interdictos (§. 2), y que ambas consideraciones tienen su fundamento en la idea general de una posesion jurídica que para hacer posible la usucapion no debe reunir sino algunas mas condiciones (§. 1).

Ahora es cuando nos hallamos en posicion para proponer la cuestion siguiente: ¿qué es necesario para que haya posesion jurídica? ó bien ¿cuales son las condiciones materiales constitutivas de su nocion?

Hemos tomado como punto de partida la idea general de la *detentacion*, esto es, de la consideracion natural que corresponde á la propiedad como consideracion legal (§. 1); pero esta idea originaria de la posesion debia recibir modificaciones jurídicas desde que la posesion fué considerada como condicion de ciertos derechos (§. 5). La mayor parte de estas modificaciones tienen un carácter tan especial, que ni pueden comprenderse ni enseñarse en teoría; pero hay una absolutamente general, y por cuyo medio vamos á completar la nocion de la posesion.

En efecto, cualquiera *detentacion* para poderse modificar en posesion, debe ejercerse con intencion, esto es, que para ser poseedor es preciso no solo que haya retencion, sino tambien voluntad de que la haya (1). Esta voluntad de que debe ir acompañada la retencion (*animus possidendi*), vá á ser ahora el objeto de que nos ocupemos.

Hemos definido anteriormente la *detentacion* como el estado fisico correspondiente á la propiedad, que es el estado legal. De aquí se deduce que el *animus possidendi* consiste en la intencion

establecemos. Tambien es probable que este pasage no fuere relativo mas que á la peticion de la herencia, porque está sacado de un libro de Ulpiano (L. 39, D. *ad edictum*), que trata casi esclusivamente del derecho de sucesion. L. 22, D. *qui test. facere poss.*—L. 1, 3, 5, D. *de bon. poss.*—L. 2, D. *de B. P. furioso*.—L. 1, 3, D. *de B. P. contra tab.*—L. 1, D. *de B. P. sec. tab.*—L. 6, D. *si tab. test. nul.*

(1) L. 3, §. 1, D. *de poss.* *Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, per se corpore.*

de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que el que ejerce la *detentacion* puede tener esta voluntad de dos maneras diferentes; para ejercer el derecho de propiedad de otro, ó bien para ejercer el suyo propio. Cuando el *detentador* tiene intencion de ejercer el derecho de propiedad que reconoce en otro, esta clase de *animus possidendi* que tiene no es capaz por su naturaleza de dar á la *detentacion* el carácter de posesion. Este principio, espresamente (1) establecido en el derecho romano, se aplica del modo mas natural por el punto de vista bajo el cual hemos considerado antes los interdictos. No nos falta, pues, mas que el segundo caso; aquel en que la intencion está dirigida al ejercicio de su *propia* propiedad (2), de modo que el *animus possidendi* debe ser explicado por *animus domini* ó por *animus sibi habendi*; y no puede por consiguiente considerarse como poseedor mas que el que trata como propietario la cosa *detentada*, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho, y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior á él por tener mejor fundadas sus pretensiones (3). Pero la nocion de la posesion no requiere mas que este *animus possidendi*: de ningun modo es necesario que haya la conviccion de ser realmente propietario (*OPINIO S. COGITATIO domini*) y este es el motivo para que la posesion competa lo mismo al ladrón y salteador que al verdadero propietario, y tanto este como aquellos se oponen al arrendatario que no tiene posesion por-

(1) L. 18, pr. D. *de poss.* «Nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet ejus nomine possidetur. Procurator alienæ possessionis præstat ministerium.» Esta influencia de la intencion es importante para la posesion bajo tres diferentes aspectos: a porque el *animus rem sibi habendi*, y por consiguiente la idea originaria de la posesion, no es aplicable al que *detenta* (de ello nos ocupamos aquí); b porque este último tan pronto tiene como deja de tener la posesion derivada (§. 23—25); c porque el que no ejerce por sí mismo la *detentacion*, goza, no obstante, la consideracion de poseedor (§. 26—27).

(2) Pudiera creerse que esta division es incompleta é imaginaria, lo mismo que un tercer caso, aquel en que el *detentador* no considerase como propietario ni á otro ni á sí mismo, y solo quisiera tener la cosa con un objeto especial, por ejemplo, el de hacer suyos los frutos. Pero solo hay una aparente diferencia entre este caso y el nuestro; pues el que quiere la *detentacion* sin atribuir positivamente la cualidad de propietario á persona alguna, siempre tiene el *animus domini*, y, jurídicamente considerado, es del todo indiferente el objeto exterior con que quiere tener la cosa.

(3) No empleamos aquí la espresion *animus domini* mas que para determinar el contenido de la voluntad necesaria para la posesion, con lo que el propietario está autorizado á ejecutar, y de modo ninguno para hacer creer que la intencion del poseedor deberia dirigirse especialmente á lo que en derecho se entiende por propiedad: lo que seria un contrasentido, por ejemplo, en el caso del ladrón. Parece, sin embargo, que entre los autores citados al fin de este párrafo hay muchos que de esta manera han interpretado, y por consiguiente comprendido mal la intencion de ejercer la propiedad, que exigimos en el texto. Warnkoenig, por ejemplo, transforma nuestra opinion en la p. 173, del modo siguiente. «Llamar suya á la cosa, esto es, ex jure quiritium suam.» Lo mismo Guyet. *Abandl.*, p. 176. (Ad. á la 6.ª ed.)

Cuando hay, pues, en nuestros fundamentos de derecho algún precepto relativo á la posesion, y se quiere aplicar á esta con seguridad de no haber deducido alguna falsa consecuencia, es preciso haber probado antes que no se trata ni de la *propiedad* ni de la *calidad del demandado*: bajo este punto de vista no puede darse una regla general de interpretacion; pero creemos que será muy raro el caso en que tal investigacion ofrezca graves dificultades.

§. 9.

IDEA MATERIAL DE LA POSESION.

Las indagaciones que hasta ahora hemos hecho, han demostrado que toda posesion jurídica se refiere á la usucapion ó á los interdictos (§. 2), y que ambas consideraciones tienen su fundamento en la idea general de una posesion jurídica que para hacer posible la usucapion no debe reunir sino algunas mas condiciones (§. 1).

Ahora es cuando nos hallamos en posicion para proponer la cuestion siguiente: ¿qué es necesario para que haya posesion jurídica? ó bien ¿cuales son las condiciones materiales constitutivas de su nocion?

Hemos tomado como punto de partida la idea general de la *detentacion*, esto es, de la consideracion natural que corresponde á la propiedad como consideracion legal (§. 1); pero esta idea originaria de la posesion debia recibir modificaciones jurídicas desde que la posesion fué considerada como condicion de ciertos derechos (§. 5). La mayor parte de estas modificaciones tienen un carácter tan especial, que ni pueden comprenderse ni enseñarse en teoría; pero hay una absolutamente general, y por cuyo medio vamos á completar la nocion de la posesion.

En efecto, cualquiera *detentacion* para poderse modificar en posesion, debe ejercerse con intencion, esto es, que para ser poseedor es preciso no solo que haya retencion, sino tambien voluntad de que la haya (1). Esta voluntad de que debe ir acompañada la retencion (*animus possidendi*), vá á ser ahora el objeto de que nos ocupemos.

Hemos definido anteriormente la *detentacion* como el estado fisico correspondiente á la propiedad, que es el estado legal. De aquí se deduce que el *animus possidendi* consiste en la intencion

establecemos. Tambien es probable que este pasage no fuere relativo mas que á la peticion de la herencia, porque está sacado de un libro de Ulpiano (L. 39, D. *ad edictum*), que trata casi esclusivamente del derecho de sucesion. L. 22, D. *qui test. facere poss.*—L. 1, 3, 5, D. *de bon. poss.*—L. 2, D. *de B. P. furioso*.—L. 1, 3, D. *de B. P. contra tab.*—L. 1, D. *de B. P. sec. tab.*—L. 6, D. *si tab. test. nul.*

(1) L. 3, §. 1, D. *de poss.* Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, per se corpore.

de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que el que ejerce la *detentacion* puede tener esta voluntad de dos maneras diferentes; para ejercer el derecho de propiedad de otro, ó bien para ejercer el suyo propio. Cuando el *detentador* tiene intencion de ejercer el derecho de propiedad que reconoce en otro, esta clase de *animus possidendi* que tiene no es capaz por su naturaleza de dar á la *detentacion* el carácter de posesion. Este principio, espresamente (1) establecido en el derecho romano, se aplica del modo mas natural por el punto de vista bajo el cual hemos considerado antes los interdictos. No nos falta, pues, mas que el segundo caso; aquel en que la intencion está dirigida al ejercicio de su *propia* propiedad (2), de modo que el *animus possidendi* debe ser explicado por *animus domini* ó por *animus sibi habendi*; y no puede por consiguiente considerarse como poseedor mas que el que trata como propietario la cosa *detentada*, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho, y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior á él por tener mejor fundadas sus pretensiones (3). Pero la nocion de la posesion no requiere mas que este *animus possidendi*: de ningun modo es necesario que haya la conviccion de ser realmente propietario (*OPINIO S. COGITATIO domini*) y este es el motivo para que la posesion competa lo mismo al ladrón y salteador que al verdadero propietario, y tanto este como aquellos se oponen al arrendatario que no tiene posesion por-

(1) L. 18, pr. D. *de poss.* «Nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet ejus nomine possidetur. Procurator alienæ possessionis præstat ministerium.» Esta influencia de la intencion es importante para la posesion bajo tres diferentes aspectos: a porque el *animus rem sibi habendi*, y por consiguiente la idea originaria de la posesion, no es aplicable al que *detenta* (de ello nos ocupamos aquí); b porque este último tan pronto tiene como deja de tener la posesion derivada (§. 23—25); c porque el que no ejerce por sí mismo la *detentacion*, goza, no obstante, la consideracion de poseedor (§. 26—27).

(2) Pudiera creerse que esta division es incompleta é imaginaria, lo mismo que un tercer caso, aquel en que el *detentador* no considerase como propietario ni á otro ni á sí mismo, y solo quisiera tener la cosa con un objeto especial, por ejemplo, el de hacer suyos los frutos. Pero solo hay una aparente diferencia entre este caso y el nuestro; pues el que quiere la *detentacion* sin atribuir positivamente la cualidad de propietario á persona alguna, siempre tiene el *animus domini*, y, jurídicamente considerado, es del todo indiferente el objeto exterior con que quiere tener la cosa.

(3) No empleamos aquí la espresion *animus domini* mas que para determinar el contenido de la voluntad necesaria para la posesion, con lo que el propietario está autorizado á ejecutar, y de modo ninguno para hacer creer que la intencion del poseedor deberia dirigirse especialmente á lo que en derecho se entiende por propiedad: lo que seria un contrasentido, por ejemplo, en el caso del ladrón. Parece, sin embargo, que entre los autores citados al fin de este párrafo hay muchos que de esta manera han interpretado, y por consiguiente comprendido mal la intencion de ejercer la propiedad, que exigimos en el texto. Warnkoenig, por ejemplo, transforma nuestra opinion en la p. 173, del modo siguiente. «Llamar suya á la cosa, esto es, ex jure quiritium suam.» Lo mismo Guyet. *Abandl.*, p. 176. (Ad. á la 6.ª ed.)

que no considera la cosa como suya (1). La aplicacion de esta idea no puede ser dudosa mas que en el caso en que alguno quiera ejercer un derecho cuya conexion con la propiedad es incierta. A esta especie pertenecen los derechos siguientes.

1. *La propiedad bonitaria (in nobis esse)* (2). Bajo todos los aspectos que no son peculiares al antiguo derecho civil estricto, la propiedad bonitaria se considera lo mismo que la propiedad,

(1) La idea que hemos emitido acerca de la posesion es la que profesan la mayor parte de los juriscónsultos con mas ó menos claridad. Zacarias (*De poss.*, p. 5) la desecha sustituyéndola con la siguiente. «*Possessio nobis est: ea rei ad hominem ratio è qua appareat esse alicui et animum rei sibi habendi, et reliquarum virium modum animo illi accomodatam.*» Este *animus natus* nuevo encierra, como el mismo Zacarias confiesa (p. 6); pero la otra mitad de su definicion es nueva (p. 10). Y ¿cuál es la medida de fuerza física conforme al *animus domini*? Este consiste en tratar la cosa conforme à nuestra voluntad, con exclusion de cualquiera otra persona; el *virium modus* de Zacarias debería dirigirse al mismo objeto; no hay, pues, otro que la detentacion, tal como cada uno la concibe y nosotros la hemos explicado anteriormente. Lo que hay de nuevo en su definicion no se halla en la expresion *virium modus*, sino solo en la palabra *appareat*. Segun esto, Zacarias quiere decir: La posesion es la relacion del hombre con la cosa, la cual hace ver que el hombre tiene el *animus possidendi* y que puede al mismo tiempo realizarlo. De aqui el *factum* en la posesion recibe una naturaleza simbólica, pues se le destina à *explicar y hacer ver una cosa* (p. 10—11). Pasaremos por alto el sinnúmero de aplicaciones con las cuales está en contradiccion este nuevo elemento de la posesion: porque por sí mismo es tan indeterminado, tan vago, que una refutacion directa sería muy difícil por no decir imposible. Pero los medios de que Zacarias se ha valido para establecerlo lo refutan por sí solos. Se empeña en probar que en la adquisicion y pérdida de la posesion descubre su definicion casos incomprensibles antes. En cuanto à la pérdida de la posesion probaremos en adelante que Zacarias no saca de su definicion consecuencia alguna que no saquemos de la nuestra; no nos ocuparemos, pues, de la adquisicion de la posesion. Además, el significado simbólico de *factum* puede tener dos acepciones; la primera de modo que lo que debe ser explicado (el *virium modus*) exista realmente; la segunda de modo que no exista, y solo por un error crea en su existencia el que le explica por su hecho. Cierlo es que no se adquiere posesion en este último caso; cuando, por ejemplo, se nos entregan al frente de un almacén sus llaves para ponernos en posesion de las mercancías que debe encerrar, pero que no se hallan en él, es lo cierto que no hemos adquirido la posesion. La idea que hemos dado de esta difiere de la de Zacarias en que la nuestra comprende la *detentacion* y el *animus domini*; la de Zacarias, à mas de la *detentacion* y el *animus domini*, abraza la explicacion simbólica de que hemos hablado, de modo que exige una condicion mas que la nuestra. Así, pues, en todos los casos en que, segun Zacarias, se adquiere la posesion, se adquiere tambien, segun nosotros, lo que no es verdadero reciprocamente. Debiera, por tanto, habernos refutado citando casos en que propusiéramos nosotros la posesion, negándola el derecho romano y él; pero siendo de naturaleza en un todo contraria los casos en que se apoya, se deja ver que él mismo se contradice.

(2) En las dos primeras ediciones hemos comprendido el *in bonis esse* y la *bonæ fidei possessio* bajo el nombre comun de *propiedad pretoriana*. Lo que nos obligó à obrar de este modo fué la observacion de que ambos producen efectos principales que les son comunes: la usucapion y la accion publiciana (aunque esta última no siempre se dá, sino solo en el caso de la adquisicion llamada *derivative*). Es, con todo, necesario distinguirlas cuidadosamente la una de la otra. El punto que mas inmediatamente establece su diferencia se halla en Ulpiano XIX, 20, 21.

de modo que la aplicacion inmediata de nuestros principios no admite aquí duda. Es indiferente que una persona estraña tenga ó carezca de la propiedad puramente quiritaria (el *nudum jus quiritium*). En este concepto, la *bonæ fidei possessio* no puede ser considerada como una institucion jurídica particular; porque el poseedor de buena fé en todos tiempos se ha atribuido como un derecho adquirido por él, ó la propiedad romana ó la propiedad natural: así, pues, si creia tener este derecho, es indudable tambien que le asistia la voluntad de tenerlo; tenia el *animus domini*, de modo que en este caso, la introduccion de la accion publiciana ni era necesaria ni contribuia de modo alguno à fundar una verdadera posesion (1).

2. Los *fundos de tierra, provinciales*. Segun un antiguo principio del derecho romano, era imposible tener en ellos propiedad quiritaria, esto es, que les faltaba el *commercium*, en el sentido estricto de la palabra. Una consecuencia de esta falta de propiedad quiritaria era que el poseedor no podia hacerlos suyos valiéndose de las antiguas formulas del derecho romano; *in jure cessio*, *mancipatio*, *usucapio*. Pero bajo todos los demás aspectos, los poseedores de estos fundos podian ser considerados como propietarios, de modo que el principio del *animus domini* podia muy bien tener aplicacion: esto se halla fuera de duda, no solo por el nacimiento de esta institucion jurídica, sino tambien por muchos textos de los antiguos. Ofrecia, pues, mucha semejanza con la propiedad bonitaria de Roma y de la Italia. Pero Justiniano, aboliendo todas las distinciones entre las propiedades quiritaria y bonitaria, concedió à los provinciales una propiedad plena é ilimitada (2) en sus fundos: así ha justificado este emperador el paralelo que hemos establecido aquí, comprendiendo bajo una misma medida legislativa estas viejas instituciones jurídicas.

3. Las *servidumbres*, esto es, derechos introducidos por el *jus civile* y que considerados como partes separadas de la propiedad (*jura, jura in re*) (3) pueden ser puestos en oposicion con esta última, que comprende en sí la totalidad de los derechos reales. Esta antítesis, sin la cual no puede determinarse la nocion de las *servidumbres*, prueba por sí sola que el que intenta disfrutar una de ellas, no puede tener al mismo tiempo el *animus domini*. Solo

(1) Este modo de considerar la posesion de buena fé se ha introducido en la cuarta edicion.

(2) Tit. Cod. de *usucap. transformada*.

(3) Los romanos consideraban como *jus in re* estas partes separadas, y el *dominium* estaba tan lejos de pertenecer al número de tales derechos, que muchas veces se oponia à ellos. Esto lo probó del modo mas evidente Vaechter, *De jure in re*, y otros varios autores, entre ellos Huber; pero este autor le daba una estension que destruia toda la precision de la idea: él quiere que tambien el comodatario tenga un *jus in re*. Thibaut (*Versuche*, t. II, p. 32) pretende lo mismo, basando su opinion únicamente sobre la L. 2, §. 22, D. de *vi bon. rapt.*; pero las palabras «*vel quod aliud jus*» pueden referirse, no solo bien, sino mucho mejor exclusivamente à *usive usufructum*.

hay un caso en que pudiera intentarse dudar de esta proposición, y es el del usufructo. Pero el derecho romano no reconoce al usufructuario como propietario; aun adopta la palabra *proprietas* como término técnico para designar el derecho que subsiste después de la percepción del usufructo. Así, pues, en materia de servidumbres, el *animus domini* es imposible.

4. El derecho de superficie es en un todo semejante á las servidumbres, y el motivo porque no se cuenta entre ellas es puramente histórico: este es que la institución de que hablamos no debe su introducción al derecho civil, sino á un edicto pretorio. Lo mismo que las servidumbres, el derecho de la superficie pertenece, pues, á los *jura in re*, y Gajus nos dice espresamente que así es, y que el superficiario no tiene la cosa *in bonis* (1). De esto se sigue que el *animus domini* es imposible y por consiguiente también la posesión (2).

5. El *ager vectigalis* y la *enfiteusis*.

A. *Ager vectigalis*. Las primeras noticias ciertas que tenemos acerca del *ager vectigalis*, datan del tiempo de Trajano y Adriano. Hygin (3) dá este nombre á los fundos de tierra que daban en arrendamiento segun él, el pueblo romano, las ciudades, los colegios de sacerdotes y las vestales. Se arrendaban, por lo comun, dice, las dos primeras clases por término de cinco ó de cien años, las otras dos por el de cinco ó de solo un año. En las Pandectas por motivos fáciles de comprender, solo se trata de uno de estos cuatro casos, el de los bienes de las ciudades, y aun en este se ha hecho una pequeña modificación en la terminología, pues no se llama *vectigales* á estos bienes sino cuando son dados en arrendamiento perpetuo (*Erbpacht*); en todos los demás casos se les dá el nombre de no *vectigales*. Pero tanto en uno como en otro caso, se concede una acción real al arrendatario (4).

B. *Enfiteusis*. El primer vestigio que hallamos de ella es en las Pandectas (5). En estas no se menciona como un verdadero derecho sino que está considerada como un *jus praedii* y comparada con el usufructo.

(1) L. 2, D. de *superficiebus*. «Superficiarias aedes appellamus quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est ejus et solum.»

(2) Al tratar de la posesión derivada (§. 23) daremos la prueba directa de que el superficiario no es en un todo poseedor de la cosa.

(3) Goesio, p. 205, 206. En otra parte dice que el precio del arrendamiento habia consistido unas veces en dinero y otras en frutos (comunmente 1/5.º de los frutos). Plinio, *Epistolae* VII, 18, hace una mención general de estos arrendamientos.

(4) L. 1, pr. D. *ead.* Es muy cuestionable si se han concedido al arrendatario temporal los demás derechos del *ager vectigalis*. Pero como la acción real se daba en ambos casos, podemos creer que tampoco se rehusarian los otros derechos; esto es, que la acepción estricta de *ager vectigalis* no era su ordinaria significación, lo que parece confirmado además por el texto de Hygin.

(5) L. 3, §. 4, D. de *rebus eorum qui sub tutela*. Of. §. 5, *ead.*

En los códigos Teodosiano y Justiniano se encuentran ya frecuentemente los fundos enfiteuticos; pero al principio solo figuran entre los bienes patrimoniales del príncipe (1), y se distinguen especialmente del *ager vectigalis* (2).

Una constitución del emperador Zenon prescribe cierta especie particular de contrato (3) para el establecimiento de la enfiteusis, lo que no es de interés alguno para nosotros; pero resulta de los términos generales en que la constitución está concebida, que la enfiteusis habia llegado á ser de un uso muy frecuente también para los bienes particulares, y la interpretación que se dá á esta constitución en la Instituta (4), demuestra que debe considerarse como un arrendamiento perpetuo. No se trata del derecho á la cosa.

Justiniano ha fijado este derecho: verdad es que solo lo determinó de paso, pero con tal precisión que no admite duda. Quiere que esta nueva enfiteusis disfrute los mismos derechos que se concedian al antiguo *ager vectigalis*, esto es, que en el arrendamiento perpetuo (sea ó no ciudad el arrendador), haya lugar á los preceptos que antes para los arrendamientos (perpetuos ó temporales) de los bienes municipales (5).

Si se comparan estas disposiciones con el derecho del *ager vectigalis* que ya hemos desenvuelto, resucita con respecto á ambas instituciones reunidas desde ese momento, la cuestión de saber si se deben considerar como una especie de propiedad, á semejanza de los fundos provinciales, ó como *jura in re* á ejemplo de la superficie. Nosotros adoptamos la segunda opinión, porque los jurisconsultos romanos atribuyen en términos espesos un *jus in fundo*, ó *jus praedii* al enfiteuta (6) y las constituciones le distinguen constantemente del *dominus* (el censalista) y aun los consideran como opuestos (7).

Segun lo que hasta aquí hemos manifestado acerca de la posesión, no podria ser admisible una posesión jurídica en este caso, como tampoco en el de la superficie. Mas sin embargo, es

(1) J. Godefroy, *Paratit. Cod. Teod.* X, 3.

(2) L. 13, C. de *praediis et al. rebus minorum*.

(3) L. 1, C. de *jure emph.*

(4) §. 3, J. de *locat.*

(5) Inscripción del tit. 3, lib. VI del Digesto. «Si *ager vectigalis, id est emphyteuticum* petatur.»—L. 15, §. 1, D. *qui satisfacere cog.* «Sed et qui *vectigalem, id est, emphyteuticum agrum* possidet, *possessor intelligitur.*» (Es evidente que aquí hay una interpolación de Triboniano). Pero no queremos por esto que Justiniano haya introducido nuevamente esta identificación; al contrario, nada tiene de inverosímil que fuese ya de derecho consuetudinario de aquel tiempo, porque Justiniano difícilmente habria dejado de anunciar con gran pompa esta innovación en una constitución separada.

(6) L. 71, §. 5, 6, D. de *leg.* 1—L. 3, §. 4, D. de *rebus eorum*.

(7) L. 1, 2, 3, C. de *jure emph.*—L. 2, C. de *mancip. et col.* En otro pasaje (L. 12, C. de *fundis patr.*), el censuario parece llevar el nombre de *dominus*; pues en realidad se trata de un caso en que el censuario adquiere á mas de su *jus in re* el *dominium*. Thibaut *Abhandlungen*, p. 274, 281.

todo lo contrario: no puede negarse aquí una verdadera posesion (1) y esta aparente inconsecuencia solo podrá ser explicada mas adelante (§. 12) (2).

6. Por último, *el derecho de prenda* no puede tener lugar aquí sino porque produce tambien una accion real. Pero á pesar de esta accion, el acreedor no puede ser de modo alguno considerado como propietario; por el contrario la prenda supone el reconocimiento de la propiedad de otro. De donde se sigue que el *animus domini* no puede existir aquí, y que la posesion, tal como la hemos presentado, no es concebible siquiera.

Segun lo que dejamos establecido sobre el conocimiento de la posesion, puede darse la cualidad de poseedor al que quiere retener la cosa por sí mismo, y no al que ejerce por otro este derecho. En este último caso, se considera por el contrario como poseedor aquel *por quien* el detentador ejerce la propiedad. Pero la posesion se considera como un derecho (§. 5), y es por consiguiente susceptible de enagenacion. Hé aquí la razon para que en este caso pueda transferir el verdadero y originario poseedor el derecho de posesion al que ejerce por el de la propiedad, y que, segun lo manifestado, no podría ser considerado como poseedor. Así, pues, á mas de la posesion *originaria* que descansa en la *detentacion* y el *animus domini*, existe una *posesion derivada* que se funda en la posesion originaria de otra. Toda la diferencia que existe entre la posesion derivada y la originaria que ya hemos explicado, consiste en el *animus possidendi*; en cuanto á la *detentacion* es la misma para una que para otra. En efecto, el *animus possidendi* por el que debería entenderse en la posesion originaria el *animus domini*, se dirige en la posesion derivada al *jus possessionis*, trasmitido por el que tenia la posesion (3). Así es que el acreedor, por ejemplo, tiene la posesion

(1) L. 25, §. 1, D. de usuris.—V. mas adelante §. 22, a.

(2) Para evitar esta inconsecuencia cuya solucion creemos conocer ahora, en la 2.ª edicion adoptamos la opinion de que el censuario debia ser considerado como dueño de la propiedad bonitaria. Nos apoyáramos en que el censuario goza de muchos derechos importantes de que carece el usufructuario; pero esta diferencia en la estension de ambos derechos no prueba todavia que su naturaleza sea distinta. La expresion de que se sirve la L. 1, pr. D. de condict. strict. «Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sito nada prueban tampoco. Porque la L. 12, §. 1, D. quibus modis pignus, hablando del acreedor pignoraticio, emplea las expresiones *rem persequi* y *vindicatio rem*, aunque nadie puede negar que el derecho de prenda es un simple *jus in re*. Esta terminologia tambien parece que descansa tanto por uno como por otro de estos dos derechos sobre un mismo fundamento, y es el de que ambas especies de *jura in re* dan una *corporis possessio*. El usufructo no tiene tal posesion, y esta es la causa porque jamás se tratará de una *res* sino solo de una *res petita*, *persecutio*, *vindicatio*. La naturaleza juridica de la enfiteusis está tratada con mucho acierto especialmente por Thibaut, *Abhandlugen*, núm. XI.

(3) Es preciso fijar bien la atencion en que el carácter distintivo de la *posesion derivada* solo está en el *animus possidendi*, esto es, en las modificaciones de la intencion de la persona que quiere tener esta posesion. Todo depende de que esta persona considere la posesion como transmitida por otro

juridica de la prenda, aunque su intencion no es ejercer la propiedad; porque el deudor que tenia la plena posesion de la cosa, le ha transferido el *jus possessionis*, al mismo tiempo que la retencion (1).

Pero es preciso cuidar mucho de no dar á lo que acabamos de decir acerca de la posesion derivada, el sentido de que seria válida en todos los casos en que un verdadero poseedor quisiera crearla: porque como ella constituye una escepcion de la nocion originaria de la posesion, no puede ser establecida mas que cuando el derecho positivo lo permita espresamente (2). Segun lo cual, la idea de la posesion derivada debe ser considerada aun aquí, como una idea puramente formal, que solo llegará á la realidad cuando hayamos probado que hay casos en que el derecho positivo la reconoce. Mas, ¿cuáles son los casos en que debe admitirse la posesion derivada? esto es; ¿en qué casos es preciso admitir que el derecho de posesion ha sido transmitido con la detentacion? Nosotros examinaremos detalladamente esta cuestion al ocuparnos de la adquisicion de la posesion (sec. II). La expresion mas general de la idea material de la posesion es pues esta: la *detentacion* unida á la *intencion de poseer* (*animus possidendi*) que exige diferente explicacion segun se trate de la posesion originaria ó de la posesion derivativa: en la primera designa el *animus domini*; en la segunda, designa por el contrario la intencion de tener el *derecho de posesion* (*jus possessionis*) que hasta entonces habia pertenecido á otro (3). Esta division de la posesion no debe sin em-

poseedor, sin que importe nada que el acto, por el cual se confiere, sea ó no verdadero; de modo que el empeño no válido de cosa ajena, por ejemplo, da al acreedor pignoraticio la verdadera posesion de la cosa. Tambien se deduce que no se trata de una *sucesion* en la posesion, antes bien en todos los casos en que realmente es admisible tal sucesion, como en las aciones de posesion en materia de usucapiones, no se conoce la intencion del poseedor, pero sí la existencia de la relacion juridica entre él y el antecesor en la posesion.

(1) De manera que las multiplicadas consecuencias de este modo de ver, consisten en que ciertas razones de derecho hacen que aquel, cuya intencion no es el *animus domini*, sea sin embargo verdadero poseedor, y reciprocamente que aquel que en realidad tiene el *animus domini*, y que debería ser el verdadero poseedor, no tenga la posesion á pesar de todo. Tan cierta es esta última proposicion, que nuestros adversarios citados al fin del párrafo, deben reconocerla, puesto que tanta importancia dan á la renuncia que el propietario precedente hace voluntariamente de la posesion, como por ejemplo, en el *precarium*. De aquí se deduce que sin este acto de su voluntad por una consecuencia natural de esta razon conservaria la posesion.

(2) Muchos autores se han declarado de poco tiempo á esta parte opuestos á nuestra opinion. Ellos juzgan que el derecho de posesion puede ser transmitido voluntariamente á cualquier arrendatario, etc. Thibaut, *Archiv*, t. XVIII, p. 322, y *Pandekten*, §. 208 de la 8.ª edic.—V. tambien mas adelante el §. 23 en materia de contratos de arrendamiento. (Ad. á la 6.ª ed.)

(3) Explicado de este modo, es inútil decir que es el *animus possidendi*, ó *sibi possidendi*, ó *sibi habendi*, el que pertenece á la esencia de la posesion. La mayor parte de los autores se han ocupado demasiado de esta expresion, para que les fuese posible desenvolver la nocion en sí misma.

bargo ser tomada en un sentido que tienda á establecer diferencia de derechos en la posesion: los derechos son absolutamente los mismos; la única diferencia consiste en el modo de la adquisicion. No puede por tanto hacerse cargo alguno porque los juriscultos romanos no hayan distinguido en su terminologia estas dos especies de posesion que sin la menor duda existen en el derecho romano (1).

Ahora nos será fácil dar en un cuadro sinóptico el cálculo de las diferentes ideas de posesion importantes para su teoría (§. 7), y al mismo tiempo indicar anticipadamente las aplicaciones que haremos en lo sucesivo.

(1) Zacarias (*De poss.*, p. 6—9) niega completamente la posesion derivada y procura dar otra explicacion á los casos en que la admitimos: en la posesion del acreedor pignoraticio halla él una *juris quasi possessio*; en la del secuestro una *ficta possessio*, y en su contestacion un *animus possidendi*; en fin, en la *precaria possessio* descubre el verdadero *animus domini*, del mismo modo que lo encuentra en la propiedad revocable. La primera y la tercera hipótesis son tan evidentemente falsas, que es inútil tomarse el trabajo de refutarlas; la primera porque los juriscultos romanos tienen buen cuidado de decir, al hablar del acreedor pignoraticio, *possidet possessionem habet*, etc. (V. sobre todo la L. 35, §. 1, D. de pign. act.), cuando al hablar del usufructo dicen, *in possessione est, non possidet*: la tercera porque no hay motivo alguno que autorice á atribuir al precario *rogans* el *animus domini* con preferencia, por ejemplo, al *conductor*, á quien nadie puede menos de negarlo, ¿se invocaría tal vez el apoyo de la posesion jurídica? Pues esto es precisamente lo que se quiere explicar. Solo, pues, el segundo caso merece alguna consideracion. Pero admitamos que Zacarias haya explicado los tres casos, esto es, que en todos ellos haya negado la posesion derivada, adoptando la *ficta possessio* (sin *animus*): entonces es imposible que deseche todo *animus* absolutamente, pues el que no tiene conocimiento alguno de la aprehension, ó tambien un furioso, un niño, sin duda no adquirirán la posesion. Se verá por lo tanto precisado á exigir tambien un *animus possidendi* distinto del *animus domini*, y tendrá precisamente por resultado lo que llamamos nosotros posesion derivada. Porque ya hemos dicho en la primera edicion de esta obra, y hemos repetido mas explicitamente aquí, que esta especie de posesion se desvía de su nocion originaria y pura, y encierra por lo tanto una ficcion, sin que pueda suponerse su existencia mas que en los casos en que el derecho positivo lo declare espresamente.

POSESION (en el sentido no jurídico).	POSESION CIVIL.	Posecion de una cosa susceptible de usucapion (no hurtada, etc.) con buena fé y justo titulo (1).	POSESION (en el sentido no jurídico).
	POSESION NATURAL.	<p>Toda posesion <i>derivada</i>; en la <i>prenda</i> y la <i>enfiteusis</i> se exige siempre; en el <i>depósito</i> y el <i>precario</i> solo algunas veces. (V. sec. II.)</p> <p>Toda posesion <i>originaria</i> acompañada de la <i>detentacion</i> y de la <i>intencion</i>, pero sin buena fé, ó sin justa causa, ó acerca de cosa hurtada, etc. (V. sec. II.)</p> <p>Detentacion ejercida por un individuo <i>sin derechos civiles</i> ó sobre una cosa que no está en el comercio.</p> <p>Detentacion ejercida por un <i>furioso</i> ó por un <i>infante</i>. (Sec. II.)</p> <p>Detentacion del que está simplemente encargado de <i>ejercer la posesion</i> por otro. (Sec. II.)</p> <p>Detentacion ejercida por el <i>arrendatario</i>, el <i>comodatario</i>, el <i>usufructuario</i>, etc. (Sec. II.)</p> <p>Detentacion ejercida por el <i>enviado á la posesion</i> (<i>missus in possessionem</i>), á escepcion de los casos en que exista un <i>secundum decretum</i>. (Sec. II.)</p> <p>Detentacion ejercida en el <i>depósito</i> y en el <i>precario</i> en ciertos casos. (Sec. II.)</p>	

De la idea de la posesion (2) cuya esposicion acabamos de completar, se deduce directamente que hay cosas que no pueden ser

(1) Cuanto se ha dicho relativamente al poseedor, tiene aplicacion al propietario que no necesita valerse de la usucapion. ¿Será tambien *civil* su posesion? Si lo es, en el sentido de que reúne todas las condiciones exigidas para que la posesion civil exista: no lo es, en el sentido de que no se pueden imaginar casos en que se halle interesado el propietario por tener una posesion civil. Así en todos casos tiene posesion jurídica, esto es, la posesion propia de los interdictos, y esta posesion no es de modo alguno peor que la del poseedor *ad usucapionem*.

(2) Zasius (acerca de la L. 3, §. *ex pluribus de poss.*, p. m. 105) y con él muchos juriscultos dan á la posesion del propietario el nombre de *possessio CAUSALIS* (á imitacion del *usufructus causalis*); esta expresion está muy bien aplicada; pero es necesario librarse bien de unir á ella la idea de un *ius possessionis* que sería distinta de todo lo demás; en la práctica no hay distincion alguna.

(Ad. á la 6.ª edic.) La posesion de un fundo provincial pertenece á la posesion civil, aunque solo pueda servir de base á la prescripcion de largo tiempo y de modo ninguno á la usucapion; porque la imposibilidad de la usucapion no se funda en una prohibicion espresa sino en que le falta el *commercium* en general. No ha sido justo Thibaut para con nosotros al decir que segun nuestra opinion la posesion civil desaparece al lado de la verdadera propiedad y la prescripcion de largo tiempo; porque la usucapion no se presenta en ninguno de estos casos. (*Archiv.*, t. XVIII, 330, 332, 341.)

objeto de la posesion, y que hay ciertos hombres inhábiles para poseer; pero estos casos que ni tienen una gran importancia en la práctica ni arrojan mucha luz sobre la naturaleza de la posesion, serán revisados por nosotros con brevedad (1).

Ninguna cosa que se halle fuera del comercio de los hombres y en la que reconozcamos esta cualidad, puede ser objeto de nuestra posesion. Porque en este caso, el *animus domini* no solo es ilegal, como acontece cuando poseemos una cosa que sabemos es de otro, sino que tambien faltan cuantas relaciones con la usucapion y los interdictos producen un derecho de posesion independiente de la propiedad.

Esta es la razon por la cual entre los romanos

1.º no se podia poseer un hombre libre cuando se sabia que tenia esta calidad (2); pero esta posesion era posible mientras se creia que el hombre libre era esclavo (3). Dando libertad al siervo, naturalmente se perdía la posesion (4).

2.º Están igualmente escluidas de la posesion todas las cosas publicas y comunes (*res publicæ, communes*); es imposible adquirir la posesion, y si se tenia, se pierde en el momento en que pasa la cosa á ser de la indicada especie. Por esto se cesa en la posesion de un fundo, cuando queda sumergido por el mar ó por un rio, no momentáneamente, sino de modo que la invasion de las aguas sea permanente (5).

3.º La posesion era imposible cuando la cosa era sustraída á la propiedad privada, porque entonces pasaba á ser *sagrada* ó *religiosa* (*res sacra, religiosa*); este caso es claramente idéntico al de la posesion de un hombre libre: así como tambien á semejanza de este último, lo que importa es que conozca la cualidad excepcional de la cosa sagrada ó religiosa el mismo que la deteriora, y de ningun modo que quiera ó no respetarla (6).

Así como estas cosas no pueden ser poseídas, porque en ge-

(1) Tratamos de esto aquí, y no en los modos de adquirir la posesion, que es donde comunmente se trata, porque una cosa es no poder adquirir la posesion, y otra es no tener capacidad para adquirirla. El furioso es incapaz únicamente de adquirir la posesion; el esclavo es incapaz de tener la posesion propiamente dicha. Esta es la causa porque la posesion se pierde cuando el poseedor pierde la libertad, y se conserva cuando pierde la razon.

(2) «Item quæso; si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam: an omnia quæ is possidebat ego possideam per illum? Respondit: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto...» L. 23, §. 2, D. de poss.

(3) §. 4. J. per quas personas.—L. 1, §. 6, D. de poss.—Así, pues, la posesion de mala fé de que aquí se trata, se refiere al caso en que se cree que es esclavo de otro, y nunca al caso en que se sabe que es hombre libre.

(4) L. 30, §. 4; L. 38 pr., D. de poss.

(5) «Labeo et Nerva responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupavit.» L. 3, §. 17, D. de poss. ad. et L. 30, §. 3, cod.

(6) «Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem, et pro privato eum tenemus, sicut hominem liberum.» L. 30, §. 1, D. de poss.

neral no están en la propiedad, así tambien los hombres que no pueden tener propiedad, son igualmente incapaces de poseer: pero es preciso no tomar la palabra propiedad en el sentido estricto que le dá el derecho romano (*justum dominium*); porque el que no tuviera el derecho de ciudad, podia sin duda alguna gozar del derecho de posesion. Deberemos, pues, hacer aquí mencion de los que lo han considerado en derecho civil como *falso de derechos*, por consiguiente, de los hijos que se hallan bajo la patria potestad y de los esclavos.

1. El que está bajo la patria potestad *filius familiæ* no puede poseer (1).

Esta regla está evidentemente basada en la mas estensa de que el hijo no puede tener, generalmente hablando, derecho alguno sobre bienes, y esta es la causa para que no sea aplicable al peculio castrense y cuasi castrense (2). Pero lo que solo era una escepcion para este, se convirtió en regla por la introduccion de nuevos peculios: ahora cualquier hijo de familia disfruta la capacidad, y aun cuando, como ordinariamente sucede, tenga el padre el usufructo del peculio llamado adventicio, no por eso deja de ser el hijo el verdadero poseedor, y el padre posee como cualquier usufructuario (sec. II), á nombre del hijo. Verdad es que aun en el derecho romano moderno, el hijo no tiene todavía la propiedad ni la posesion del peculio llamado profecticio: pero como lo mismo sucede con todos los administradores de bienes ajenos, no es posible de modo alguno pretender que el hijo de familias sea personalmente capaz de poseer.

2. Los esclavos son tambien incapaces de tener posesion jurídica (3), lo que es una consecuencia natural del principio de que no pueden disfrutar ningun derecho, generalmente hablando. Mas extraño parece que el hombre libre poseído por otro en calidad de esclavo, no sea capaz de tener posesion (4). En tal estado, puede el hombre no solo conservar, sino tambien adquirir la propiedad (5), y de aquí nace una muy notable diferencia entre la adquisicion de la propiedad y la de la posesion (6). La razon de esta diferencia es

(1) L. 49, §. 1; L. 30, §. 3, D. de poss.—L. 93, D. de R. J.—Mientras está cautivo el padre, la posesion del hijo está pendiente (*in pendente*) (L. 44, §. 7, D. de usurp.), lo que es enteramente análogo. Pero parece extraño que el padre de familia que se cree hijo de familia pueda no obstante poseer (L. 44, §. 1, D. cod.)

(2) «Filius familias..... in castris adquisitum usucapiet.» L. 4, §. 1, D. de usurp.

(3) L. 49, §. 1; L. 30, §. 3, D. de poss.—L. 24, D. cod.

(4) «..... cum possideatur, possidere non videtur.»—L. 118, D. de R. J.—Cf. L. 1, §. 4, D. de acquir. rer. dom.

(5) Ulpiano, *Fragm.*, tit. XIX, §. 21.—§. J. per quas pers.—L. 19; L. 23, §. 2; L. 54, §. 4, D. de acquir. rer. dom.

(6) Hé aquí la razon por la cual no es verdadero, generalmente hablando, aun en el caso en que *per possessionem dominium queritur*, admitir la existencia de la posesion cuando se ha adquirido la propiedad, y esta es tambien la causa de que en los casos indicados solo la forma del acto adquisitivo

la siguiente: para estar en disposicion de tener la propiedad, basta con que las cualidades juridicas requeridas existan en la persona del propietario, aun cuando nadie las conozca; pero el *ejercicio* de la propiedad, considerado como un derecho, necesariamente supone un estado en el cual se tiene capacidad para ejecutar acciones libres. Por esto el hombre libre poseido como esclavo, en lo relativo á la propiedad en nada se diferencia de cualquier otro hombre libre, y en lo relativo á la posesion, en nada se diferencia de cualquier otro esclavo.

Los prisioneros de guerra (1) y los que han perdido su libertad á causa de una pena pública, como por la condena á minas ó á *los metales* (*damnatio in metallum*) se hallan en igual caso que un verdadero esclavo. Ambos eran esclavos en cuanto á su estado personal, aunque no tuviesen dueño. Ninguna de estas materias pertenece á nuestro objeto.

ADICIONES A LA SESTA EDICION.

Los principios emitidos en este párrafo acerca del *animus domini*, considerado como condicion ordinaria de la posesion, y tambien acerca de la posesion derivada, han sido combatidos últimamente bajo mas de un punto de vista. Con el objeto de podernos explicar sobre este punto con menos estension y mas claridad, presentaremos desde luego algunas consideraciones, destinadas, no tanto á defender nuestra opinion, como á indicar con mayor precision las cuestiones que se presentan y el lugar correspondiente á cada una de las dificultades.

Relativamente á la intencion que sirve de base á la detentacion, pueden desde luego distinguirse las cuatro siguientes clases de personas.

1.^a El verdadero propietario y poseedor presunto, despues del ladron, y el que por medio de la deyeccion ó espulsion violenta ha conseguido la detentacion de un fundo.

2.^a El que apoya su detentacion en un *jus in re*. Para mayor brevedad contamos constantemente al usufructuario como representante de las personas que se hallan en su clase.

3.^a El que ejerce la detentacion como consecuencia de una relacion convencional, pero establecida en su favor. Para representar á esta clase nos valdremos del arrendatario.

sea perfectamente idéntica en la adquisicion de la propiedad y en la de la posesion. V. §. 3, núm. 1.—Wenck (*de trad.*, etc., pág. 21) no ha notado la diferencia muy natural entre la capacidad personal del adquisidor y la forma de la adquisicion, y nos acusa de una inconsecuencia que no hemos cometido.

(1) L. 19, D. *ex quib. causis maj.*—L. 23, §. 1, D. *de poss.* L. 15, pr. D. *de usurp.*—No queremos decir que el *postliminium* ni la ficcion de la *lex Cornelia* carezcan aquí de aplicacion.—Ya examinaremos en la seccion segunda hasta qué punto puede producir una modificacion en todo esto la *representacion juridica*.

4.^a El que simplemente administra la posesion en servicio de otro. Nosotros le llamaremos el apoderado.

El caso de la primera especie no puede concebirse, porque en él existe el verdadero *animus domini*, y sea cual fuere la fuerza con que últimamente se ha controvertido la *necesidad* de la posesion, nadie ha puesto en duda su *suficiencia*. Segun los principios, es preciso admitir siempre aquí la posesion.

El cuarto caso no presenta mas dificultades que el primero. Es cierto que no hablan en él de ninguna posesion las fuentes de nuestro derecho, pero tampoco deben hablar, puesto que el apoderado no tiene que defender cosa alguna que le pertenezca, porque él posee *alieno nomine* en el verdadero sentido de la palabra, esto es, para conseguir un fin que redunde en provecho de otro. No nos restan, pues, mas que las dos clases intermedias, que tienen un punto de contacto, y es el de que la persona que hace la detentacion, aspira á un fin que redunde en su provecho.

Con respecto al usufructuario (segunda clase), no permiten las fuentes de nuestro derecho la menor duda. El propietario tiene esclusivamente la posesion de la cosa, y el usufructuario no puede ser considerado por este motivo mas que como simple administrador. Por otra parte, el usufructuario tiene una *quasi possessio*, de naturaleza especial garantida igualmente por los interdictos. Los que de estos competen á ambas partes, se hallan para ellas en igual relacion que sus acciones *in rem*. La garantia concedida por los interdictos al usufructuario se funda en una necesidad práctica: porque puede suceder que el usufructuario no se halle en estado de invocar, por su contrato, la proteccion del propietario, ya porque el usufructo puede provenir de una posesion de largo tiempo, ya porque la propiedad ha pasado á otras manos por enagenacion ó usucapion, lo que á pesar de todo, no puede disminuir en lo mas mínimo los derechos del usufructuario. Ahora bien: este quedaria enteramente espuesto á la violencia si no se le concediesen interdictos propios: de este modo quedan plenamente satisfechas todas las necesidades reales, y el principio *duo in solidum possidere non possunt* permanece intacto. Solo es preciso procurar no considerar este principio como hijo de la arbitrariedad; lo que produciria por absoluta necesidad trabas que coartasen las relaciones sociales. Al contrario; este principio es solo la expresion de un justo sentimiento, de que la posesion de una misma naturaleza dada á muchos *in solidum*, causaria la confusion en las relaciones posesorias, por los diferentes fines que cada cual se propondria, y de este modo, la seguridad de hecho que sirve de base á toda la garantia de la posesion no podria menos de ser perturbada.

En fin, relativamente al arrendatario (tercera especie), las expresiones de que se vale el derecho repetimos que son muy claras. El arrendador jamás deja de tener la posesion con los interdictos; y el arrendatario no la tiene, siendo considerado única-

mente como administrador de la posesion de otro. La práctica en este caso no se diferencia de la del caso precedente sino por la falta de la *quasi possessio*; porque no existe en ella relacion alguna legal é independiente, á que poderla atribuir como una consecuencia. Pero, sobre todo, no hay ninguna necesidad práctica de conceder al arrendatario los interdictos, puesto que siempre tiene una accion derivada de su contrato, por la cual puede invocar la garantía que le debe el arrendador: pero cuando este ultimo pierde la posesion por enagenacion ó usucapion, cesa igualmente todo derecho del arrendatario á la cosa arrendada, y no hay ya lugar segun esto á proteger por su parte una *posesion*, así como no tiene contra el arrendador mas que una accion de daños é intereses derivada de su contrato, y que le basta para cubrir sus impensas.

Si consideramos ahora en su union mútua los casos que hemos espuesto hasta aquí, y que se ven combatidos con fuerza, descubriremos tanta consecuencia científica como tino para las necesidades prácticas. Todo se explica fácil y claramente suponiendo la existencia del *animus domini*; y si estos fueran los únicos casos en que se ofreciesen, es probable que jamás hubiese dado materia á una controversia semejante cuestion. La admision de la *quasi possessio* tampoco suscita la menor duda sobre esta suposicion. Naturalmente el *animus domini* no se concibe mas que como la voluntad del poseedor para ejercer este usufructo perteneciente á él; por consiguiente sin reconocer otra persona con mayor derecho que él relativamente al usufructo.

Pero hay cuatro casos que no están conformes con la regla que hemos dado hasta aquí: la enfitesis y la prenda siempre; el *precarium* y el secuestro algunas veces (1). Segun nuestra regla, la posesion debería en todos casos estar combinada con la propiedad, y de modo ninguno con la detencion: al contrario, en los dos primeros casos la detencion debería estar protegida por la *quasi possessio*, sin que se verifique lo mismo con respecto á los otros dos. Mas no sucede así: aquí la posesion está unida siempre á la detencion, y el propietario no está protegido en la posesion de modo alguno. Hé aquí por qué en todas ocasiones hemos considerado estos casos como anomalías, y les hemos dado el nombre de *posesion derivada*. Pero su anomalía no solo consiste en la existencia de la posesion en aquella parte en que falta el *animus domini*, sino que igualmente, y mas se no-

(1) Decimos cuatro casos, aunque tambien se controviere este punto; pero un caso mas ó menos no varia en general la naturaleza de la cuestion ó de la dificultad. Así es que uno de nuestros adversarios quiere atribuir tambien la posesion al superficiario (Schroeter, p. 244): otro no quiere confesar que el enfitentea y el secuestro tienen la posesion (Bartels, p. 200, 205); un tercero tampoco le concede al secuestro la permanencia en el dominio del derecho material, y le permite sencillamente el procedimiento (Sintenis, página 250).

ta aun, en la falta de posesion que existe en realidad con el *animus domini*: este caso es el del que sabe que es propietario sin contestacion, y que podría conservar por otro la posesion tanto aquí como en el caso del contrato de arrendamiento en que seguramente la conserva. Hemos adoptado la expresion de *posesion derivada* precisamente, á fin de hacer presentes los casos que mas difieren de lo que ordinariamente sucede, y que consisten en que quien por un orden regular debería tener la posesion, esté (por su propia voluntad) privado de ella, que al mismo tiempo se atribuye á otro. Esto es lo que hemos llamado *transmision* de la posesion; expresion que cómodamente puede entenderse como si en ella quisiéramos comprender una sucesion jurídica; pero desde la segunda edicion de nuestra obra no hemos cesado de prevenir contra esta mala inteligencia (1).

¿Cómo se han de explicar ahora estos casos que se desvian de lo que ordinariamente sucede? En los casos del acreedor pignoraticio y del secuestro, explicamos con mucha facilidad el objeto práctico que tenían estas dos instituciones, las cuales exigian precisamente que se negasen los interdictos al propietario. Era, pues, muy natural preferir aquí la necesidad práctica á la consecuencia científica, y esta explicacion nos satisface completamente. Otra cosa diremos con respecto á la enfitesis y el *precarium*. En la enfitesis, una mayor estension de derechos en comparacion de los del usufructuario, nada absolutamente nos explica: porque ¿qué puede efectuar aquí la mayor ó menor estension, si admitiendo la *quasi possessio* quedarían plenamente satisfechos todos los intereses? En cuanto al *precarium*, ningun motivo de explicacion interior ha tenido todavía buen resultado. Hemos ensayado para las dos instituciones de que hablamos una explicacion histórica cuyo fondo es verdadero, y tenemos esperanzas verosímiles. Pero el que no ha querido hallar esta verosimilitud, debería, segun nos parece, abandonar estas dos anomalías y renunciar simplemente á su explicacion.

Despues de estas consideraciones generales, vengamos á la historia de la contestacion que con mucho ahineo se ha suscitado en este terreno.

Rossirith es el primero que se ha declarado contra la expresion de la *posesion derivada*. Juzga que deben ser considerados estos cuatro casos como estados anormales imposibles de generalizar, y en los cuales es preciso evitar toda expresion técnica. No entraremos en discusion alguna con él, puesto que no pertenece al número de nuestros adversarios, porque no queremos escribir frases inútiles sobre la insignificante circunstancia de que él desee una expresion, que no dejamos de considerar nosotros como conveniente y conforme á su objeto.

(1) Segunda edic., p. 111, en la nota.—A pesar de esta advertencia espresa, no faltan algunos que al parecer miran esta mala inteligencia como parte constitutiva de nuestra opinion.

Difieren otros en la esencia de nuestro modo de ver, negando la naturaleza anómala de estos cuatro casos, y procurando presentarlos por el estilo contrario, como incluidos en la regla general.

Schroeter se desvía de nuestra opinion, porque conviniendo con nosotros en que el *animus domini* es en general necesario para la posesion, busca sin embargo su existencia tambien en los cuatro casos que nos ocupan, y aun en un quinto caso, el del superficiario. Para venir á su demostracion, hace con respecto á la enfiteusis y la superficie una enumeracion prolija de los derechos de los detentadores, en comparacion con las facultades de goce tan restrictas en el usufructuario (p. 237 y sig., p. 244 y sig., p. 255). Pero entonces preguntaremos nosotros, ¿qué fuerza tiene aquí el mas ó el menos? ¿en dónde se halla el límite? Además, ¿cuál es el motivo porque Schroeter, que no rehusa el *animus domini* al verdadero propietario, le despoja de todos sus derechos con respecto á la posesion? Ultimamente preguntaremos, ¿por qué no se aplica en esta materia, como al tratar del usufructo, la euasi posesion que constituye una relacion tan consecuente y satisfactoria en la práctica?

Tambien pretende Schroeter que el acreedor pignoraticio posee absolutamente de la misma manera que si fuese propietario (p. 255 y sig.) Pero dudamos que partiendo del momento siempre incierto y accidental de la enagenacion, pueda hallarse una persona menos semejante al propietario que el acreedor pignoraticio que no puede valerse de la cosa ni adquirir sus frutos. Por fin, dice que en el *precarium*, el propietario ha *concedido* el *animus domini*, y que en el secuestro el propietario ha dado el *mandato* de conservar este *animus*. Pero todo esto no quiere decir en realidad sino que el propietario ha transferido á otro su *derecho de posesion*, y es indudable que se emplea una expresion forzada diciendo que esta concesion ó mandato se refiere á una *voluntad*, y de ningun modo á actos, que sin embargo son lo único á que se aplica.

Los otros autores están unánimemente conformes en decir que Schroeter se ha engañado completamente, atribuyendo los cuatro casos en cuestion á un *animus domini* existente: por tanto, niegan la identidad del *animus possidendi* con el *animus domini*, y procuran dar mas explicacion á esta nocion, con objeto de que pueda tambien comprender sin dificultad los cuatro casos que nos ocupan.

Warnkoenig hace este racionio de un modo negativo al pretender que todos los que no quieren poseer *alieno nomine*, tienen el *animus domini*. Pero esta expresion deja tan vasto campo al equívoco, que llega á ser imposible dar una explicacion satisfactoria. Porque si se hace que las palabras *alieno nomine* se refieran al *objeto*, no se pueden entender con respecto al mandatario, puesto que el locatario busca ya su propia utilidad. Si por

el contrario se atribuyen á la falta de un *derecho propio sobre la cosa*, el usufructuario debería poseer *suo nomine*, y tener por consiguiente la posesion. No hay, pues, otra explicacion posible que la de escluir por la expresion *alieno nomine* al que reconoce mejor derecho en otro, como sucede en el caso del usufructuario. Pero entonces en estos cuatro casos volvería á faltar la posesion. Para prevenir esta objecion, Warnkoenig se funda en que lo relativo á la prenda, el *precarium* y el secuestro, el propietario quiere *renunciar* á la posesion y *transferirla* (p. 175—177), lo que se halla en absoluta conformidad con nuestro modo de ver, y no tiene nada comun con la voluntad particular del detentador. En cuanto al enfiteuta, dice que es seguro que su posesion debe ser mejor que la del simple arrendatario (p. 178); pero no es posible decir esto del usufructuario: Warnkoenig dá á entender que él mismo conoce lo defectuosa que es su explicacion, cuando confiesa que la no posesion del usufructuario se explica mas facilmente que la del arrendatario (p. 180).

Guyet dice que el *animus possidendi* consiste en la intencion de ejercer una consideracion legal sobre la cosa, y que esta consideracion no puede restringirse á la propiedad. Segun esto, facilmente se demuestra la posesion en la persona del acreedor pignoraticio y del enfiteuta. La *posesion* del que hurtó se explica por la intencion dirigida á la *posesion* jurídica, y por lo mismo á una relacion legal (*Abh.* p. 151. El autor ha caído aquí en un círculo vicioso). Pero añade que la relacion legal debe ser inmediata, y que este es el motivo por el cual el enfiteuta tiene la posesion de que se halla privado el arrendatario. (*Zeitsch.* p. 373, 380). Con todo, el autor cree que la causa de esta diferencia se halla en el *jus in re*; pero no es exacto; porque el usufructuario no se halla en una relacion mas inmediata que el arrendatario (p. 373); tanto con respecto al uno como con respecto al otro, la causa de la no posesion reposa en el conocimiento que tienen de que la relacion en que se hallan con la cosa no es legal (p. 374). Mas como en realidad estas personas están en una relacion eminentemente legal, es evidente que lo que se rehusa concederles no puede ser mas que una consideracion legal *en cuanto á la posesion*. De modo que, toda la teoría del autor consiste en lo siguiente: el *animus possidendi* se concede ó se niega, segun que la persona quiere ó no quiere hallarse en una relacion de *posesion* legal con la cosa, ó de otro modo: el *animus possidendi* no es mas que el *animus possidendi*: cosa que no trataremos en verdad de negar. Pero el autor parece que no se determina á confiar demasiado en su descubrimiento, porque dice al hablar del usufructuario que este *podria* tener la posesion y que si no la tiene, preciso será atribuirlo á la naturaleza transitoria de su derecho: que así la diferencia que existe entre él y el enfiteuta no es en el fondo mas que una definicion puramente positiva (p. 375).

Bartels dice que todo estriba en el *animus rem sibi habendi*.

Asegura que el usufructuario no quiere *la cosa*, sino un *ius in re*, y solo un poder parcial sobre la cosa (p. 181, 200), y que la prenda por el contrario se estiende sobre toda la cosa (p. 198). El autor explica muy estensamente y con mucho trabajo la razon por la cual en el *precarium* es posible el *animus possidendi*, y dice que esto es porque la naturaleza puramente de hecho de la relacion escluye el *alieno nomine* (p. 179-196). Por otra parte, el autor simplifica extraordinariamente su tarea, rehusando del todo la posesion al enfiteuta y al secuestro (p. 200, 205), por razones que nadie juzgará convincentes.

Por último, Sistenis vuelve á la opinion de Rosshirt, pero sin confesarlo claramente. Todo reside desde un principio y en su origen, dice él, en el *animus domini*. Pero al lado de esto, añade, hay muchos casos de verdadera posesion en los que no se halla el *animus domini*, sino solo el *sibi habendi*; y de este modo hay siempre un objeto en utilidad del poseedor (p. 248-251). Pero parece que el autor, así como Rosshirt, considera estos casos como anomalías á parte, porque no se acierta la razon para que el usufructuario y el arrendatario no deban ser tratados del mismo modo, puesto que á la verdad tienen también un objeto en utilidad propia. También explica como justa la naturaleza de la posesion del hipotecario por los fines particulares y las necesidades de este acto, y por consiguiente, como una anomalía fundada en la práctica (p. 414-418). Se vé, pues, que también en este caso se halla reducido todo á una protesta contra la denominacion de la posesion derivada (p. 225-251), y protesta que nosotros dejamos en su lugar de buena voluntad.

En todas estas nuevas obras se han tomado los autores mucho trabajo sin conseguir un buen resultado, y para decir la verdad, sin tener siquiera un objeto cualquiera, por insignificante que fuese. En esta discusion Thibaut se ha encargado de nuestra defensa. El dice, que por amor á la sencillez y á lo absoluto han querido algunos autores forjar un *animus domini* donde no existe: que otros, por el contrario, han ampliado el *animus tenendi* con el objeto de comprender en la idea fundamental la posesion derivada, que en último resultado comprende toda clase de *animus*, aun los del arrendatario y el inquilino.

§. 10.

HISTORIA LITERARIA DE LA IDEA DE LA POSESION.

Después de haber examinado la idea de la posesion bajo todos sus aspectos, solo nos falta considerar la cuestion histórica ¿de qué modo han mirado esta idea los juriscultos modernos?

Las definiciones de la posesion, en general muy numerosas por sí y que han suscitado multitud de controversias, no son de

importancia alguna (1): todas las contestaciones que han mediado en este asunto, no conciernen más que á los términos de estas mismas definiciones, y de modo ninguno á aquellos de que se han valido los juriscultos romanos.

El punto decisivo aquí como en los juriscultos romanos, es la definicion de las palabras *naturalis* y *civilis possessio*; vamos á esponer ahora las opiniones que los juriscultos mas influyentes han profesado en esta materia. Con dificultad nos veremos precisados á presentar una reputacion especial, porque no tendremos que combatir mas que *opiniones* apoyadas tan solo en alguna deducción exegética, y que el sistema que antes establecimos (§. 7) puede hacer las veces de una crítica general.

La opinion mas antigua, conocida por los escritos de su mismo autor, es la de Placentino, y á nuestro modo de ver es mas lógica y razonable que las de la mayor parte de los juriscultos modernos. No hay, dice, mas que *una sola* posesion jurídica, pero que puede producir diferentes efectos, y hacer la usucapion ya posible (*plena*), ya imposible (*semi-plena*): su existencia es siempre necesaria para poder invocar los interdictos. Los elementos que constituyen su nocion, ó bien traen su naturaleza de un hecho (detentacion), ó bien de una causa jurídica (*animus*): suponiendo que solo existan los primeros elementos, o los segundos, ó unos y otros, la posesion se llama *naturalis*, *civilis*, *naturalis simul*, et *naturalis*: pero jurídicamente hablando la simple posesion *natural* no es una posesion; puesto que hasta es opuesta á ella, porque el derecho romano no reconoce el carácter de la posesion en la detentacion falta de la intencion (*animus*): no se puede decir lo mismo con respecto á la posesion *civil*, porque en muchos casos la posesion se puede conservar solo por la intencion.—Este modo de ver es fundado sin duda alguna, y la terminología no es incorrecta sino porque la distincion entre la posesion natural y la posesion civil se refiere á las condiciones materiales (jurídicas ó no jurídicas) de la posesion (cp. §. 5 y 9) en vez de referirla á los efectos mismos de la posesion. (§. 7). La aplicacion á los casos particulares no ha tenido tan feliz éxito como la esposicion de los principios.—Azon profesa en general la misma opinion, con la diferencia de que él no admite posesion alguna que á un mismo tiempo sea civil y natural, y que solo se vale del nombre *civilis* en los casos en que la existencia de la posesion se basa sobre una simple ficcion (*ubi solo animo retinetur possessio*). De modo que Azon hace comprender que mas bien fué la L. 10. C. de *poss.*, la que dió lugar á esta opinion, confundiendo la oposicion encerrada en este pasaje (2) con la de la posesion

(1) Tres de las mas antiguas definiciones, una de Basiano y las otras dos de Azon, se hallan en la glosa (acerca de la L. 1, pr. D. de *poss.*) en la obra de Azon (*summa in Cod.*, tit. de *poss.*, núm. 1 y 19), y en Odfred (sobre la L. 1, D. de *poss.*, p. 52).

(2) *Nemo ambigit possessionem duplicem esse rationem: caliam que ju-*

Asegura que el usufructuario no quiere *la cosa*, sino un *ius in re*, y solo un poder parcial sobre la cosa (p. 181, 200), y que la prenda por el contrario se estiende sobre toda la cosa (p. 198). El autor explica muy estensamente y con mucho trabajo la razon por la cual en el *precarium* es posible el *animus possidendi*, y dice que esto es porque la naturaleza puramente de hecho de la relacion escluye el *alieno nomine* (p. 179-196). Por otra parte, el autor simplifica extraordinariamente su tarea, rehusando del todo la posesion al enfiteuta y al secuestro (p. 200, 205), por razones que nadie juzgará convincentes.

Por último, Sistenis vuelve á la opinion de Rosshirt, pero sin confesarlo claramente. Todo reside desde un principio y en su origen, dice él, en el *animus domini*. Pero al lado de esto, añade, hay muchos casos de verdadera posesion en los que no se halla el *animus domini*, sino solo el *sibi habendi*; y de este modo hay siempre un objeto en utilidad del poseedor (p. 248-251). Pero parece que el autor, así como Rosshirt, considera estos casos como anomalías á parte, porque no se acierta la razon para que el usufructuario y el arrendatario no deban ser tratados del mismo modo, puesto que á la verdad tienen también un objeto en utilidad propia. También explica como justa la naturaleza de la posesion del hipotecario por los fines particulares y las necesidades de este acto, y por consiguiente, como una anomalía fundada en la práctica (p. 414-418). Se vé, pues, que también en este caso se halla reducido todo á una protesta contra la denominacion de la posesion derivada (p. 225-251), y protesta que nosotros dejamos en su lugar de buena voluntad.

En todas estas nuevas obras se han tomado los autores mucho trabajo sin conseguir un buen resultado, y para decir la verdad, sin tener siquiera un objeto cualquiera, por insignificante que fuese. En esta discusion Thibaut se ha encargado de nuestra defensa. El dice, que por amor á la sencillez y á lo absoluto han querido algunos autores forjar un *animus domini* donde no existe: que otros, por el contrario, han ampliado el *animus tenendi* con el objeto de comprender en la idea fundamental la posesion derivada, que en último resultado comprende toda clase de *animus*, aun los del arrendatario y el inquilino.

§. 10.

HISTORIA LITERARIA DE LA IDEA DE LA POSESION.

Después de haber examinado la idea de la posesion bajo todos sus aspectos, solo nos falta considerar la cuestion histórica ¿de qué modo han mirado esta idea los juriscultos modernos?

Las definiciones de la posesion, en general muy numerosas por sí y que han suscitado multitud de controversias, no son de

importancia alguna (1): todas las contestaciones que han mediado en este asunto, no conciernen más que á los términos de estas mismas definiciones, y de modo ninguno á aquellos de que se han valido los juriscultos romanos.

El punto decisivo aquí como en los juriscultos romanos, es la definicion de las palabras *naturalis* y *civilis possessio*; vamos á esponer ahora las opiniones que los juriscultos mas influyentes han profesado en esta materia. Con dificultad nos veremos precisados á presentar una reputacion especial, porque no tendremos que combatir mas que *opiniones* apoyadas tan solo en alguna deducción exegética, y que el sistema que antes establecimos (§. 7) puede hacer las veces de una crítica general.

La opinion mas antigua, conocida por los escritos de su mismo autor, es la de Placentino, y á nuestro modo de ver es mas lógica y razonable que las de la mayor parte de los juriscultos modernos. No hay, dice, mas que *una sola* posesion jurídica, pero que puede producir diferentes efectos, y hacer la usucapion ya posible (*plena*), ya imposible (*semi-plena*): su existencia es siempre necesaria para poder invocar los interdictos. Los elementos que constituyen su nocion, ó bien traen su naturaleza de un hecho (detentacion), ó bien de una causa jurídica (*animus*): suponiendo que solo existan los primeros elementos, o los segundos, ó unos y otros, la posesion se llama *naturalis*, *civilis*, *naturalis simul*, et *naturalis*: pero jurídicamente hablando la simple posesion *natural* no es una posesion; puesto que hasta es opuesta á ella, porque el derecho romano no reconoce el carácter de la posesion en la detentacion falta de la intencion (*animus*): no se puede decir lo mismo con respecto á la posesion *civil*, porque en muchos casos la posesion se puede conservar solo por la intencion.—Este modo de ver es fundado sin duda alguna, y la terminología no es incorrecta sino porque la distincion entre la posesion natural y la posesion civil se refiere á las condiciones materiales (jurídicas ó no jurídicas) de la posesion (cp. §. 5 y 9) en vez de referirla á los efectos mismos de la posesion. (§. 7). La aplicacion á los casos particulares no ha tenido tan feliz éxito como la esposicion de los principios.—Azon profesa en general la misma opinion, con la diferencia de que él no admite posesion alguna que á un mismo tiempo sea civil y natural, y que solo se vale del nombre *civilis* en los casos en que la existencia de la posesion se basa sobre una simple ficcion (*ubi solo animo retinetur possessio*). De modo que Azon hace comprender que mas bien fué la L. 10. C. de *poss.*, la que dió lugar á esta opinion, confundiendo la oposicion encerrada en este pasaje (2) con la de la posesion

(1) Tres de las mas antiguas definiciones, una de Basiano y las otras dos de Azon, se hallan en la glosa (acerca de la L. 1, pr. D. de *poss.*) en la obra de Azon (*summa in Cod.*, tit. de *poss.*, núm. 1 y 19), y en Odfred (sobre la L. 1, D. de *poss.*, p. 52).

(2) *Nemo ambigit possessionem duplicem esse rationem: caliam que ju-*

de hecho, y la posesion puramente jurídica (ficticia), y esta última de nuevo con la posesion civil y natural.—Esta opinion parece haber sido la dominante por mucho tiempo. Tambien sirve de fundamento á los escritos de Alciat y de Duarein, aunque ni el uno ni el otro la distinguen bastante de la opinion contraria. Merilio, que tambien adopta esta interpretacion, la pone en relacion con una cuestion que mas adelante se presentará. Cuando la ficcion sobre la cual se apoyaba la existencia de la posesion era tan fuerte que podia ser designada suficientemente con la expresion *civilis possessio*, muchos comentadores la llamaban *civilissima*, como Baldo.

Otra opinion que parece tan antigua como la de que acabamos de hablar, comprende con mas exactitud el sentido de los jurisconsultos romanos refiriendo al efecto jurídico de la posesion toda la distincion que existe entre la posesion civil y la natural: entiende, pues, por posesion civil esta especie que el derecho romano consagra bajo una relacion cualquiera, y que es preferida á la posesion natural. Esta opinion es la misma que profesa Bassien (*Joannes*) contemporáneo de Placentino, de Azon y profesor (*dominus*) de este último.

Tal opinion, adoptada por los glosadores, entre los cuales le hallamos en primer lugar, es la de todos los jurisconsultos modernos: pero los autores que la profesan se han dividido á su vez en tres fracciones que es preciso distinguir cuidadosamente.

El primero de los tres partidos, cuya opinion es mas verosímil, no da el nombre de *possessio civilis* mas que á la que reúne en sí todos los efectos posibles de una posesion en general: llama, pues, así, tanto á la posesion del propietario como á la que conduce á la usucapion. Llama *possessio naturalis* á la que adolece de falta de alguna cosa; esto es, la que puede dar lugar á los interdictos, pero que no produce la usucapion. De estas dos posesiones distingue todavia la simple detentacion (*tenere esse in possessione*, etc.), que no encierra ningun elemento jurídico.—Lo que primeramente hay de mas laudable en esta interpretacion, es que en general determina con exactitud la idea de la posesion civil (1): otra y mayor ventaja que debemos notar en ella consiste en la idea sencilla que dá de la posesion jurídica (§. 7, núm. 3), por

re consistit (es decir, *possessio civilis*, la que existe simplemente por una ficcion jurídica) allam que *corpore* (posesion natural, basada en la detentacion natural).—Ya daremos en el §. 12 la verdadera interpretacion de este testo.

(1) No podemos decir que en general, porque muchas veces se desvia este partido de su propia definicion. Por ejemplo, supone con frecuencia que la posesion civil no se refiere mas que á la *justa causa* en la usucapion, y aplica por consiguiente este término tambien á los casos en que otras causas, como la mala fé, impiden la usucapion. (Bartole, sobre la L. 1, pr. D. de poss., núm. 8). Esta incertidumbre en el uso del término era consecuencia necesaria del desprecio que se manifestaba á deducir de la terminología del lenguaje común el significado de la posesion civil.

oposicion á la simple detentacion, y que se halla tan bien comprendida en ella, que la determina perfectamente: esta es la causa porque las obras en que sirve de base esta interpretacion, ofrecen mayor seguridad que las otras. El único defecto que describe este modo de ver (porque las faltas en la aplicacion no pertenecen á este lugar) tiene por origen el falso significado que tal modo de considerar ha dado á la posesion natural. Es preciso ante todo, consignar los autores siguientes.

Juan Bassien.

Odfred, sobre la L. 3, §. 5, D. de poss. (fol. 56); sobre la L. 12, pr. eod. (fol. 58), y sobre la L. 3, pr. D. uti possidetis (fol. 101).

Cujacio en sus *Observ.*, lib. IX, cap. 33 (1569).

Jorge Obrecht, *De possessione*, cap. 3—5 (p. 524, *Disp. collect.* Ursell, 1603, en 4.^o).

Scipion Gentilis, *De donat. inter virum et uxorem*, lib. II, cap. 30 (*Opp.*, t. IV, p. 297).

Valencia, *Illustr. jur. tract.*, lib. I, tratado 2, cap. 3.

Ramos, *In tit. Dig. de poss.*, p. 1, §. 18, 19 (en Meermann, t. VII, pág. 82).

Retes, *In tit. Dig. de poss.*, p. 1, cap. 2 (en Meermann, t. VII, p. 458).

Pothier, *Pandectæ Just.*, lib. XLI, tit. 2, p. 121, y *Tratado de la posesion*, cap. 1, art. 2, p. 8.—17.

No conocemos la opinion de Bassien mas que por los extractos poco fieles y escasos de Accurse, que nos presenta con la mayor confusion todas las opiniones que existian entonces, aunque el mismo preferia la de Bassien á las de todos los demás; pero las aplicaciones en que se le halla por casualidad, bastan para hacernos una completa esposicion de ella. No concedia la posesion civil mas que al verdadero propietario y al que se halla en estado de usucapir: el enfiteuta, el usufructuario, el vasallo, no tienen mas que la posesion natural; lo mismo sucede con el *prædo*, que se apodera sin titulo de la posesion de otro; al arrendatario no le reconoce posesion alguna, y solo le concede la simple detentacion. Esto es lo que manifiesta la controversia que se ha suscitado entre Bassien por una parte, y Placentino y Azon por otra, sobre la cuestion de si la posesion civil y natural forman dos especies diferentes de posesion, ó si solo hay una especie. Bassien debió sostener la primera proposicion; Placentino y Azon la segunda; porque Bassien hacia girar toda la distincion sobre diferentes derechos de la posesion. La historia posterior á la opinion de Bassien es muy notable. Bartole le hizo experimentar un cambio imperceptible, pero que ha sido despues causa de un error muy trascendental. El creia sin duda que no seria conveniente conceder al *prædo* desde luego la misma posesion (natural) que al vasallo y á otras personas honradas: y hé aquí por qué admite, ademas de la posesion civil y natural, otra verdadera

posesion (distinta de la simple detentacion), á la cual daba el nombre de corporalis, atribuyéndola solo al *prædo*. Despues asignó á la propiedad la posesion civil, cuya *justa acquisitionis causa* debia producir aquella; del mismo modo atribuyó á los *jura in re* la posesion de buena fé, y distinguió de una y otra la posesion corporal, esto es, la posesion falta de todo título legal. Pero esta division, dándolo todo por supuesto como fundamento de la posesion, existencia y cualidad de cierto derecho, se aparta mucho mas que todas las otras opiniones del verdadero punto de vista desde el cual es preciso considerar la posesion. Cujacio, que en sus anteriores escritos habia espuesto, tal vez mejor que todos los autores, la opinion de Bassien vino á adoptar despues la interpretacion de Bartole, pero haciendo en ella una nueva adición que llevó al mas alto grado el error. En efecto, pretendió, cosa que jamás habia sostenido Bartole, que la posesion corporal no era reconocida en derecho romano como una relacion jurídica, como condicion de derechos. Pero como no se puede negar que el *prædo* goza tambien del derecho de invocar los interdictos, quiere explicar Cujacio esta circunstancia, diciendo que tal poseedor ilegítimo *pretesta* comunmente un título legal para justificar su posesion; que no es la posesion en sí misma, sino mas bien este título aducido, lo que forma la base de los interdictos, y que sin semejante pretesto no se le podrian conceder. Es casi imposible discurrir un modo de considerar la posesion mas contrario al derecho romano que este.

El segundo partido admite la distincion de una manera mucho mas sencilla que el primero.

A la posesion *civil*, que tambien es llamada por él *posesion* simplemente, y que es la que hace posible la usucapion, no opone mas que la posesion *natural* (*esse in possessione, non possidere*), que abraza por consiguiente todos los otros casos, sin distinguir si suponen ó no una verdadera posesion, esto es, el derecho á los interdictos. Este partido explica, pues, tambien con mucha claridad la posesion civil, pero comete una falta de consideracion no separando la posesion propia para los interdictos de la simple detentacion, y este es el motivo por el cual este sistema no tiene ninguna idea exacta de la posesion jurídica (§. 7, núm. 3). Los autores mas notables que lo han seguido son los siguientes:

Terreto, sobre la L. 1, pr. D. *de poss.*, núm. 11—13 (*Opp.*, t. I, p. 519—520), y sobre la L. 12, pr. D. *de poss.*, números 31—32 (*ibid.*, p. 611).

Brisson, *de verb. significacione*, v.º civilis, núm. 3; v.º *possessio*, núm. 3—4, v.º *justus*.

Mureto, *Epistolæ*, lib. III, ep. 81 (*Opp.* ed. Ruhnken, t. I, p. 643).

Galvano, *De usufructu*, cap. 33, §. 10—12. Este autor llena con distinciones nuevamente inventadas el vacío que supone existir en la terminología romana, segun su interpretacion.

Vinio, *Select. quest.*, lib. II, cap. 36. Es mejor que los demás autores partidarios de este sistema.

Domat, *Leyes civiles*, P. I, lib. 3, t. 7, preámbulo.

Westfal, *Veber die Arten der Sachen*, etc. (De las clases de cosas). P. II, cap. 2, §. 52, 64.

Hofacker, *Princ. jur. rom.*, t. II, §. 759, 760, confiesa él mismo que en gran parte há seguido á Galvano.

Malblanc, *princ. juris rom.*, P. I, §. 191.

No nos falta, pues, mas que examinar el tercer partido que comprende por posesion civil toda posesion jurídica en general, ya sirva de base á la usucapion, ya tan solo á los interdictos, y que no oponga á esta posesion jurídica mas que la simple detentacion (*possessio naturalis; esse in possessione, non possidere*).

El error característico de esta opinion consiste en la falsa definicion de la posesion *civil*, y por necesaria consecuencia en la imposibilidad de mantener intacta la nocion simple de la posesion jurídica en general, que siempre es lo mas importante y de donde tambien parten los que han formado tal definicion: porque como los jurisconsultos romanos no se explican en ningun caso con mas claridad que cuando tratan de algunos puntos (principalmente el de la donacion entre esposos), en los cuales no admiten jamás posesion civil, es preciso que estos casos sean excluidos de la posesion jurídica en general: y esto es lo que hace que ninguna opinion sea mas falsa que esta en tratándose de ponerla en aplicacion. Tambien es evidente que ninguna de estas tres modificaciones de la interpretacion, segun la cual el efecto jurídico determina la posesion civil, puede confundirse tan fácilmente como la tercera, con la que presentamos en primer lugar, y, segun la cual, la posesion *civil* designa una posesion existente por una ficcion jurídica (p. 124, etc.). Porque para que haya semejante coincidencia basta adoptar esta sencilla proposicion, pero que es tan falsa como interesante para la práctica: en donde la posesion civil es imposible, la ficcion jurídica de la posesion lo es igualmente. Hé aquí por qué los antiguos autores confunden por lo general las dos explicaciones (p. 125); y tambien hay otros que pueden ser colocados á voluntad de cada cual en cualquiera de los dos partidos.

Aquí debemos citar los autores siguientes:

Martino Gosia, cuya opinion se encuentra en una glosa anónima é inédita sobre el título del Código, *de possessione* (M. S., París, 1517): «Duplex ratio possessionis est secuandum M., alia pro suo, quæ civilis est, alia pro non suo, quæ naturalis. Pro suo civilis juris est quæ animo et corpore acquiritur, quandoque suo, quandoque alieno, ut in re peculiari et per quemlibet alium. Retinetur autem quandoque animo solo quandoque animo et corpore, suo aut alieno. Quæcumque corpore retinetur alieno, pro non suo est quantum ad eum qui detinet, quæ dicitur naturalis et est facti, ut colonaria.»

Zario, sobre la L. 3, §. 5, D. *de poss. Opp.* ed Francof. 1590, t. III, p. 111).

Vaconio á Vacuna, *Declarat.*, L. 2, declar. 68—71 (fol. 63—68, ed. Rom. 1556 en 4.^o), compara la posesion civil con la imaginacion; la posesion natural son los sentidos, y desenvuelve la metáfora con la mayor paciencia.

Corasio, sobre el tit. *de possessione* (*Opp.* ed. Torster, Viteb, 1603, in fol. t. 1, p. 921, 922).

Conte, *Disput.*, lib. I, cap. 9.

Charondas, *Verisimil.*, lib. 1, cap. 6. (en Otto, t. 1, p. 699).

Triderus Mindanus, *De materia possessionis*, cap. 1, números 16, 20.

Turamino, *De subst. poss.*, c. 8. (*Opp.* p. 289—299).

Oroz, *De apicibus juris civilis* lib. IV, c. 2, §. 8, 9.

Cupero, *De natura possessionis*, P. 1, c. 3—4 (p. 24—48).

Fleck, sobre el título de las Pandectas, *de poss.*, p. 9—15.

Thibaut, *Veber den Besitz* (*De la posesion*), §. 11, (1).

Este cálculo prueba por sí mismo que la opinion de Cupero de todo tiene menos de novedad, aunque él mismo la cree tal; sin embargo, tiene el mérito de haberla defendido con mas fundamento y descubrimientos que esta y todas las demás opiniones habian sido defendidas antes de él, y se ha hecho muy merecedor agotando todos los argumentos que apoyaban un error posible: pero la escelente esplicacion que dá de la L. 10, C. *de poss.*, y en la que ha destruido todas las razones aparentes invocadas en favor de otra cualquiera opinion, es mucho mas importante todavía. No solo su profundidad, sino tambien el extraordinario favor con que se ha visto acogido en todas partes su sistema, nos imponen el deber de añadir algunas observaciones particulares á la refutacion general que resulta de la prueba de nuestra propia opinion.

Para determinar lo que se debe comprender por posesion *civil* y *natural*, adopta Cupero una senda decisiva para todas sus investigaciones: parte de la nocion de la posesion *natural* (que es una idea negativa), se apresura á demostrar que se debe entender por ella la posesion *no jurídica*, y determina despues la posesion *civil* como lógicamente opuesta á la posesion *natural*, y, por tanto, como una posesion jurídica en general. Es, pues, muy natural que el carácter propio de la posesion civil, especialmente su relacion con el derecho civil, haya pasado desapercibido para él: pero lo admirable es que Cupero, tan profundamente versado en la legislacion romana, no se haya acordado por fin de la significacion particular que el término *ius civile* tiene en derecho romano. Se nos olvidaba decir que no dá prueba alguna directa para apo-

(1) En las adiciones que ha hecho á su edicion de Cupero, ha renunciado á esta opinion. Pero en sus *Civ. Abhandlugen* (*Disertaciones sobre el derecho civil*), parece volver á su primera opinion.

yar su interpretacion de la posesion civil: no hace mas que citar de paso, y como para recordar una cosa muy sabida, otras dos aplicaciones (*cognatio civilis* y *bonorum appellatio civilis*, que por sí solas bastan para destruir su sistema. Despues de haber echado así los fundamentos de una interpretacion en un todo falsa, naturalmente no pudo hacer mas que falsear los principios del derecho romano en sus mas importantes aplicaciones. Supongamos en efecto que la posesion *civil* designe realmente la posesion jurídica; esto no puede significar otra cosa, sino que la posesion civil tiene efectos jurídicos que la posesion natural no produce. Y ¿cuáles son, segun Cupero, estos efectos? No solo la usucapion, sino tambien los interdictos, entre otros varios. Ahora bien; nosotros hallamos por casualidad en las Pandectas, que un interdicto se aplica tambien fuera de los límites de la posesion civil: de donde sacamos que solo algunos interdictos pertenecen esclusivamente á la posesion jurídica, y la idea que hemos dado debe ser completada del modo siguiente: la posesion (*jurídica civilis*) es la que produce la usucapion, ó que dá por lo menos lugar á los interdictos *uti possidetis* y *utribi*; la posesion *no jurídica* (*naturalis*) es la que no produce tales efectos, aunque puede producir otros, especialmente dar lugar al interdicto *unde vi*. El error, que se comete haciendo esta distincion práctica entre los diferentes interdictos, no puede presentarse en toda su evidencia hasta que tratemos mas adelante de los mismos interdictos; pero como es imposible concebir por qué el interdicto *de vi* ha de ser menos jurídico que los otros interdictos, parece ya manifesto desde ahora, que los que han adoptado esta interpretacion han atribuido á los juriseconsultos romanos una definicion de los interdictos, arbitraria y opuesta á la lógica: tambien sería muy difícil concebir cómo puede Cupero terminar en conciencia la primera parte de su obra con los grandes elogios que prodiga á la jurisprudencia romana, á no ser que tales homenajes formen necesariamente parte de los temas obligados de todo escrito elegante. En fin, antes hemos hecho observar (§. 7, núm. 1), que este sistema debía ponerle en la imposibilidad de interpretar con conveniencia los diversos pasages decisivos del derecho romano; de modo que Cupero, cuyo talento para interpretaciones no puede desconocerse, se ha visto obligado á suponer que Paulo se contradecía, aunque esta esplicacion, basada sobre ideas tan sencillas que jamás ha hecho nacer controversias entre las diversas escuelas, escluye todo pensamiento de semejante contradiccion.

Ninguna de estas interpretaciones ha tenido la fortuna de ser generalmente aprobada, por lo que muchos autores han creído que el modo mas seguro de llegar á la verdad era adoptar todas las opiniones á un tiempo mismo. De este modo, puede haber una completa seguridad de no ser totalmente desechado por ningun lector, y para que no se advierta que las opiniones, pacíficamente colocadas unas al lado de las otras son diametralmente opuestas,

se les ha dado una comun ligazon por medio de toda clase de nombres (1), y despues se ha sentado de muy buena fé, que tal era tambien la opinion de los juriseconsultos romanos.

En toda esta reseña no hemos nombrado el unico autor que ha evitado las faltas cometidas por lo comun. En efecto, Doneau no ha caido en ninguno de estos errores terminológicos y esta es una causa que nos hace no contarle entre los partidarios de ninguno de estos sistemas. Mas como no ha tratado de la posesion sino en su sistema de todo el derecho romano, no entraba en su plan apoyar en razones la significacion que atribuia á los términos romanos, ni entrar en los detalles de una polémica; circunstancias sin las cuales no le ha sido posible mostrar la terminología en toda su claridad, y ponerla á cubierto de cualquiera mala inteligencia: y como estas ideas sobre la posesion que él ha explicado en unos términos tan precisos no son aprovechadas de modo alguno en las diversas partes de su sistema, no parecerá muy extraño que no se haya hecho hasta el dia caso alguno de su terminología.

ADICIONES A LA SESTA EDICION.

Despues de publicada la quinta edicion de nuestra obra, la última opinion que acabamos de refutar (la de Cupero) ha sido sostenida de nuevo con mucho teson, y esto es lo que ha sucedido. Bastantes años hace que se habia esparcido el rumor de que el profesor Erb, de Hesselberg, habia encontrado una nueva explicacion á la *civilis possessio*, y que era una refutacion completa de la nuestra. Muchos escritos habian publicado en parte este descubrimiento, pero aun no se podia reconocer su sistema entero. Thibaut lo habia anunciado muchas veces; pero en la sétima edicion de sus *Pandectas*, todavia profesaba nuestra opinion. En sus lecciones se puso de parte del nuevo modo de ver, y cuando se imprimieron estas lecciones, se halló en disposicion de apreciar el sistema en todas sus faces. En la octava edicion de las *Pandectas*, mudó completamente la opinion que antes habia profesado, y finalmente fué desenvuelta y defendida en un tratado especial.

Pero durante la época en que el nuevo descubrimiento no era conocido sino por partes, nuestra opinion halló un defensor, cuyos escritos merecieron alabanzas hasta del mismo principal adversario nuestro, por su profundidad y por el cuidado que habia puesto en ellos el autor.

Veamos ahora en qué consiste la nueva explicacion. El término *civilis possessio* es sinónimo de *possessio* sin adición alguna, ó de posesion juridica, y designa esta relacion con una cosa que nos dá derecho á invocar los interdictos. El motivo de esta deno-

(1) Por ejemplo, por significacion *la mas lata*, *lata*, *restricida*, y *la mas estricta*, *por forma* y *por modo*, etc.

minacion reposa en que los interdictos son instituciones civiles ó positivas y pertenecen por consiguiente al derecho civil. Pero es, sin embargo, preciso no creer que todos los interdictos presuponen la posesion civil; porque esto solo será verdad con respecto al interdicto *retinendæ possessionis*; porque el interdicto *de vi* se concede tambien en la simple posesion natural. Es, pues, necesario ayudar la definicion, diciendo: los poseedores, en el sentido estricto, son los detentadores de la cosa que tienen generalmente *todos los remedia possessionis*, y de este modo se dejan á un lado los poseedores naturales, con el objeto de establecer una escepcion para ellos (p. 362).

Ya hemos espuesto nuestra opinion (§. 7), apoyada en motivos exegeticos: ya hemos aumentado en las notas muchas observaciones, y la obra detallada de Thon contiene las demas refutaciones. Nada, pues, tenemos que añadir aquí en lo concerniente á la explicacion de pasajes aislados, y dejamos enteramente al arbitrio del lector la decision entre nosotros y nuestros adversarios. Nos limitaremos á hacer solo algunas observaciones generales.

En primer lugar, no comprendemos bien cómo esta explicacion ha podido pasar por una invencion de Erb, puesto que se halla tan en armonia con la de Cupero, que casi cuanto hemos dicho en este párrafo hace 33 años se aplica literalmente á la explicacion que nos ocupa, cuando se trata de refutar la de este último.

Además, segun Thibaut, la posesion propia para los interdictos no se llama por casualidad *civilis possessio*, sino por el motivo de que los interdictos pertenecen al derecho civil ó positivo (p. 331). Pero ¿en qué es menos de derecho positivo ó civil el interdicto *de vi* que el interdicto *possidetis*? Y sin embargo, el primero se aplica tambien sin posesion civil. Nos es imposible discutir con quien deja pasar esta manifiesta inconsecuencia, y se declara satisfecho cuando se le manifiesta que las reglas pueden tener escepciones.

No es en este caso lo mas importante la falsa definicion de la terminología, como digimos de Cupero, sino esta inconsecuencia práctica que se halla inseparablemente ligada á ella, y que consiste en dar al locatario ó arrendatario el interdicto *de vi*. Se alega (p. 361 y 362) un motivo general; pero que precisamente se podria volver con mucha mas conviccion del modo siguiente: el interdicto *uti possidetis* tiene por objeto únicamente los trastornos que atacan en especial el interés del arrendatario, pero sin poner en peligro el del arrendador que permanezca tranquilo: la deyeccion por el contrario es tan importante, y pone tan en peligro la reivindicacion futura del arrendador, que no tendrá mas recurso que ampararse, lo mismo que el arrendatario, del interdicto. Seria, pues, preciso concederle al arrendatario el interdicto *uti possidetis*, y en cuanto al interdicto *de vi*, nada tenemos que decir, porque no dejará de invocarlo el arrendador. Pero este racionio general no puede bastar en un caso en que se trata de

presentar un testimonio positivo. Bajo este punto de vista comparemos los testos siguientes:

L. 9, D. *de rei vind.*.... apud quem deposita erat, vel commodata, vel qui conduxerit.... *hi omnes non possident.*

L. 3, §. 8, D. *uti poss.* Creditores missos... interdicto uti possidetis uti non posse, et merito quia non possident.

L. 6, §. 2, D. *de prec.* Colonus et inquilinus sunt in pradio, et tamen non possident.

L. 1, §. 9, D. *de vi.* Dejicitur is qui possidet.

L. 1, §. 23, D. *de vi.* Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei qui tunc, eum dejiceretur, possidebat: nec alius dejici visus est quam qui possidet.

Estos cinco testos son de un solo y mismo autor, de Ulpiano. Ahora bien: se concibe con facilidad que el mismo autor que niega la *possessio*, y por consiguiente al propio tiempo el interdicto *uti possidetis* al acreedor hipotecario, al arrendatario y al inquilino, etc.; que el mismo autor que subordina espresamente a la condicion del *possidere* el interdicto *de vi*, venga a conceder el interdicto *de vi* a los que acabamos de nombrar *qui non possident*? En otro pasaje el mismo Ulpiano compara los interdictos *retinendae possessionis* con el interdicto *de vi*, y no halla entre ellos mas diferencia sino que los unos conservan la posesion turbada y los otros restablecen en la posesion perdida (L. 1, §. 4, D. *uti possidetis*). Casi es imposible leer sin prevencion estos pasajes, y admitir que Ulpiano ha supuesto por *possessio* en el interdicto *uti possidetis* un estado del todo diferente del que supuso en el interdicto *unde vi*.

Thon (p. 140) ha hecho conocer ya la importancia que merece la L. 1, C. *si per vim*. Thibaut (p. 363) esplica la espresion *colonus*, designando por ella un hombre al cual el propietario ha entregado una casilla y un jardin, encargándole al mismo tiempo el cuidado de todo el fundo. Tambien dejamos al juicio de nuestros lectores esta interpretacion.

Cuando este nuevo descubrimiento apareció en varias partes sin ir acompañado de todas las aclaraciones que se pudieran desearse, la misma idea fundamental, aunque modificada, fué espuesta en la obra siguiente: Wiederhold, DAS INTERDICTUM UTI POSSIDETIS UND DIE NOVI OPERIS NUNCIATIE Hanau, 1831. Segun él, la *civilis possessio* es la posesion acompañada del *animus domini* que solo se concibe con una justa causa (aunque sin buena fé). *Naturalis possessio* es la posesion acompañada del *animus possidendi* sin justa causa; por consiguiente sin *animus domini*: a esta clase pertenecen el acreedor pignoraticio y el *dejector*. De estas dos posesiones difiere la simple detentacion en nombre de otro sin *animus possidendi*; tal es el locatario. La posesion civil dá derecho á invocar todos los interdictos, y al demandante corresponde probar su justa causa. La posesion natural dá derecho al interdicto *de vi*, pero no al interdicto *uti possidetis*; en fin, la

detentacion no se halla garantida por ningun interdicto (p. 5—14). La posesion civil existe en el precario y el secuestro; pero como por una singularidad el acreedor hipotecario tiene la posesion natural, y el enfiteuta no tiene ninguna (p. 20—26). Se designa como causa de la diferencia que existe en las condiciones de los dos principales interdictos, que el *uti possidetis* debe servir únicamente para regular la posicion de dos personas que pretenden la propiedad, y de modo ninguno impedir simples turbaciones (p. 85 y sig). Es imposible calcular cuán distante de la verdad se puede colocar el que toma, sin una severa critica, una falsa idea fundamental por base, y continúa deduciendo consecuencias sin que siquiera venga á turbar el curso de su trabajo un exámen crítico de los resultados que puede producir.

(Ya se habia publicado gran parte de esta 6.^a edicion cuando M. de Savigny recibió la obra de que vamos á tratar; se ha visto obligado á esponerla y refutarla en su introduccion; pero como este es el lugar en que debe ser tratada, insertamos aquí el exámen que ha hecho el autor).

Buchardi; *POSSESSIO CIVILIS est, weder gleichbedeutend mit POSSESSIO AD USUCAPIONEM noch mit POSSESSIO AD INTERDICTA: ó POSSESSIO CIVILIS no es sinónima ni con POSSESSIO AD USUCAPIONEM, ni con POSSESSIO AD INTERDICTA.* En el *Archiv. für die civilist.* Praxis, t. XX, p. 14—53. Heidelberg, 1837.

El titulo de este escrito indica ya de una manera bastante precisa la opinion adoptada por el autor. La idea de la *possessio civilis*, dice, está tomada en un sentido demasiado estricto por Savigny, puesto que esta espresion comprende igualmente mas de una posesion que no conduce á la usucapion; Thibaut, continúa, la ha tomado en un sentido muy lato, puesto que hay posesiones propias para los interdictos que no le pertenecen: la opinion media es pues la única verdadera.

Esta idea principal está desenvuelta á continuacion del modo siguiente (p. 16, 17, 40). En un principio la teoria de los juriconsultos (*ius civile*) formó una nocion determinada de la *possessio civilis* para servir á ciertos fines prácticos. Despues se publicó el edicto pretorio que introdujo los interdictos posesorios, pero que en las condiciones bajo las cuales se habian concedido estos interdictos se apartó por mas de un estilo de la antigua nocion de la *possessio civilis*, y que formó tambien una especie de grado medio. Desde este momento, la posesion se presenta bajo tres diferentes puntos de vista.

1.º La posesion civil (*possessio civilis*), con los efectos que á ella unia antiguamente el derecho civil.

2.º La posesion propia de los interdictos (*possessio ad interdicta*).

3.º La posesion desprovista de todo efecto jurídico.

Los dos últimos casos eran designados comunmente por la expresion *possessio naturalis*, y por tanto opuestos á la *possessio civilis*, de modo que la posesion *naturalis*, unas veces conducia á los interdictos, y otras no daba derecho alguno á ellos.

El autor enumera despues las condiciones bajo las cuales se puede admitir una posesion civil (p. 18, 28, 31, 40); estas son las siguientes: 1.º *animus domini*; 2.º una cosa que se halle en el comercio de los hombres, y que al mismo tiempo 3.º exista por sí misma; esto es que no forme parte de otra cosa; 4.º el poseedor debe ser *sui juris*. No puede exigirse mayor número de condiciones de modo que el poseedor de mala fé (tal como el ladrón, el salteador, el *dejector*) tiene tambien una posesion civil (p. 42, 52). —La posesion que dá derecho á los interdictos no requiere mas que algunas de estas condiciones.

La primera condicion está sometida á una escepcion: dos clases de personas tienen derecho á los interdictos, aunque no posean *animus domini* (p. 21-23): a) cualquiera que tenga la detentacion como consecuencia de un derecho real; por tanto, el acreedor pignoraticio, el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario, el usuario; b) el precista y el precario, pero solo en el caso de un contrato especial.

En cuanto á los números 2 y 3 no hay diferencia en las condiciones.

Pero en el número 4 hay que hacer una distincion y es que el hijo de familia tiene á veces el derecho de recurrir á los interdictos conjuntamente con el padre por el *antiguo peculio*, y solo con esclusion del padre, por el *peculio castrense*, cuasi castrense y el llamado *adventicio extraordinario* (*castrense, quasi-castrense et adventitium extraordinarium*).

Así, con estas condiciones, la posesion propia de los interdictos es mas estensa que la posesion civil: pero bajo otras condiciones es mas restricta. Porque en todos los casos en que se conceden los interdictos sin que exista el *animus domini* (á escepcion del *precarium*) se niegan al que tiene el *animus domini*, y con este, la verdadera posesion civil: tal es la causa porque especialmente en el caso de la superficie, del usufructo y del uso, no se conceden los interdictos al propietario (p. 25-28; p. 42).

El autor conoce que en estos remotos tiempos, no inventaron los jurisconsultos la idea de la posesion civil como una especulacion ociosa, sino que unieron á ella, por el contrario, ciertas consecuencias prácticas cuya existencia ha sido fijada exactamente por esta expresion, obra de los jurisconsultos. Por eso indica los cuatro efectos siguientes:

- A. El que tenia la posesion civil de una cosa, la declaraba para formar el censo.
- B. Debía pagar el impuesto (sin duda el tributo serviano).
- C. Cualquiera podia intentar contra él la accion en reivindicacion, y él por su parte podia comparecer en juicio en concepto de demandado.

D. Podia usucapir; pero este derecho no le competia naturalmente en los mas de los casos, sino cuando otras condiciones (la buena fé y el titulo) venian á completar su posesion.

De este modo, estableciendo la idea de la posesion civil, los jurisconsultos, para hablar con propiedad, solo han querido decir que un inquilino, un usufructuario, un hijo de familia, etc., nunca tendrian derecho á ninguna de estas cuatro ventajas.

Tales son las bases fundamentales de una nueva teoría cuya deduccion histórica toda entera, nos parece errónea. La formacion de la idea de la posesion civil, y las voces técnicas (*civilis y naturalis*) en ella reunidas, llevan en sí un carácter científico, técnico, cual el que una época literaria del derecho puede producir, pero que no puede convenir á una época anterior al nacimiento del edicto pretorio. Mas prescindiendo de este punto de vista contrario á la historia, deseamos convencer al autor de que su sistema es mucho mas conforme al nuestro de lo que él mismo piensa. Los efectos ó significaciones prácticas que admite de la posesion civil son cuatro: nosotros no reconocemos mas que uno; supongamos ahora que podemos probarle que entre los cuatro efectos hay tres que carecen de fundamento, y solo el cuarto, la usucapion, quedará subsistente, y entonces nuestras dos opiniones se hallarán conformes. Procuremos establecer esta prueba.

El primero y segundo efecto que atribuye á la posesion civil son idénticos; porque los bienes declarados por el censor servian sin duda alguna de base al impuesto serviano y recíprocamente. Pero es no menos cierto que la propiedad quiritaria era la única comprendida en estos bienes, y la posesion civil, tal como Buchardi la entiende (que tambien comprendia la relacion del ladrón y del *dejector*), no tenia la menor conexion. Seria en efecto muy aventurado admitir que los bienes robados y la posesion violenta de edificios y tierras pudieran haber servido ante el censor para colocar la posesion en mas elevada consideracion, tal vez en la que daba el censo de caballero: es preciso tener siempre en cuenta que esto era en una época en que aun no existian los interdictos, y en la que por consiguiente los procedimientos demasiado largos relativos á la propiedad podian únicamente restablecer todos los derechos perjudicados. —En cuanto al tercer efecto indicado por el autor (la capacidad de presentarse como demandado en una reivindicacion), no puede sostenerse mas que los dos primeros. Esto es lo que sucedia. Segun Gajus (IV, §. 16), el demandante reivindicaba pronunciando estas palabras: *Hunc ego hominem ex j. q. meum esse ajo*; el demandado por su parte hacia lo mismo, empleando igual fórmula. De aquí se deduce (dice

nuestro autor) que un locatario ó un usufructuario no podía ser demandado, porque era incapaz de presentarse con esta fórmula en calidad de propietario, y esto es lo que se ha querido expresar por el *animus domini* como primera condicion de la posesion civil. Pero es evidente que el autor vá en este caso demasiado lejos en la prueba porque no habia razon para que el ladron y el *dejector* pudiesen pronunciar esta fórmula en la *contra-vindicatio* mas bien que el arrendatario, y á pesar de todo, nuestro autor le reconoce la posesion civil, y por lo mismo indudablemente la capacidad de presentarse en juicio como demandado. En vano se dirá que el ladron y el *dejector* han ocultado su posesion y fingido que ellos eran propietarios; porque lo mismo podrá decirse del arrendatario que tiene por adversario á un reivindicante extraño: pero está generalmente reprobado hacer semejantes suposiciones, cuando se trata de interpretar el sentido de una institucion juridica. Esto es lo que hay de positivo: toda la antigua reivindicacion era simbólica y tambien por consiguiente como una de sus partes la contra-reivindicacion, que era lo que nosotros llamamos la litis contestacion negativa; esto es, los argumentos opuestos por el demandado á la reivindicacion del demandante, y que tanto podía ser presentada por el ladron ó el arrendatario como por el propietario verdadero ó presunto. La expresion simbólica de esta contradiccion por lo demás era indiferente; si hubiera sido necesario tomar al pié de la letra estas antiguas fórmulas, jamás entre otras la *in jure cessio* hubiera sido posible. Porque tambien en este caso el adquirente debia operar una vindicacion y pronunciar por consiguiente las palabras de que hemos hablado, aunque él y su adversario así como el pretor supiesen perfectamente que no era él propietario. En realidad la fórmula de la *contra-vindicacion* jamás era un impedimento contra el locatario, para presentarse como demandado, y Buchardi procede con demasiada arbitrariedad cuando combina con esta antigua fórmula, la cuestion controvertida aun mucho despues para saber si se puede reivindicar de un locatario, etc. Si pues tres de los efectos indicados por el autor están faltos de fundamento, solo subsistirá todavía el cuarto, la usucapion, y entonces la *possessio civilis* jamás habrá sido mas que la *possessio ad usucapionem*, y toda divergencia de opinion entre el autor y yo desaparece igualmente.

Pero aun dado caso de que los tres efectos que hemos procurado refutar, hubiesen existido originariamente en la formacion de la *possessio civilis*, no hubieran podido subsistir; al menos en la época en que la jurisprudencia se habia formado completamente, y en especial por el tiempo de Ulpiano. Porque en esta época el censo que se hacia primeramente cada lustrum (*lustrum*), habia venido á ser una antigüedad (Ulpiano, 1, §. 8).—El impuesto percibido sobre los bienes de los ciudadanos romanos habia cesado ya con la guerra de Macedonia.

En fin, en tiempo de Ulpiano la contra-vindicacion del anti-

guo derecho no era necesaria, como lo observa el mismo autor (p. 19). Así es que aun haciendo nuestro enteramento su pensamiento, sería preciso todavía que admitiésemos que la diferencia originaria entre *possessio civilis* y *possessio ad usucapionem* habia desaparecido completamente; y si pudiéramos proponer á Ulpiano esta cuestion «¿cuál es, pues, en su tiempo la significacion práctica de *possessio civilis*?» no podría, despues de haber leído el tratado de Buchardi y enterándose de su contenido, darnos mas respuesta que la siguiente: hoy entendemos por *possessio civilis* la posesion que conduce á la usucapion.

Si nos atuviéramos esclusivamente á las consideraciones que hasta aquí hemos hecho valer, deberíamos decir: la interpretacion dada por Buchardi es un ensayo nuevo, pero poco feliz y que tiene por objeto fijar la idea de la posesion civil combinada con la historia del derecho de posesion. Pero un error teórico conserva muy pocas veces tan inocentes límites: por esto Buchardi ha mezclado con su teoria una materia que de modo ninguno le era necesaria, y que ha vuelto á introducir una confusion completa en muchos puntos que parecian incontestablemente fijados en materia de posesion. Hablamos de un punto de que antes hemos hecho mencion, y en el cual coloca el autor en una misma línea á cuantas personas tienen un derecho real sobre la cosa, cuando se hallan en la posesion. Pretende en efecto que aun sin *animus domini* gozan de los interdictos posesorios y que precisamente por esto no tiene derecho alguno á invocarlos el propietario. Estas personas son el acreedor hipotecario, el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario y el usuario. Siempre hemos sostenido contra esta opinion que solo se podía admitir esta decision en los dos primeros casos en conformidad con la naturaleza especial de estas instituciones legales y de modo ninguno segun la naturaleza general de los derechos reales; que en los otros tres casos los interdictos garantizaban la posesion plena y completa de la cosa con respecto al propietario, y que por el contrario no protegian ninguna posesion de la cosa sino solo la *juris quasi possessio* con respecto al detentado de un *jus in re*. (Segun el autor, esta *juris quasi possessio* no tiene relacion alguna con los interdictos, sino solo con la usucapion.) Ahora bien; ¿cuál de tales opiniones es la cierta? En la solucion de esta cuestion invertiremos el orden que hemos observado, y empezaremos por el usufructo y el uso. La cuestion práctica mas importante y que en efecto lo es en alto grado, es saber si el propietario tiene o no el derecho de recurrir á los interdictos.

La condicion general, bajo la cual se conceden los interdictos, es el *possidere*.

L. 1, §. 9, 23, D. de vi.

«Dejicitur is qui possidet.—Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cum dejiceretur possidebat, etc.»

L. 3, §. 8, D. uti possidetis.

«Creditores missos in possessionem.... interdicto uti possidetis uti non posse: et merito, quia non possident.»

Ahora apliquemos este *possidere* en materia de usufructo, y

1.º Al propietario:

L. 52, pr. D. de *adqui. poss.*

«*Neque impediri possessionem si alius fruatur.*»

2.º Al usufructuario:

L. 6, §. 2, D. de *prec.*

«*Fruentarius et colonus et inquilinus sunt in prædio, et tamen non possident.*»

Fram. Vaticana, §. 90.

«..... Usufructu legato.... non possidet legatum sed potius fruitur. Inde interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur, et unde vi, quia non possidet.»

El §. 91 se expresa de la misma manera.

Si se comparan estos pasajes, vendrá á pararse en la necesidad que no se puede desconocer, de que los interdictos deben competir al propietario, pero que el usufructuario no tiene derecho de recurrir á ellos, á menos que le sean concedidos por estension de los interdictos originarios á causa de su *juris quasi possessio*, de lo que inmediatamente se deduce que ambos deben tener los interdictos, tanto contra un tercero, como contra sí reciprocamente, cada cual con ánimo de proteger su posesion limitada por la propiedad. Pero lo que tan solo no es permitido deducir de los testos citados, se halla establecido directamente por el siguiente pasaje:

«*In summa justo dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usufructum, alter possessionem sibi defendat.*»

Este testo dice con toda claridad que en una contestacion relativa á la posesion entre el propietario (que defiende su posesion) y el usufructuario, el interdicto está concedido: el propietario no ha perdido de modo alguno el derecho de recurrir á los interdictos por la ereccion del usufructo. Pero el pasaje citado de los *Fragmenta Vaticana* nos enseña de un modo mas preciso lo que hay de cierto en este interdicto del usufructuario: en él se nos dice que este interdicto es *útil*, expresion que indica tanto el estado anormal de la posesion (de la *juris quasi possessio*) que le sirve de base, como el interdicto *directo* que compete á otra persona (el propietario). En fin, el autor niega terminantemente que la *juris quasi possessio* es aquí la base de los interdictos, aunque lo contrario se establece en el testo siguiente:

L. 3, §. 17, D. de *vi.*

«*Qui usufructus nomine qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto.*»

Este modo de considerar la cuestion, es el único sostenible bajo el punto de vista practico; un solo ejemplo bastará para demostrarnos á qué consecuencias tan desacertadas conduce la doc-

trina de Buchardi. Cuando á la muerte del usufructuario reclama el propietario sus fundos, y es rechazado á viva fuerza por el heredero de aquel, obtiene el interdicto *de vi* segun los principios reconocidos en los pasajes que hemos citado. Pero segun la doctrina del autor no tiene ningun interdicto, puesto que al establecer el usufructo, ha perdido toda posesion propia para los interdictos, ni reconoce en él mas que la reivindicacion; y aunque es muy posible que tenga tambien una accion personal derivada de la caucion, esta accion será enteramente accidental, puesto que depende de la voluntad del propietario el exigir la caucion ó libertaria, y que solo el testador es quien no puede ligar anticipadamente á su heredero (el nudo-propietario) con tal remision. (L. 7, C. *ut in poss.*)

El estado de la posesion del uso es enteramente igual al del usufructo: esta semejanza se halla consignada de un modo espreso. (L. 4, D. *uti poss.*)

Por lo relativo á la superficie el testo siguiente reconoce espresamente lo mismo.

L. 3, §. 7, D. *uti poss.*

«*Cæterum superficiarii proprio interdicto.... utentur: dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed Prætor superficiarium tuebatur secundum legem locationis.*»

Aquí ha avanzado mucho mas el juriseconsulto: ha cuidado de indicar el nombre particular del interdicto para que no pudiese haber lugar á equivocacion sobre el verdadero sentido que está establecido, mientras que en la denominacion general (*de vi* ó *uti possidetis*) en materia de usufructo, y en la omision de la expresion *útil* en el Digesto, Buchardi como tantos otros autores, comete un gran error.

El modo con que posee el acreedor hipotecario, está desenvuelto en nuestro derecho con mas detalles aun que cuando se trata del usufructo (v. mas adelante §. 24). El acreedor solo tiene la verdadera posesion con exclusion del deudor; por consiguiente, los interdictos competen tambien á él solo y el deudor no tiene derecho á ellos. Pero el acreedor no puede usucapir, y con objeto de que la usucapion no se interrumpa con perjuicio de las partes, el acreedor es considerado por escepcion de la regla, y solo en cuanto á la usucapion, como si realmente fuera poseedor. Así el acreedor se encuentra exactamente en la posicion opuesta á la en que antes hemos visto al usufructuario. Considerando esta diferencia en las expresiones de que las fuentes del derecho se han valido con toda intencion, apenas se concibe cómo ha podido intentar el autor el ensayo de colocar ambos casos en una misma línea. Tambien esta distincion tiene una esplicacion practica satisfactoria desde luego. La prenda descansa, segun la tan exacta expresion de Thibaut, en una desconfianza del acreedor, y esta es la razon por qué los medios propios para proteger la posesion

han debido ser exclusivamente colocados en sus manos: pero tal desconfianza es por el contrario en un todo estraña á la naturaleza del usufructo.

El enfiteuta, en fin, tiene la verdadera posesion, y por consiguiente el derecho de recurrir á los interdictos: el propietario no tiene lo uno ni lo otro. Hemos procurado deducir esta anomalía de causas históricas (v. §. 9, 12, 22, 24). Pero es imposible que los que, como nosotros, no esplican la posesion del enfiteuta de una manera histórica, y que, por el contrario, la deducen de las relaciones prácticas de esta institucion (*ad. al §. 9*), hallen un motivo para colocar, como lo intenta el autor, la enfiteusis y el usufructo en la misma línea. Porque en materia de enfiteusis el propietario no tiene, propiamente hablando, derecho alguno positivo y actual; todas sus pretensiones deben limitarse á exigir el cánon y lo que se llama el *laudemium*. El momento en que la reversion se opera es siempre cierto y próximo en materia de usufructo, pero siempre es tambien lejano y fortuito cuando se funda en el contrato que le sirve de base, sin que haya necesidad de empeñarse en la peligrosa prueba de la propiedad. En esto se diferencian mucho la enfiteusis y el usufructo, y Buchardi procede de un modo enteramente arbitrario cuando procura atribuirles derechos de posesion del mismo género.

En una adición el autor ha procurado destruir de un modo en un todo nuevo la prohibicion de la donacion entre esposos, y aplicar esta teoría á la posesion civil (p. 36-40; p. 42.) Dice que esta prohibicion viene de la *in manum conventio* del antiguo derecho, en que la mujer carecia de bienes propios, y no podia tener posesion civil porque era *alieni juris*. Pero en este caso, la prohibicion no se hubiera podido restringir á las donaciones; hubiera debido estenderse, por el contrario, á todas las enagenaciones; y ¿cómo se habría formado la idea absurda de transformar en prohibicion, en el matrimonio libre, lo que en el matrimonio estricto se considera como una imposibilidad completa, puesto que bajo todos aspectos se han formado los derechos en cuanto á los bienes, de un modo enteramente independiente para el matrimonio libre, y en completa oposicion con el matrimonio estricto?

Mas de un autor nos censurará sin duda por haber entrado en tan largos detalles para establecer nuestra refutacion. Pero, ¿puede acaso guardarse silencio cuando se vé que todos los puntos que parecen definitivamente fijados son puestos en juego para renovar la antigua confusion? Un ensayo de esta naturaleza puede parecer muy justo, cuando solo se considera el asunto sobre que versa bajo un aspecto; pero le falta lo principal; su íntima ligazon con el resto, para formar un todo completo. Estamos persuadidos de que si el autor cuyo profundo talento se revela en tan escelentes trabajos, no se hubiera dejado llevar por el placer de

la idea de hacer un nuevo ensayo, no habría podido desconocer el mismo que no se puede sostener.

§. 11.

POSSESSIO PLURIMUM IN SOLIDUM.

Ya parecen completamente agotadas las investigaciones sobre la idea de la posesion. Todo se reasume en estas dos cuestiones: ¿Cuál es la significacion jurídica de la posesion en derecho romano? (§. 2-8). Y ¿cuáles son los elementos constitutivos de la posesion; esto es, cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que exista? (§. 9).

Toda la teoría que vá á seguir tiene esta idea por base inmediata, puesto que toda adquisicion ó pérdida de la posesion encierra una aplicacion ó modificacion de tal idea. Pero entre estas aplicaciones en las cuales la idea de la posesion aparece por sí misma, hay una regla de naturaleza tan general que ejerce su influencia sobre todas las partes de nuestra teoría, y que solo en este lugar puede ser desenvuelta por nosotros.

Esta regla se halla formulada del modo siguiente: *toda posesion es esclusiva (plures eadem rem in solidum possidere non possunt)*. Examinaremos aquí su sentido y su verdad: este examen nos dará al mismo tiempo ocasion de hacer por la aplicacion mas claros de lo que hasta ahora nos ha sido posible al presentar ideas generales, nuestros resultados terminológicos.

Se trata de la posesion de una misma cosa (*in solidum*). Cuando muchas personas poseen una cosa *en comun* (*compossessio* segun los jurisconsultos modernos) de modo que se limite mutuamente su posesion, aquella cosa solo en apariencia forma el objeto de su posesion, porque cada uno posee exclusivamente una parte de la cosa, sin poseer las otras partes, y poco importa en derecho que estas partes estén realmente separadas ó solo en la imaginacion. Cada cual posee, pues, una casa por sí solo, y están entre sí casi en la misma relación que los poseedores de dos casas contiguas. Esta es la razon porque ni el término *compossessio*, ni la idea que por él se representa se hallan en uso por los jurisconsultos romanos, que se limitan á determinar el punto hasta el cual uno puede poseer por sí cierta parte imaginaria de una cosa; por cuyo medio llegan á resolver la cuestion de si es posible que otro posea el resto de las partes y á establecer que nada de particular tiene la relacion con tal composeedor.

El examen de esta materia se ha complicado porque los jurisconsultos romanos estaban discordes entre sí en opiniones sobre ella. Algunos negaban absolutamente la posibilidad de semejante posesion; otros introducian escepciones; por ejemplo, decian que la justa posesion de una de las personas no podia ser destruida por la posesion injusta de las demás, etc. Las diferentes

han debido ser exclusivamente colocados en sus manos: pero tal desconfianza es por el contrario en un todo estraña á la naturaleza del usufructo.

El enfiteuta, en fin, tiene la verdadera posesion, y por consiguiente el derecho de recurrir á los interdictos: el propietario no tiene lo uno ni lo otro. Hemos procurado deducir esta anomalía de causas históricas (v. §. 9, 12, 22, 24). Pero es imposible que los que, como nosotros, no esplican la posesion del enfiteuta de una manera histórica, y que, por el contrario, la deducen de las relaciones prácticas de esta institucion (*ad. al §. 9*), hallen un motivo para colocar, como lo intenta el autor, la enfiteusis y el usufructo en la misma línea. Porque en materia de enfiteusis el propietario no tiene, propiamente hablando, derecho alguno positivo y actual; todas sus pretensiones deben limitarse á exigir el cánon y lo que se llama el *laudemium*. El momento en que la reversion se opera es siempre cierto y próximo en materia de usufructo, pero siempre es tambien lejano y fortuito cuando se funda en el contrato que le sirve de base, sin que haya necesidad de empeñarse en la peligrosa prueba de la propiedad. En esto se diferencian mucho la enfiteusis y el usufructo, y Buchardi procede de un modo enteramente arbitrario cuando procura atribuirles derechos de posesion del mismo género.

En una adición el autor ha procurado destruir de un modo en un todo nuevo la prohibicion de la donacion entre esposos, y aplicar esta teoría á la posesion civil (p. 36-40; p. 42.) Dice que esta prohibicion viene de la *in manum conventio* del antiguo derecho, en que la mujer carecia de bienes propios, y no podia tener posesion civil porque era *alieni juris*. Pero en este caso, la prohibicion no se hubiera podido restringir á las donaciones; hubiera debido estenderse, por el contrario, á todas las enagenaciones; y ¿cómo se habría formado la idea absurda de transformar en prohibicion, en el matrimonio libre, lo que en el matrimonio estricto se considera como una imposibilidad completa, puesto que bajo todos aspectos se han formado los derechos en cuanto á los bienes, de un modo enteramente independiente para el matrimonio libre, y en completa oposicion con el matrimonio estricto?

Mas de un autor nos censurará sin duda por haber entrado en tan largos detalles para establecer nuestra refutacion. Pero, ¿puede acaso guardarse silencio cuando se vé que todos los puntos que parecen definitivamente fijados son puestos en juego para renovar la antigua confusion? Un ensayo de esta naturaleza puede parecer muy justo, cuando solo se considera el asunto sobre que versa bajo un aspecto; pero le falta lo principal; su íntima ligazon con el resto, para formar un todo completo. Estamos persuadidos de que si el autor cuyo profundo talento se revela en tan escelentes trabajos, no se hubiera dejado llevar por el placer de

la idea de hacer un nuevo ensayo, no habría podido desconocer el mismo que no se puede sostener.

§. 11.

POSSESSIO PLURIMUM IN SOLIDUM.

Ya parecen completamente agotadas las investigaciones sobre la idea de la posesion. Todo se reasume en estas dos cuestiones: ¿Cuál es la significacion jurídica de la posesion en derecho romano? (§. 2-8). Y ¿cuáles son los elementos constitutivos de la posesion; esto es, cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que exista? (§. 9).

Toda la teoría que vá á seguir tiene esta idea por base inmediata, puesto que toda adquisicion ó pérdida de la posesion encierra una aplicacion ó modificacion de tal idea. Pero entre estas aplicaciones en las cuales la idea de la posesion aparece por sí misma, hay una regla de naturaleza tan general que ejerce su influencia sobre todas las partes de nuestra teoría, y que solo en este lugar puede ser desenvuelta por nosotros.

Esta regla se halla formulada del modo siguiente: *toda posesion es exclusiva (plures eadem rem in solidum possidere non possunt)*. Examinaremos aquí su sentido y su verdad: este examen nos dará al mismo tiempo ocasion de hacer por la aplicacion mas claros de lo que hasta ahora nos ha sido posible al presentar ideas generales, nuestros resultados terminológicos.

Se trata de la posesion de una misma cosa (*in solidum*). Cuando muchas personas poseen una cosa *en comun* (*compossessio* segun los jurisconsultos modernos) de modo que se limite mutuamente su posesion, aquella cosa solo en apariencia forma el objeto de su posesion, porque cada uno posee exclusivamente una parte de la cosa, sin poseer las otras partes, y poco importa en derecho que estas partes estén realmente separadas ó solo en la imaginacion. Cada cual posee, pues, una casa por sí solo, y están entre sí casi en la misma relación que los poseedores de dos casas contiguas. Esta es la razon porque ni el término *compossessio*, ni la idea que por él se representa se hallan en uso por los jurisconsultos romanos, que se limitan á determinar el punto hasta el cual uno puede poseer por sí cierta parte imaginaria de una cosa; por cuyo medio llegan á resolver la cuestion de si es posible que otro posea el resto de las partes y á establecer que nada de particular tiene la relacion con tal composeedor.

El examen de esta materia se ha complicado porque los jurisconsultos romanos estaban discordes entre sí en opiniones sobre ella. Algunos negaban absolutamente la posibilidad de semejante posesion; otros introducian escepciones; por ejemplo, decian que la justa posesion de una de las personas no podia ser destruida por la posesion injusta de las demás, etc. Las diferentes

restricciones de esta segunda opinion no nos interesan aun aquí: basta con que la considere como opuesta á la primera, y nos hallaremos en estado de plantear la cuestion en estos términos: ¿Podrán muchas personas tener la posesion de una misma cosa? Si esta cuestion se resuelve afirmativamente, tendremos tiempo sobrante para ocuparnos de esta posibilidad.

La expresion general de la cuestion que acabamos de proponer nos manifiesta por sí misma que tiene por objeto la *posesion* (*possessio*). Pero esta palabra designa la posesion de dos maneras: ya como la relacion natural de la detentacion, ya como la posesion jurídica, esto es, la condicion de la usucapion y los interdictos (§. 7., núm. 5.): ¿cual es la significacion que debemos adoptar aquí? La regla que hemos establecido anteriormente sobre este punto lo decidirá con facilidad. En efecto, como los juriscultos romanos hacen de esta cuestion el objeto de sus investigaciones, no puede tratarse aquí mas que de la posesion jurídica, puesto que la detentacion natural no puede contener un elemento jurídico, ni hacer necesario por un efecto jurídico el establecimiento de su existencia legal.

Se trata, pues, aquí de la simple posesion jurídica, que se refiere á la usucapion y á los interdictos (§. 7., núm. 3), y esta previa restriccion de la cuestion, refuta ya gran parte de las erroneas respuestas que á ella se han dado hasta hoy. Tal es la de los que creen que el *mismo efecto* de la posesion no puede ser provechoso ciertamente mas que á una sola persona; pero que sería muy conveniente una posesion de muchas personas que produjese diversos efectos: mas solo hay dos efectos de la posesion que tengan entre sí tal relacion que una sola y misma posesion forme la condicion de su existencia.—Otros han admitido por una parte la posesion civil y por otra la posesion natural, no excluyendo sino a lo mas la posesion de muchos *in solidum*: pero este modo de ver es igualmente imposible, porque la posesion natural que, segun ellos, podría coexistir al lado de la posesion civil de otro, es por sí misma ó una posesion jurídica, y en este caso en nada se diferencia de la posesion civil cuando, como ahora, se trata de la posesion *en general*, ó solo es una simple detentacion, y entonces no puede ser objeto de investigaciones jurídicas.

Así, pues, si se quiere admitir que muchas personas pueden tener á un mismo tiempo la posesion, es evidente que no podrá ser esto cierto sino en virtud de una ficcion de derecho. La idea originaria de la posesion natural (§. 1) contenía en efecto la posibilidad física de ejercer una influencia sobre la cosa: tal es la posesion de una moneda que se tiene en la mano, y es evidente en este caso, que una posesion de tal naturaleza no puede concebirse mas que en una sola persona. Pero la posesion toma el carácter de un derecho y se supone muchas veces por ficcion en casos en que no tendría aplicacion esta idea originaria (§. 5): así es como

la posesion de una casa continúa aun despues de haber salido de ella el poseedor, sin necesidad de guardarla de modo alguno. La posesion simultánea de muchas personas debería, pues, fundarse en una ficcion semejante, porque la idea originaria de la posesion la excluye, y la cuestion á que tenemos que responder se explica del modo siguiente: ¿Hay una ficcion jurídica que reconozca á muchos como poseedores simultáneos de una misma cosa?

Sobre este punto los juriscultos romanos se dividian en varios partidos. Uno (el de Labeon y de Paulo) negaba del modo mas absoluto la posibilidad de tal posesion: su opinion no solo está aprobada generalmente por los compiladores de las Pandectas, sino que puede ser aplicada á todos los casos imaginables. El segundo partido (el de Trebacio, Sabino y Juliano) admitia esta posesion, pero solo de modo que una persona podia tener la posesion *justa* y la otra la *injusta*: dos posesiones *injustas* eran inconciliables, segun su opinion, así como tambien dos posesiones *justas*, á escepcion de un solo caso que se halla en estrecha union con uno de los que pertenecen á la posesion injusta. Esta distincion se refiere aquí á los vicios de la posesion (§. 2—8): no tendremos, pues, que buscar la diferencia que existe entre las dos opiniones sino en las tres aplicaciones siguientes:

(a) Cuando uno se apodera con violencia de la posesion de una cosa, pudiendo continuar en este caso la existencia de la posesion justa del precedente poseedor con la posesion injusta del poseedor segundo.

(b) Lo mismo sucede cuando se apodera uno clandestinamente de una posesion que hasta entonces habia gozado otro.

(c) Cuando se ha adquirido la posesion por el *precarium*. Con el objeto de poder comprender bien este último caso, nos vemos obligados á intercalar aquí algunas proposiciones que no podremos desenvolver en todos sus detalles y en su verdadera trabazon hasta que tratemos de los interdictos. El *precarium* es el hecho por razon del cual se deja á otra persona el ejercicio de un derecho, sin intervencion de ningun acto jurídico. El caso mas comun tiene por objeto el ejercicio de la propiedad, y por consiguiente tambien la posesion (natural), porque esta es la condicion del ejercicio de la propiedad. Pero esta *posesion precaria* se presenta de dos maneras diferentes; porque ó es la simple detentacion, ó es la posesion jurídica lo que el propietario deja al otro (1). En el primer caso no se trasmite ninguna posesion, pero se adquiere en lo sucesivo cuando se rehusa la restitution de la cosa: esta posesion es *injusta* sin contradiccion alguna, y da derecho al interdicto *de precario* (en su cualidad de interdicto *recuperandæ possessionis*). En el segundo caso la posesion se transfiere inmediatamente; pero esta posesion *justa* viene á ser

(1) «..... Precario autem rogavit non ut possideret sed ut in possessione esset...» L. 10, §. 1, D. de poss.

injusta por la negativa á restituir el objeto, y desde este momento no hay ya diferencia entre este caso y el primero. Según lo cual puede nacer del *precarium*, ó bien una posesion *injusta*, y entonces se suscita la misma cuestion que con respecto á la posesion violenta y clandestina, ó bien una posesion *justa*, y este es el único caso en que muchos juriconsultos pueden admitir dos posesiones justas á un tiempo mismo.

Examinemos, pues, desde luego la regla en general, y pasemos despues á los tres casos de su aplicacion.

El testo decisivo que tenemos acerca de la misma regla es de Paulo.

«..... Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. *Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere: duos injuste, vel duos juste non posse* (1): quem Labes reprehendit: quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat quod est verius: non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.»

Todo este párrafo debe ser descompuesto en las diversas proposiciones siguientes:

1. La opinion de Paulo, que en este caso hace suya tambien Justiniano, se halla inmediatamente en el principio, y en el fin del testo solo se hace repetirla. Tal concurrencia de muchos poseedores, dice Paulo, es absolutamente imposible, porque toda posesion reposa ó sobre una verdadera detentacion (*tenere*) ó sobre una ficcion jurídica que hace suponer (*tenere videri*); ahora bien; ninguna ficcion es posible mas que cuando el hecho cuya representacion tiene por objeto la ficcion no es imposible en si mismo: pero no puede suceder que muchas personas tengan realmente la detentacion de una misma cosa; ninguna ficcion de derecho puede, pues, hacer desaparecer esta imposibilidad.

2. Sabino hace una escepcion á esta regla, para el *precarium*: pretende que las dos personas pueden tener al mismo tiempo la

(1) A esta parte de nuestro testo pertenece la L. 19, pr. de *precario* (Juliano, lib. XLIX, D.): «Duo in solidum *precario* habere non magis possunt quam duo in solidum *vi* possidere, aut *clam*, nam neque *juste*, neque *injuste* possessiones duæ concurrere possunt.» Es evidente que, según la opinion de Juliano, la posesion *justa* del uno es posible al lado de la posesion *injusta* ejercida por otro; pero esta parte positiva de su opinion ha debido ser omitida por los compiladores.—La cuestion á que quiere responder Juliano es esta: ¿Será posible dar al mismo tiempo á muchas personas una posesion precaria? Y como la posesion precaria, una vez transmitida, equivale á la posesion *justa*, es muy natural que Juliano hable de las posesiones precarias con que tiene relacion su cuestion, como posesiones *justas*, por oposicion á la *violenta y clandestina* como *injustas*; aunque en otros casos la posesion *precaria* puede pasar tambien por *injusta*. Cuperio (*De nat. poss.*, p. 11, c. 14) ha negado esta union tan natural, sin sustituirla con ninguna otra.

posesion jurídica, sin distinguir si la posesion precaria es *justa* ó *injusta*.

3. Trebacio aprueba esta opinion; pero la modifica en el modo de exigir una posesion precaria *injusta* para que no sea escludida la posesion de otro: al mismo tiempo estiende esta proposicion á toda concurrencia de una posesion *justa* ó *injusta*, y niega su aplicacion á cualquier otro caso.

4. Estas dos opiniones están ya refutadas por la prueba que aduce Paulo en favor de la suya. Pero Labeon (que por consiguiente está de acuerdo con Paulo), alega además contra Trebacio el motivo particular, de que la diferencia que existe entre la posesion *justa* é *injusta* no es de importancia alguna, cuando se trata de la existencia de la posesion en general.

Ulpiano propone esta regla en términos tan generales como el pasage de Paulo.

«Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse.»

Ulpiano solo cita aqui la opinion de Celso, como en otros muchos puntos, porque es la misma que él profesaba: el fin del texto nos lo prueba con mas claridad todavia. Ulpiano continua descubriendo la opinion de Celso por las conclusiones que de ella deduce.

Pasemos ahora á las esplicaciones de esta regla, en las cuales estaba tambien contestada.

(1) El que se apodera violentamente de una cosa tiene sin duda alguna la posesion jurídica: pero según la opinion de Trebacio, el poseedor anterior deberia tambien conservar su calidad de poseedor.

Parece, sin embargo, evidente que esta continuacion de la posesion no puede, aun siguiendo esta opinion, ser sostenida bajo todos sus aspectos. Porque como habia interdictos diferentes para recobrar la posesion perdida (*recuperanda possessionis*) y para conservarse en la posesion (*retinenda possessionis*) no habia ni necesidad ni posibilidad de establecer esta continuacion en cuanto á los interdictos de la persona desposeida; y esta opinion no es la de algunos juriconsultos como podria creerse, sino que es comun á todos ellos, y se halla claramente establecida en el mismo Edicto. Es preciso que haya sido perdido lo que se quiere recuperar y lo que se ha perdido no se puede tener á un mismo tiempo.— Pero no debemos pasar aqui en silencio un pasage que podria producir alguna duda en nuestra exposicion: «Non alii autem, quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere, argumentum præbet quod apud Vivianum relatum est, si quis vi me dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri: quia per eos retineo possessionem, qui defecti non sunt.» Si invertimos el orden, lo que de modo ninguno ejercerá influencia sobre la trabazon logica, el pasage citado tendrá este sentido: Viviano dice que quien es espulsado de

un fundo, no tiene el interdicto *de vi* mientras sus gentes que ejercian la posesion a un tiempo con él no han sido tambien espulsadas: porque él continúa su posesion anterior por medio de sus gentes. Esta decision confirma (*argumentum præbet*) la regla general de que *quien no posee ya tiene* solo el derecho de recurrir al interdicto. La necesidad con que el todo del pasage exige que se tome tambien el enlace, dá tan claramente la preferencia á la version « *qui non possidet* », que ni la antigüedad del M. S. Florentino, ni la concordancia mucho mas importante de las Basílicas pueden alegarse contra su autoridad. Pero de este modo, toda la dificultad de nuestro texto desaparece, sin que sea necesario cambiar el texto mismo.

Así es que la opinion de Trebacio no podia hacer referencia á los interdictos del *poseedor precedente* (*dejectus*); pero podia perfectamente ser relativa á los del nuevo poseedor (*dejiciens*). En efecto, cuando este queria hacer uso del interdicto *uti possidetis* contra el primero, una escepcion le excluía sin duda alguna, y creemos tambien que la opinion de Trebacio al querer explicar este principio practico é incontestable, atribuía *bajo este concepto* al poseedor precedente la continuacion de la posesion. En esta suposicion que bien pronto hará mas clara y verosimil un pasage de Ulpiano, toda la controyersia se hallaría sin un objeto practico, pero la opinion de Paulo no debería perder nada de la preferencia que le dá su mayor trascendencia.

A mas de los interdictos pudiera referirse el parecer de Trebacio del mismo modo á la usucapion, y entonces el sentido sería este: el que pierde la posesion por violencia, no por esto cesa de usucapir. Pero no solo la compilacion de Justiniano decide lo contrario, sino que la naturaleza misma de la usucapion hace muy inverosimil que haya existido jurisconsulto alguno capaz de querer sostenerlo.

(B) Lo que acabamos de decir de la posesion adquirida por violencia, se aplica casi completamente á la ocupacion clandestina de la posesion. En cuanto á los fundos, es preciso que tengamos presente aquí una regla que no podremos esponer mas que en la tercera y en la cuarta seccion.—Tambien por esta razon no estamos en disposicion todavia de interpretar un pasage de Ulpiano que ha ocasionado precisamente en este asunto muchas equivocaciones en su inteligencia. Pero podemos desde ahora probar que ni Ulpiano ni Labeon aplican la opinion de Trebacio á este caso: porque ni uno ni otro han profesado esta opinion; y en segundo lugar, Ulpiano dice al fin: El que impide al poseedor actual volver á sus fundos, tiene una posesion *violenta*. Pero como esto sería imposible, si hasta entonces hubiese tenido una posesion clandestina ha carecido, segun el parecer de Ulpiano, de toda posesion; este jurisconsulto se halla pues muy distante de reconocer aquí la simultaneidad de dos posesiones.

(C) El texto siguiente comprende ambos casos á la vez; la po-

sesion *violenta* y la posesion *clandestina* « *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum: quod taliter procedat tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam: si à me possides, superior sum interdicto: si vero non à me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.* »—Ulpiano habla del interdicto *uti possidetis* aplicado á la posesion que muchas personas tienen *in solidum*. « ¿Cómo será posible tal posesion? solo en la suposicion de que uno posee *juste* y el otro *injuste*, por ejemplo, con violencia ó clandestinamente. » Es evidente que aquí se trata de la opinion de Trebacio, sin aprobarla, cosa que no permitirían suponer ya otros textos. Ulpiano dice: *si quis proponeret*: supone pues por un instante que esta opinion sea verdadera para demostrar como sería preciso apreciar segun ella el interdicto *uti possidetis*. Pero evidentemente solo toma en consideracion el caso en que el poseedor *injusto* quiere invocar el interdicto, sin ocuparse del poseedor *justo*; porque este no gozaría, segun las mismas expresiones del Edicto y la opinion de todos los jurisconsultos, del interdicto *uti possidetis* mas bien que del interdicto *de vi*. La cuestion propuesta se reduce pues á la siguiente. Cuando el poseedor *injusto* recurre al interdicto *uti possidetis* contra el poseedor *justo* precedente, ¿cual es el fin del proceso? Ulpiano responde que, ó bien el demandado ha sido desposeido *por el mismo demandante*, y entonces este último es el que sucumbe, de modo que la controversia que nos ocupa no hace aquí distincion alguna (*superior sum interdicto*, decision conforme á todas las opiniones: á la de Trebacio porque el demandado era aun poseedor, y mejor poseedor que el otro: y á la de Paulo en virtud de la escepcion que ya conocemos): ó bien habia sido desposeido por un tercero á quien á su vez ha desposeido el demandante actual, y en este caso no podría recaer decision de ninguna especie sobre el proceso (1) (*neuter vincetur*, segun la opinion de Trebacio que aquí se supone fundada por un momento: no sucedería lo mismo segun la opinion de Paulo y de Ulpiano, que deberían fallar la causa á favor del demandante, puesto que el demandado ni poseía, ni tenía una escepcion que oponer contra la persona del actor). Tambien aquí se advierte una diferencia práctica entre ambas opiniones, y viene á justificarse la preferencia dada á la que antes hemos adoptado: no es menos verosimil que en todo este pasage

(1) No es difícil probar, á pesar de cuantas dudas se han suscitado con tal motivo, que este es el único sentido que se puede dar á las palabras *neuter vincetur* ó *vincetur*, y que por tanto el juez no puede impedir á ninguna de las partes hacer violencia á la otra. Porque no hay lugar por una parte á condenar al demandado, como nos lo concederán todos, y por otra tampoco se puede pronunciar una absolucion, porque segun la naturaleza de este interdicto, que es un *remedium duplex*, toda absolucion implica al mismo tiempo una condena. Es además preciso observar que justamente es de esta absolucion de la que habla el primer caso, al que se opone el segundo.

no tenía mas intencion Ulpiano que la de hacer conocer por esta consecuencia que la opinion contraria era insostenible.

(D) El *precarium* admite dos casos: ó ya solo confiere la simple detentacion, que no se cambia en posesion injusta mas que por la negativa á restituir el objeto detentado, ó ya trasmite inmediatamente la posesion jurídica: en cuanto al primer caso, fuera de la opinion sabida y desaprobada de Sabino, no hay que hacer aplicacion ninguna: pero no sucede lo mismo con el segundo, en el cual han mostrado los compiladores tan grande inconsecuencia, que de nuevo han admitido la opinion de Sabino, desechada ya generalmente por ellos así como en todas sus demás aplicaciones. Este texto es de Pomponio y dice en términos espresos que cuando la misma posesion ha sido cedida á otra persona, esta ha recibido la posesion sin duda alguna, pero que al mismo tiempo la conserva la otra; aunque este último punto ha sido contestado.—Examinemos aquí tambien la significacion de esta posesion continuada: 1.º No puede referirse al interdicto del primero (del *rogatus*) porque este tiene sin duda alguna un interdicto *recuperandae possessionis (de precario)*; 2.º aplicada al interdicto del segundo (del *rogans*) no tendría importancia alguna el principio en la práctica, porque este interdicto está escludido por una simple escepcion y aun sin la posesion del demandado: 3.º pero en cuanto á la usucapion, es de mucha importancia el asunto, y conforme á esto pretende Pomponio que este *precarium* no interrumpa la usucapion. Mas la otra opinion nos hace buscar el mismo objeto de un modo que hace esta ficcion tan imposible como supérflua: en efecto, al tiempo de la restitucion del objeto, la posesion intermedia del otro se cuenta al poseedor precedente (1), y esta *accesion de posesion* tiene lugar aun cuando la restitucion solo haya sido verificada forzosamente y la posesion precaria se haya convertido en injusta despues, por la negativa á la restitucion de la cosa. Es pues muy natural que los jurisconsultos que se declaran en favor de esta *accesion de la posesion*, digan en general, de la posesion del *rogatus* precisamente lo contrario de lo que Pomponio habia establecido como regla; y en este caso hay menos peligro que en otro alguno considerando uno de los textos de las Pandectas como derogado por el otro; porque este último

(1) «.....Si tamen receperit possessionem recepto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur.» L. 13. §. 7. D. de poss. Cuperio halla muy extraño que los compiladores creyesen que este pasaje se referia á la usucapion, mientras competia originariamente el interdicto *utribi*. Pero así como no hay mas que una sola *possessio*, tampoco hay mas que una *accessio possessionis*. Toda *accesion*, cualquiera que sea su objeto, no supone mas que una relacion de posesion jurídica entre el poseedor precedente y el poseedor actual. Pero la sucesion jamás tiene lugar en la posesion considerada en sí misma, sino solo cuando es necesario algo mas que su existencia; por ejemplo, su continuacion por cierto tiempo como en la usucapion y en el interdicto *utribi*: pero esta *accesion* es siempre la misma aplicada á diversas instituciones.

atiende á cuanto el primero se habia propuesto efectuar, aunque de diferente modo.

Los resultados de nuestras investigaciones sobre las opiniones de los jurisconsultos son los siguientes:

- 1.º La regla *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*, ha sido reconocida como tal regla en todos tiempos.
- 2.º Las escepciones de esta regla, que son lo único que ha sido controvertido, no eran de gran importancia.
- 3.º La compilacion de Justiniano reconoce tambien la regla como *general*.
- 4.º Esto solo basta ya para probar que en derecho romano moderno no puede tratarse de las escepciones; pero aun haciendo abstraccion de esta conclusion, no puede sostenerse ninguna de dichas escepciones.

Estos resultados nos conducen á reglas muy importantes y que se estienden á toda la teoria de la posesion.

(A) Cuando, segun la declaracion espresa de nuestros fundamentos, continua la posesion que se ha tenido hasta el dia, es preciso concluir que aun no ha empezado ninguna posesion nueva.

(B) Cuando el derecho romano reconoce una nueva posesion, la anterior debe necesariamente haber cesado.

El sentido práctico de estas dos proposiciones vendrá á ser mas claro con los siguientes ejemplos.

(A) Ejemplo para la primera proposicion:

Se dice espresamente que la posesion de un fundo ocupado clandestinamente por otra persona, continua hasta que el poseedor precedente tiene conocimiento de la ocupacion (sec. III). Si pues el que clandestinamente ha ocupado el fundo es desposeido con violencia por un tercero, este último deberia, segun la regla de la adquisicion en general (sec. II), haberse convertido inmediatamente en poseedor; pero segun nuestro principio, aun no ha adquirido la posesion.

(B) Ejemplo de la segunda proposicion:

Hemos hecho advertir antes que en lo relativo al *ager vectigalis* y á la enfiteusis debia concederse la posesion al fructuario. El derecho romano guarda silencio acerca del arrendador; pero segun nuestra regla, su posesion precedente debe necesariamente haber cesado por el arrendamiento.

Ninguna de estas dos proposiciones pertenece en sí misma á las modificaciones jurídicas de la posesion, sino que ambas son consecuencias de la nocion primitiva de esta última; pero pueden ser puestas en relacion con otra ficcion, y esto es lo que tenia lugar en el ejemplo aquí propuesto.

Los jurisconsultos modernos están divididos en la opinion acerca de este asunto, mas aun que los romanos, porque aquellos tenían ideas completamente falsas de la posesion en general y de sus divisiones, lo que debia inducir una completa confusion

en la cuestion. Algunos de ellos han defendido, no obstante, la verdadera opinion: otros han sostenido precisamente lo contrario: la mayor parte ha procurado conciliar ambos extremos por medio de distinciones y ha admitido por consiguiente unas veces y otras ha desechado la *possessio plurium*. Vaconio y Galvano han pretendido no solo que muchas personas podian poseer una misma cosa á un tiempo mismo, sino que han sostenido hasta la posibilidad de muchas usucapiones simultáneas: creian ellos que cuando la primera hubiera cesado, la segunda continuaria siempre, y que una vez acabada esta destruía la propiedad que la primera habia hecho adquirir. La glosa se decidió con bastante tiempo en favor de esta falsa opinion. — El parecer mas notable es el de Westphal, quien despues de haber formado un juicio desde luego falso de las opiniones de los juriconsultos romanos, se espresa sobre este asunto en los siguientes términos: «Se trata únicamente en esta ocasion de ciertos resultados teóricos, que creian ellos haber deducido de las leyes ó de la naturaleza misma de la cosa, y que por consiguiente carecen de fuerza legal para nosotros puesto que son consecuencias erróneas.» Despues propone á los romanos el caso siguiente: Yo desposeo á uno por violencia; Cayo hace lo mismo con respecto á mí; ¿es pues evidente que Cayo y yo poseemos á un tiempo mismo? «Este es un caso que probablemente no habrá sido mencionado por los antiguos.»

La primera regla que se ha deducido de esta naturaleza, *exclusiva* de la posesion, y aplicado á su adquisicion y pérdida, se ha espresado comunmente así: La posesion debe estar vacante (*vacua*) para poder ser adquirida. Luego, en la tradicion voluntaria, lo mismo que en la desposesion violenta, la posesion queda vacante en el momento mismo de la adquisicion; en todos los casos en que suceda lo contrario, por ejemplo en la ocupacion clandestina de un fundo, nuestro principio se opone á la adquisicion de toda posesion; está, pues, bien designada su aplicacion por esta espresion. Muchos autores han hecho entrar esta disposicion en la definicion misma de la posesion: pero aunque esta definicion no tiene inconveniente alguno en la practica, conduce, sin embargo, á la falsa idea de que por ella se introduce una modificacion en los elementos constitutivos de la posesion, al paso que la regla no espresa mas que alguna idea puramente negativa. Los romanos mismos empleaban en verdad la espresion *vacua* en un sentido semejante, pero en una consideracion mucho mas restricta, y para espresar en la tradicion de un fundo que ningun tercero le posee *ánimo*. Así, esta palabra pertenece ya á la antigua terminologia: nuestras fuentes lo mencionan con frecuencia, y se ha conservado durante toda la edad media en los actos de venta y tradicion. Se halla mas comunmente en la venta, y entonces, segun el objeto característico de este contrato, aun en un sentido mas estenso: el vendedor no ha obrado, en efecto (en el sentido del contrato de venta), acerca de una pose-

sion vacante, cuando un tercero, por ejemplo, no tiene mas que una *missio in possessionem*, aunque esta no sea una verdadera posesion, y que la posesion del vendedor, la tradicion y la trasmision de la propiedad, no se impidan de modo alguno por esto.

Cupero es el primero que ha indicado espresamente las reglas que antes de él, ó no se acostumbraba á establecer completamente, ó se espresaban por el término *vacua possessio*: pero no hace mas que un pequenísimo uso de ellas, como de las ideas exactas que generalmente tiene en toda esta materia.

§. 12.

ESPLICACION DE LA *juris quasi possessio*.

Ahora es cuando nos hallamos en estado de dar una idea circunstanciada del plan que nos hemos propuesto en este tratado. La posesion solo tiene dos relaciones jurídicas: la una con la *usucapion*; la otra con los *interdictos* (§. 2): pero con respecto á la usucapion, la posesion por sí sola no la hace posible, y se requiere el cumplimiento de muchas otras condiciones jurídicas: los interdictos, por el contrario, dependen únicamente de la existencia de la posesion que, una vez dañada, produce los interdictos (§. 7, núm. 3).

Consistiendo, pues, en los *interdictos* el único derecho que resulta de la posesion sola, el *derecho de los interdictos* es el que debe esponderse ahora. No hablaremos ya mas de la usucapion: pero todo cuanto consignemos aquí, está estrechamente ligado con ella, porque la misma posesion es una condicion de los interdictos y de la usucapion. Las otras condiciones que ademas deben reunirse á la posesion para hacerla á propósito para la usucapion, entran en la teoria de la propiedad. Pero precisamente por este intimo enlace de la posesion con la usucapion es por lo que los principios de derecho que contienen disposiciones relativas á esta ultima, son tambien un gran auxilio en la teoria de la posesion en general: ya hemos empleado esta observacion en la enumeracion que hicimos de dichos principios.

Debemos tratar, pues, de una parte del *derecho de las obligaciones*, y nos es preciso responder á dos cuestiones para resolver convenientemente el problema que nos hemos propuesto. En primer lugar; ¿cuándo hay *posesion*? esto es, ¿cuándo debemos admitir la existencia de esta relacion sin la cual esta obligacion *ex-delicto* no puede existir? En segundo lugar, ¿qué es lo que debe agregarse á esta relacion para que produzca realmente tal obligacion, esto es, ¿cómo ha de ser turbada la posesion para que esta violacion produzca la obligacion? La primera de las dos cuestiones se descompone por sí misma en otras dos: ¿cómo *se adquiere* la posesion (sec. II)? ¿cómo *se pierde* la posesion adquirida (sec. III)? — La segunda cuestion quedará resuelta en la espresion de los diferentes interdictos (sec. IV), puesto que estos

en la cuestion. Algunos de ellos han defendido, no obstante, la verdadera opinion: otros han sostenido precisamente lo contrario: la mayor parte ha procurado conciliar ambos extremos por medio de distinciones y ha admitido por consiguiente unas veces y otras ha desechado la *possessio plurium*. Vaconio y Galvano han pretendido no solo que muchas personas podian poseer una misma cosa á un tiempo mismo, sino que han sostenido hasta la posibilidad de muchas usucapiones simultáneas: creian ellos que cuando la primera hubiera cesado, la segunda continuaria siempre, y que una vez acabada esta destruía la propiedad que la primera habia hecho adquirir. La glosa se decidió con bastante tiempo en favor de esta falsa opinion. — El parecer mas notable es el de Westphal, quien despues de haber formado un juicio desde luego falso de las opiniones de los juriconsultos romanos, se espresa sobre este asunto en los siguientes términos: «Se trata únicamente en esta ocasion de ciertos resultados teóricos, que creian ellos haber deducido de las leyes ó de la naturaleza misma de la cosa, y que por consiguiente carecen de fuerza legal para nosotros puesto que son consecuencias erróneas.» Despues propone á los romanos el caso siguiente: Yo desposeo á uno por violencia; Cayo hace lo mismo con respecto á mí; ¿es pues evidente que Cayo y yo poseemos á un tiempo mismo? «Este es un caso que probablemente no habrá sido mencionado por los antiguos.»

La primera regla que se ha deducido de esta naturaleza, *exclusiva* de la posesion, y aplicado á su adquisicion y pérdida, se ha espresado comunmente así: La posesion debe estar vacante (*vacua*) para poder ser adquirida. Luego, en la tradicion voluntaria, lo mismo que en la desposesion violenta, la posesion queda vacante en el momento mismo de la adquisicion; en todos los casos en que suceda lo contrario, por ejemplo en la ocupacion clandestina de un fundo, nuestro principio se opone á la adquisicion de toda posesion; está, pues, bien designada su aplicacion por esta espresion. Muchos autores han hecho entrar esta disposicion en la definicion misma de la posesion: pero aunque esta definicion no tiene inconveniente alguno en la practica, conduce, sin embargo, á la falsa idea de que por ella se introduce una modificacion en los elementos constitutivos de la posesion, al paso que la regla no espresa mas que alguna idea puramente negativa. Los romanos mismos empleaban en verdad la espresion *vacua* en un sentido semejante, pero en una consideracion mucho mas restricta, y para espresar en la tradicion de un fundo que ningun tercero le posee *ánimo*. Así, esta palabra pertenece ya á la antigua terminologia: nuestras fuentes lo mencionan con frecuencia, y se ha conservado durante toda la edad media en los actos de venta y tradicion. Se halla mas comunmente en la venta, y entonces, segun el objeto característico de este contrato, aun en un sentido mas estenso: el vendedor no ha obrado, en efecto (en el sentido del contrato de venta), acerca de una pose-

sion vacante, cuando un tercero, por ejemplo, no tiene mas que una *missio in possessionem*, aunque esta no sea una verdadera posesion, y que la posesion del vendedor, la tradicion y la trasmision de la propiedad, no se impidan de modo alguno por esto.

Cupero es el primero que ha indicado espresamente las reglas que antes de él, ó no se acostumbraba á establecer completamente, ó se espresaban por el término *vacua possessio*: pero no hace mas que un pequenísimo uso de ellas, como de las ideas exactas que generalmente tiene en toda esta materia.

§. 12.

ESPLICACION DE LA *juris quasi possessio*.

Ahora es cuando nos hallamos en estado de dar una idea circunstanciada del plan que nos hemos propuesto en este tratado. La posesion solo tiene dos relaciones jurídicas: la una con la *usucapion*; la otra con los *interdictos* (§. 2): pero con respecto á la usucapion, la posesion por sí sola no la hace posible, y se requiere el cumplimiento de muchas otras condiciones jurídicas: los interdictos, por el contrario, dependen únicamente de la existencia de la posesion que, una vez dañada, produce los interdictos (§. 7, núm. 3).

Consistiendo, pues, en los *interdictos* el único derecho que resulta de la posesion sola, el *derecho de los interdictos* es el que debe esponderse ahora. No hablaremos ya mas de la usucapion: pero todo cuanto consignemos aquí, está estrechamente ligado con ella, porque la misma posesion es una condicion de los interdictos y de la usucapion. Las otras condiciones que ademas deben reunirse á la posesion para hacerla á propósito para la usucapion, entran en la teoria de la propiedad. Pero precisamente por este intimo enlace de la posesion con la usucapion es por lo que los principios de derecho que contienen disposiciones relativas á esta ultima, son tambien un gran auxilio en la teoria de la posesion en general: ya hemos empleado esta observacion en la enumeracion que hicimos de dichos principios.

Debemos tratar, pues, de una parte del *derecho de las obligaciones*, y nos es preciso responder á dos cuestiones para resolver convenientemente el problema que nos hemos propuesto. En primer lugar; ¿cuándo hay *posesion*? esto es, ¿cuándo debemos admitir la existencia de esta relacion sin la cual esta obligacion *ex-delicto* no puede existir? En segundo lugar, ¿qué es lo que debe agregarse á esta relacion para que produzca realmente tal obligacion, esto es, ¿cómo ha de ser turbada la posesion para que esta violacion produzca la obligacion? La primera de las dos cuestiones se descompone por sí misma en otras dos: ¿cómo *se adquiere* la posesion (sec. II)? ¿cómo *se pierde* la posesion adquirida (sec. III)? — La segunda cuestion quedará resuelta en la espresion de los diferentes interdictos (sec. IV), puesto que estos

corresponden por su naturaleza á diversas formas de la violacion.

Pero hay otra relacion de la posesion, de que aun no hemos hablado, y que necesariamente debemos explicar ahora, en la cual se trata de fijar los puntos de vista de todas las partes de nuestro tratado. Hasta aquí, en efecto, hemos supuesto tácitamente que toda posesion debe tener por objeto algun cuerpo. El derecho romano enuncia solo raras veces y sin profundizar, este principio: y, con todo, se halla tan evidentemente contenido en toda la esposicion de los jurisconsultos romanos, que para revocarle en caso de duda es preciso haber abordado la materia valiéndose de una falsa idea de la naturaleza de la posesion. A pesar de todo, se pretende que la posesion se ejerce tambien sobre cosas incorpóreas: ahora examinaremos el significado que el derecho romano y nuestros jurisconsultos dan á esta posesion.

El derecho de los interdictos está basado sobre una perturbacion causada ilegítimamente, por ejemplo, con violencia, en el ejercicio de la propiedad. Si relativamente á cualquier otro derecho se concibe una turbacion violenta en su ejercicio, será muy justo por tejer tambien por el derecho de los interdictos, semejante violacion. Tal es precisamente el caso de todos los elementos constitutivos de la propiedad que pueden existir como derechos independientes de la propiedad. El usufructo es un derecho de esta especie, y desde luego aparece evidente que aquí se concibe una perturbacion violenta con no menos facilidad que en la propiedad; y lo mismo sucede con todas las demas servidumbres, como tambien con la superficie: en fin, generalmente con todos los derechos que se oponen bajo el nombre de *jura* ó *jura in re*, como partes separadas de la propiedad, al *dominium* como totalidad de todos los derechos reales en general. Antes hemos demostrado que no se puede concebir en cuanto á estos derechos, el *animus domini*, ni por consiguiente una verdadera posesion en la persona que tiene el ejercicio. Pero como este ejercicio puede ser turbado con violencia del mismo modo que el de la propiedad, hallamos aquí la posibilidad de una relacion entre la posesion y otros derechos, y esta relacion está realmente consagrada por el derecho romano. Así, del mismo modo que la verdadera posesion consiste en el ejercicio de la propiedad, esta posesion análoga debe tener por objeto el ejercicio de un *jus in re*: y así como en la verdadera posesion se posee realmente la cosa (*possessio corporis*), y no la propiedad, así tambien no debería tratarse en verdad de la posesion de la servidumbre (*possessio juris*). Pero como carecemos de otro término al cual pudiéramos unir aquí la posesion como lo está la propiedad con la cosa, y nos vemos precisados á valernos de esta espresion impropia, solo deseamos que no se olvide que esta espresion es efectivamente impropia, y que no queremos al emplearla designar sino el ejercicio de un *jus in re*, que se halla con este *jus in re* en la misma relacion que la verdadera posesion con la propiedad. Las ideas de los juris-

consultos romanos sobre estos puntos, son muy claras, y solo de esta manera podemos explicar por qué la terminologia parece tan incierta. En muchos pasages se niega, en efecto, la posesion de un modo absoluto; en otros se adopta, y en otros espresan la impropiedad que hay en esta terminologia, por *quasi possidere*, *quasi in possessione esse*.

En esta posesion (impropiamente llamada tal) de cosas incorpóreas, es preciso tener cuidado de no promover una doble confusion. En primer lugar, puede tratarse con respecto á una misma persona, de una posesion *corporis* ó de una posesion *juris*, que es preciso absolutamente distinguir, y por no haberlo hecho siempre, se ha introducido gran confusion en todas las ideas sobre la naturaleza de la posesion. Así, por ejemplo, el usufructuario no tiene posesion alguna jurídica sobre la cosa en sí misma, esto es, relativamente á la propiedad; de modo que su posesion es puramente *natural* y no impide, así como tampoco el arrendatario, la existencia de la posesion jurídica del propietario: pero él tiene la posesion jurídica de su derecho de usufructo (*jus usufructus*) y puede sin duda alguna invocar con respecto á él los interdictos posesorios. Por la union enteramente errónea de esta posesion *natural* con el derecho á los interdictos, ha caído Bassiano en una doble equivocacion, no solo designando por *naturalis possessio* la posesion propia de los interdictos, sino reconociendo al usufructuario la posesion jurídica que el acreedor hipotecario tiene seguramente: estos dos errores han debido dar origen por necesidad á un tercero que consiste en adoptar la posibilidad de la coexistencia de las dos posesiones, una *civil* y otra *natural*.—La segunda confusion que se debe procurar evitar aquí es la siguiente: mas adelante tendremos que tratar de una posesion *usufructus* y de otra posesion *hereditatis* (*bonorum*) esto es, del usufructo ó del derecho de sucesion que el Edicto ha introducido, y que no se conoce en el derecho civil; del mismo modo hemos hablado ya de una *juris possessio* en la *hereditatis petitio* y de una *libertatis* y *servitutis possessio*, en el *liberale judicium*: la *juris quasi possessio* que aquí esponemos, nada absolutamente tiene de comun con estos términos, puesto que la palabra *possessio* no designa en ellos la posesion, sino unas veces un derecho puramente pretorio, y otras la cualidad del demandado que se tiene en un proceso.

Gran número de nuestros jurisconsultos ha desconocido completamente esta parte de la teoría de la posesion. Perdiendo de vista la significacion bien determinada del *jus* (*in re*) de los romanos, se interpretaba la *juris quasi possessio* por el ejercicio de un derecho en general (1): no negaremos por cierto nosotros que todo derecho admite un ejercicio; pero decimos que todo dere-

(1) No se puede negar que el derecho canónico ha contribuido en la mayor parte á dar origen á esta opinion errónea: mas adelante hablaremos acerca de esto.

cho no puede ser violentamente turbado ó usucapido, y estas son sin embargo las únicas consideraciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho está considerado como relacion jurídica. Por esta vana abstraccion ha promovido Hommel esta cuestion, cuya solucion él mismo declara imposible: ¿Por qué el médico á cuyos cuidados se deja de recurrir, no ha de ser mantenido en la posesion de este derecho? Spangenberg llegó hasta á designar la propiedad como el primer objeto posible de la *quasi possessio*. Pero siendo considerada la posesion tambien como un derecho, no se comprende por qué no ha de haber *POSSESSIONIS quasi possessio*; esta posesion en segunda potencia, vendria á ser naturalmente objeto á su vez de una nueva posesion, y de este modo se continuaria hasta el infinito. Sibeth se presenta en esta, como en todas cosas, muy orijinal: niega toda *juris quasi possessio* y trata pesimamente á los jurisconsultos que la adoptan: no hay necesidad de decir que tanto en esta como en las demas ocasiones no sabe siquiera de qué se trata.

No podemos menos de añadir á la teoria de la posesion (Sec. II—IV), la teoria de la aplicacion de sus principios á los *jura in re* (sec. V).

Pero entonces mismo aun no estará hecho todo. La idea y los derechos de la posesion han sufrido en los tiempos modernos tantos cambios que se han convertido en cosas enteramente distintas de las que conocieron los romanos. Si se quiere que una teoría de la posesion ofrezca utilidad práctica, será preciso que reuna á las ideas del derecho romano las modificaciones con que será aplicable entre nosotros. Pero estas investigaciones no carecen de mérito para el conocimiento profundo del derecho romano, puesto que lo esencial no puede ser de modo alguno mejor distinguido de lo accidental, que cuando se conservan los principios y solo se alteran las condiciones de la aplicacion.

Segun esto, el orden de las indagaciones que vamos á verificar es el siguiente: daremos principio por la esposicion completa del derecho romano (sec. II—V) y aumentaremos las modificaciones que en él han introducido los derechos modernos, (sec. VI). El derecho romano trata en parte de la posesion en sí misma (sec. II—IV), en parte de la aplicacion de sus principios á los *jura in re* (sec. V): el derecho de la posesion descansa á su vez, ya en la existencia de la posesion (sec. II—III), ya en ciertas formas de su violacion (sec. IV).

§. 12.

a. HISTORIA DE LA POSESION.

Por último, tenemos que responder á la cuestion histórica de saber cómo ha sido el pensar en proteger por medio de los interdictos la posesion independiente de todo derecho á la cosa. Porque parece natural creer que el derecho de propiedad hu-

biera bastado, y que no se habría podido sentir la necesidad de crear un derecho de la posesion y concederle una garantía en los interdictos, sobre todo en un pueblo tal como el de los romanos que hasta la corrupcion de su antiguo carácter por las guerras civiles, era por naturaleza mas inclinado al orden legal que á la violencia. ¿Cómo, pues, ha sucedido que los romanos han instituido, y tal vez muy pronto, la posesion como base de los interdictos únicamente establecidos con el objeto de garantirla?

¿Los interdictos no tenían quizá por objeto preparar é introducir las contestaciones judiciales relativas á la propiedad, designando bien los caracteres de demandante y demandado? No, porque en materia de propiedad este objeto estaba completamente asegurado por un procedimiento particular, llamado la *manus conserata*.—¿Estaban si no destinados á garantir la usucapion comenzada pero no cumplida? (1). Entonces hubiera sido mucho mas natural hacerlos depender, como la accion publiciana, de las mismas condiciones que se exigen en la usucapion, y vemos que la posesion está protegida por los interdictos aun cuando existe sin *buna fe* y sin *justo titulo*. Por otra parte, si los interdictos hubiesen tenido por causa la usucapion, hubiera sido preciso darles la misma estension que á ella; esto es, aplicarlos tanto á las cosas muebles como á las inmuebles. Mas, precisamente los mas importantes, los que tienden á recobrar la posesion (*interdicta recuperandæ possessionis*), estaban ceñidos á los bienes raíces, y no daban á la usucapion por consiguiente mas que una garantía muy imperfecta.

Este origen de la posesion ha sido explicado del modo mas satisfactorio por Niebbur.

Habia en la república romana dos clases de tierras; el *ager publicus* y el *ager privatus*, que era el único que podia venir á ser objeto de propiedad privada. El *ager publicus* se concedia tambien, no obstante, segun la antigua constitucion, á simples ciudadanos romanos, para su posesion y usufructo, pero conservando siempre la república el derecho de recobrarlo en cualquier tiempo. Ahora bien, esta posesion del *ager publicus* atribuida á los particulares, una de las instituciones mas importantes y frecuentes en la antigua Roma, no se halla en parte alguna determinada por una forma legal, aunque atendiendo á la inclinacion de los romanos por el orden legal no se puede dudar que semejante forma haya existido, y que no se haya introducido un medio judicial para proteger al detentador contra la turbacion arbitraria ocasionada en su goce. Si se pudiera pues admitir que la posesion que daba derecho á los interdictos ha sido precisamente la forma legal destinada á proteger el *ager publicus*, habriamos llegado á la solucion de dos cuestiones á la vez: porque ten-

(1) Habiamos admitido esta explicacion en la segunda edicion, página 68.

driamos ya un objeto originario, una primera ocasion de la posesion y en cuanto al *ager publicus*, una forma legal.

Si no alegásemos en apoyo de nuestra opinion mas que lo que acabamos de decir, quedaria esta reducida á una mera hipótesis que no tendria mas verosimilitud que la que su enlace interior y su conformidad con todo el derecho romano le presta. Pero bien lejos de esto, se halla apoyado nuestro dictamen por pruebas históricas las mas fehacientes.

1. Es preciso ante todo, observar que las palabras *possessio*, *possessor* y *possidere* eran, si hemos de dar crédito á multitud de textos de todos tiempos, los verdaderos términos técnicos para designar la posesion y el goce del *ager publicus*. Esta identidad de la terminología entre nuestra posesion y el *ager publicus* no puede ciertamente explicarse de un modo mas sencillo y satisfactorio que por la identidad originaria de los objetos señalados cual iguales, como acabamos de sostener.

De este modo se esplican aun otros muchos significados de la palabra *possessio* que se hallan para nosotros en una relacion muy sencilla y muy necesaria. Por esto *possessio* significa muchas veces el derecho de sucesion ó una servidumbre en los casos en que estos derechos no tienen validez en rigor de derecho civil, y si solo en el *jus gentium* que ha confirmado con frecuencia el Edicto del pretor.

Esta observacion nos conduce á varias aplicaciones particulares.

(a) El pretor empleaba en el *damaum infectum*, y relativamente en la segunda *missio in possessionem* que podia presentarse allí, *possidere jubebo*; y este *possidere* designaba la posesion bonitaria acompañada de la *conditio usucapiendi*.

(b) Cuando un usufructo no era válido conforme al derecho civil y solo podia existir como consecuencia de una disposicion del derecho pretorio, se le llamaba *possessio usufructus* en oposicion á *dominium usufructus* ó á *usufructus qui jure consistit*.

(c) Es preciso interpretar de la misma manera la expresion *hereditatis* ó *bonorum possessio* que de modo ninguno designa, como podria creerse, la verdadera posesion de las cosas constitutiva de una sucesion, sino la naturaleza particular del derecho de sucesion pretoria. El heredero pretorio no tiene, en efecto la cualidad de *heres*, y solo por una ficcion es semejante á él; de modo que la *bonorum possessio* se halla con la hereditas en la misma relacion que la propiedad bonitaria con la quiritaria.

Esta significacion de la palabra *possessio* proviene del modo mas natural, de la que ya indicamos en un principio y en la cual este término designaba el derecho que se tenia al *ager publicus*. Porque todos los casos que acabamos de recorrer, tenían de comun que no presentaban la propiedad romana en el sentido estricto (*ex jure Quiritium*) sino una cosa semejante en la práctica; esto es, el derecho de uno con esclusion de todos los demás,

al disfrute y uso de una cosa; cualquiera que fuese la diferencia que por otra parte separase estos derechos, lo cierto es que esta semejanza general que acabamos de indicar, podia muy bien dar lugar á su denominacion comun. Y sin duda en consideracion á esta analogía, se llamó igualmente *possessio* al derecho que se podia tener al suelo provincial.

Tambien esta significacion de *possessio* se transfirió entonces del derecho mismo al objeto del derecho. Por esto, dice Javoleno en un texto muy notable, que *ager* y *possessio* son diferentes en las relaciones del derecho: que el primero es un bien raiz que se tiene en propiedad quiritaria, y la segunda es un bien raiz que solo tenemos accidentalmente en propiedad bonitaria (como por ejemplo, un *fundus italicus* de que solo se ha hecho tradicion) ó ya un bien raiz que por su naturaleza no puede hallarse en propiedad quiritaria. No dudamos que estas últimas palabras hacen referencia á los bienes raices provinciales, pero se adaptan igualmente al *ager publicus*.

Así, el exámen histórico del origen de la posesion, tal como Niebhur lo presenta, coloca en la union mas íntima muchos significados de la palabra *possessio*, cada uno de los cuales tiene un carácter del todo particular (1); esta consecuencia es ciertamente un motivo muy poderoso para creer en la realidad de la hipótesis histórica.

Tambien por esta hipótesis se explica del modo mas sencillo el motivo por el cual los interdictos que sirven para recobrar la posesion (*interdicta recuperande possessionis*), no podian dirigirse sino á bienes raices y no se daban para las cosas muebles. Esta restriccion era un resto del objeto originario de la *possessio* segun el cual pertenecia unicamente al *ager publicus* (2).

3. Del mismo modo el *precarium* que en los fundamentos del derecho parece ser un verdadero enigma, recibe ahora una significacion muy precisa que explica perfectamente bien su carácter extraño. Designa en efecto, la relacion jurídica del cliente que en su calidad de siervo permanecia en la *possessio* del patrono. Este tenia derecho á retirar tal goce al cliente cuando le parecia conveniente, y el interdicto *de precario* estaba destinado á obligarle á que abandonase los bienes raices, cuando no lo hacia voluntariamente (§. 42).

4. Nuestra hipótesis suministra igualmente una explicacion histórica á la inconsecuencia de que antes hablamos, y como resultado de la cual el arrendatario del *ager vectigalis* tiene la po-

(1) Aun se podria ir mas adelante y querer deducir de lo que acabamos de decir, que la posesion es la propiedad en general, si la deducccion dada no pareciese tan natural.

(2) (Ad. á la 4.^a edic.) No decimos por esto que sin esta hipótesis no tendria explicacion alguna esta circunstancia; porque debe tenerse en consideracion que en los muebles se ha recurrido casi siempre á otras acciones que no se fundan en la posesion.

sesion de la cosa aunque no se le puede atribuir mas que un *ius in re*. En efecto, el *ager vectigalis* se formó conforme á la analogía del antiguo *ager publicus*, y por muchas que fuesen las diferencias que existían entre el uno y el otro, nada parece ahora mas natural que decir sin ningun otro motivo, que esta analogía ha debido dar lugar á mas de una regla práctica en cuanto al *ager vectigalis*. Pero habiendo nacido precisamente la *possessio* en el *ager publicus*, era muy regular que la hubiesen dejado subsistir en el *ager vectigalis*, que solo era una nueva forma del *ager publicus*. Esta esplicacion está en un todo conforme con la tendencia que el antiguo derecho romano revela en todas partes en favor de la antigüedad.

5. Hé aquí ahora cual es la union completa que existe entre la antigua *possessio* y nuestros principios de derecho. En su origen y desde los primeros tiempos hubo dos especies de derechos sobre el suelo: la propiedad que se tenia en el *ager privatus*, y que era protegida por la reivindicacion, y la *possessio* que se tenia en el *ager publicus*, al cual estaba concedida una proteccion semejante que hallamos nosotros en los interdictos pretorios.— Mas tarde el pretor consagró esta última institucion en el Edicto, y de este modo los interdictos vinieron á ser recursos de derecho pretorio, sin que probablemente se haya verificado un cambio notable en las mismas reglas del derecho.— Despues aun se consideró igualmente conveniente aplicar tambien al *ager publicus*, con respecto al cual se sentia menos necesidad, y que indudablemente no hubiera sido causa de su creacion, la *possessio* que se habia introducido y formado para el *ager privatus*. Esta estension ¿es anterior ó posterior á la admision de los interdictos en el Edicto? ¿De qué modo la recibió éste, y cómo la considera? Estas son cuestiones á que no sabemos dar respuesta alguna. La única certidumbre histórica que respecto á ellas poseemos, es que en tiempo de Ciceron ya se habian introducido los interdictos. Sin embargo, hallamos en el Edicto mismo algunas señales de la union que existía originariamente entre la posesion y el *ager publicus*. Una se advierte en la forma de los interdictos, que era una misma para la *possessio* y para el *locus publicus*, el *flumen publicum*, etc., y que producía como consecuencia que estos objetos se hallasen unos al lado de los otros en el Edicto lo mismo que ahora en las Pandectas. La formula del interdicto *uti possidetis* nos ofrece un segundo ejemplo; las Pandectas lo dan en estos términos: «*ut eas aedes..... possidetis..... vim fieri veto.*» Pero antes se hallaba concebida del modo siguiente: «*uti nunc possidetis eum fundum..... vim fieri veto.*» Esta fórmula anterior es tal vez aun un resto de la antigua union con el *ager vectigalis*; pero cuando esta última cayó mas y mas en olvido, parece que se ha puesto *aedes*, porque se podian considerar efectivamente en Roma las casas como el ejemplo primero y que mas frecuentemente se presentaba.

SECCION II.

ADQUISICION DE LA POSESION.

§. 13.

Y A hemos trazado los límites del contenido de esta seccion en la exposicion de lo que materialmente debemos comprender por posesion. Toda adquisicion de la posesion reposa sobre un acto corporal (*corpus factum*) acompañado de una voluntad determinada (*animus*). El hecho debe ser de tal naturaleza que ponga al que ha de adquirir la posesion en estado de tratar la cosa segun su voluntad y con exclusion de cualquier otro, esto es, en disposicion de ejercer el derecho de propiedad. La voluntad debe tener por objeto considerar la cosa realmente como propia y solo en el caso en que la posesion se deriva de la posesion de otro por un acto juridico, basta que la voluntad se dirija á esta traslacion; de modo que la posesion puede ser adquirida en este caso reconociendo al mismo tiempo la propiedad de otra persona.

Pero la posesion está considerada como derecho, y se pueden adquirir todos los derechos, no solo por actos propios, sino tambien por los de nuestros esclavos é hijos; debiendo advertir que á mas de estos dos casos adquirimos tambien la posesion por otras personas. Pero siempre que adquirimos la posesion por otros, es preciso aplicar al modo de adquirir la misma regla que cuando se adquiere por sí mismo: no se trata, pues, mas que de marcar como debe ser aplicada tal regla.

Segun lo cual, esta seccion tendra por objeto las siguientes investigaciones:

- 1.^a El acto corporal, que es la primera condicion de toda posesion.
- 2.^a La intencion que debe unirse á este acto corporal tanto en la posesion originaria como en la derivada.
- 3.^a La aplicacion de todas estas reglas á la adquisicion por otros.

Hasta el fin de la seccion no nos será posible indicar comple-

sesion de la cosa aunque no se le puede atribuir mas que un *ius in re*. En efecto, el *ager vectigalis* se formó conforme á la analogía del antiguo *ager publicus*, y por muchas que fuesen las diferencias que existían entre el uno y el otro, nada parece ahora mas natural que decir sin ningun otro motivo, que esta analogía ha debido dar lugar á mas de una regla práctica en cuanto al *ager vectigalis*. Pero habiendo nacido precisamente la *possessio* en el *ager publicus*, era muy regular que la hubiesen dejado subsistir en el *ager vectigalis*, que solo era una nueva forma del *ager publicus*. Esta esplicacion está en un todo conforme con la tendencia que el antiguo derecho romano revela en todas partes en favor de la antigüedad.

5. Hé aquí ahora cual es la union completa que existe entre la antigua *possessio* y nuestros principios de derecho. En su origen y desde los primeros tiempos hubo dos especies de derechos sobre el suelo: la propiedad que se tenia en el *ager privatus*, y que era protegida por la reivindicacion, y la *possessio* que se tenia en el *ager publicus*, al cual estaba concedida una proteccion semejante que hallamos nosotros en los interdictos pretorios.— Mas tarde el pretor consagró esta última institucion en el Edicto, y de este modo los interdictos vinieron á ser recursos de derecho pretorio, sin que probablemente se haya verificado un cambio notable en las mismas reglas del derecho.— Despues aun se consideró igualmente conveniente aplicar tambien al *ager publicus*, con respecto al cual se sentia menos necesidad, y que indudablemente no hubiera sido causa de su creacion, la *possessio* que se habia introducido y formado para el *ager privatus*. Esta estension ¿es anterior ó posterior á la admision de los interdictos en el Edicto? ¿De qué modo la recibió éste, y cómo la considera? Estas son cuestiones á que no sabemos dar respuesta alguna. La única certidumbre histórica que respecto á ellas poseemos, es que en tiempo de Ciceron ya se habian introducido los interdictos. Sin embargo, hallamos en el Edicto mismo algunas señales de la union que existía originariamente entre la posesion y el *ager publicus*. Una se advierte en la forma de los interdictos, que era una misma para la *possessio* y para el *locus publicus*, el *flumen publicum*, etc., y que producía como consecuencia que estos objetos se hallasen unos al lado de los otros en el Edicto lo mismo que ahora en las Pandectas. La formula del interdicto *uti possidetis* nos ofrece un segundo ejemplo; las Pandectas lo dan en estos términos: «*ut eas aedes..... possidetis..... vim fieri veto.*» Pero antes se hallaba concebida del modo siguiente: «*uti nunc possidetis eum fundum..... vim fieri veto.*» Esta fórmula anterior es tal vez aun un resto de la antigua union con el *ager vectigalis*; pero cuando esta última cayó mas y mas en olvido, parece que se ha puesto *aedes*, porque se podian considerar efectivamente en Roma las casas como el ejemplo primero y que mas frecuentemente se presentaba.

SECCION II.

ADQUISICION DE LA POSESION.

§. 13.

Y A hemos trazado los límites del contenido de esta seccion en la exposicion de lo que materialmente debemos comprender por posesion. Toda adquisicion de la posesion reposa sobre un acto corporal (*corpus factum*) acompañado de una voluntad determinada (*animus*). El hecho debe ser de tal naturaleza que ponga al que ha de adquirir la posesion en estado de tratar la cosa segun su voluntad y con exclusion de cualquier otro, esto es, en disposicion de ejercer el derecho de propiedad. La voluntad debe tener por objeto considerar la cosa realmente como propia y solo en el caso en que la posesion se deriva de la posesion de otro por un acto juridico, basta que la voluntad se dirija á esta traslacion; de modo que la posesion puede ser adquirida en este caso reconociendo al mismo tiempo la propiedad de otra persona.

Pero la posesion está considerada como derecho, y se pueden adquirir todos los derechos, no solo por actos propios, sino tambien por los de nuestros esclavos é hijos; debiendo advertir que á mas de estos dos casos adquirimos tambien la posesion por otras personas. Pero siempre que adquirimos la posesion por otros, es preciso aplicar al modo de adquirir la misma regla que cuando se adquiere por sí mismo: no se trata, pues, mas que de marcar como debe ser aplicada tal regla.

Segun lo cual, esta seccion tendra por objeto las siguientes investigaciones:

- 1.^a El acto corporal, que es la primera condicion de toda posesion.
- 2.^a La intencion que debe unirse á este acto corporal tanto en la posesion originaria como en la derivada.
- 3.^a La aplicacion de todas estas reglas á la adquisicion por otros.

Hasta el fin de la seccion no nos será posible indicar comple-

tamente las diferencias que distinguen la adquisicion de la posesion, de la adquisicion de todos los demás derechos.

§. 14.

DE LA APREHENSION.

No hay en toda la teoría de la posesion una cosa que parezca poder ser determinada con mayor facilidad y acierto que las cualidades del *acto corporal* (la aprehension), que es necesario para la adquisicion de la posesion: y sin embargo, no hay un punto en derecho romano que mas generalmente haya sido mal entendido. Todos los autores han considerado este hecho como un *contacto inmediato* del objeto, y no han admitido, por consiguiente, mas que dos especies, una de las cuales consiste en cojer con las manos las cosas muebles, y la otra en poner el pié sobre las inmuebles. Pero como el derecho romano nos presenta infinitos casos en los cuales se adquiere la posesion efectivamente por actos corporales, pero sin contacto inmediato no obstante, se ha considerado á estos últimos como actos simbólicos que representan por una ficcion de derecho la verdadera toma de posesion (*actus adscriti, aprehensio ficta*). Habiéndose adoptado esta opinion generalmente (1), jamás se ha creído necesario probar su exactitud, y por consiguiente todos los autores nos la presentan casi del mismo modo: nos bastará, pues, por lo respectivo á su historia, hacer observar que los glosadores la han adoptado, y que no se halla muy distante de hacer otro tanto el mismo Doneau.

Con todo, antes hemos probado (§. 5), que el derecho romano admite con frecuencia la posesion en casos en que la detencion natural no existe. No puede, pues, haber dudas sobre la posibilidad de una posesion ficticia, y todo se reduce á resolver la cuestion siguiente: ¿Hay efectivamente en la adquisicion de la posesion una ficcion como consecuencia de la cual puedan reemplazar á la verdadera aprehension actos simbólicos? No será necesario demostrar lo importante que es para la teoría encontrar una respuesta cierta á esta cuestion: pero las consecuencias prácticas que de ella dependen no son menos numerosas, aunque solo se trate en primer lugar de la esplicacion jurídica de los diversos casos que las fuentes del derecho reconocen espresamente como adqui-

(1) Decimos generalmente porque las excepciones son no solo insignificantes, sino que han quedado sin influencia. Por esto se han estraviado algunos á consecuencia de los erróneos principios del derecho natural, hasta creer que todo ello no depende mas que de la *manifestacion de la voluntad*. Tales son S. P. Gasser, *Diss de aprehensione possessionis*, Hal. 1731 (c. 1. 2).—Benito Pauw, *Diss de aprehensione possessionis*, Trajecti, 1737 (c. 1. 2).—Aun hallamos rastros mas antiguos de esta opinion, por ejemplo en Noodt (*Probab.*, 11, 6), que sostiene hasta la existencia de una controversia sobre la aprehension entre los jurisconsultos romanos.

siones de la posesion. Porque si dichos casos se basan únicamente en una ficcion de derecho, es solo una estricta consecuencia el haber de restringirlas por mas de un estilo, y nuestros juriscultos no han dejado de añadir otras restricciones acerca de las cuales guardan completo silencio los textos orijinales. Por esto escluyen todas las adquisiciones de esta especie cuando el acto es ilegal, y no merece por consiguiente las ventajas de una ficcion de derecho: lo mismo sucede cuando se adquiere la posesion, no por actos propios, sino de otra persona. Este modo de adquirir está restringido todavía simplemente á la transmision por *tradicion* de la posesion de otro, ó considerado como consecuencia de la propiedad que se debería adquirir siempre al mismo tiempo, si se quería adquirir la posesion de esta manera. Mas adelante trataremos de otras consecuencias de esta opinion, las cuales entran mas en detalles.

Toda esta opinion, considerada únicamente bajo un punto de vista general, parece muy inverosímil al reflexionar cómo se encuentran los actos simbólicos en otros puntos del derecho romano. La emancipacion, la manumision, la reivindicacion y todos los demás actos de esta naturaleza, en los cuales se hallan realmente formas positivas, son desde luego propios del derecho romano; al paso que no se empleaban semejantes formas positivas en ninguno de los actos jurídicos que estaban tambien en uso en otros pueblos, como la renta, el arrendamiento, etc. Ahora bien; la posesion en si misma es mucho menos jurídica que los actos de esta segunda especie, y orijinariamente nada jurídico tiene. Verdad es que se le da una doble relacion con el derecho, entre otros el de la *usucapion*, que tambien es una institucion peculiar exclusivamente del derecho romano: pero precisamente la duracion de la posesion es lo que debe suplir aqui lo que falta a esta última; no hay, pues, en esta relacion con el derecho civil motivo alguno para valerse de las formas romanas en la adquisicion de la posesion. Asi es que se obraría contra toda analogía si se admitiese que la adquisicion de la posesion debía tener lugar por actos simbólicos. Pero esta razon recibe mucha mayor importancia por la estensa aplicacion que debería hacerse de estos actos simbólicos. Si la opinion de los adversarios diese por resultado admitir la adquisicion por actos simbólicos solo en algunos casos especiales, aun podría concebirse, como efecto de la rareza misma de estos casos, que una inconsecuencia semejante se hubiese deslizado y conservado desapercibida en la manera de tratar el modo adquisitivo de la posesion. Pero no es así: en la mayor parte de los casos se adquiere, por el contrario, la posesion del modo que comunmente se hace pasar por simbólico. En cuanto á los bienes raíces, por ejemplo, la adquisicion simbólica debería tener lugar casi generalmente, porque es imposible andar sobre todas las partes de un fundo, y que todas las partes sobre las cuales no se ha puesto el pié no se consideren naturalmente aprehen-

didias; y en cuanto á los muebles, es lo cierto que raras veces sucede que se abarque exactamente toda la cosa con la mano y que se encierre en ella. Así, debiendo tener lugar precisamente en la mayor parte de los casos la adquisición por acto simbólico, tal como la adoptan, la inconsecuencia de que acabamos de hablar, no hubiera en verdad pasado desconocida de los juriconsultos romanos: una aplicación diaria debía mas bien habersele hecho notar.

Si se admite, pues, en derecho romano una aprehensión ficticia, si se atribuye toda adquisición de la posesión á un mismo acto corporal, nos será preciso determinar de distinto modo que del que todos hasta hoy lo han hecho tácitamente, la idea de este acto corporal; porque semejante suposición tácita por sí sola les ha obligado á adoptar una aprehensión ficticia. Para lograr una idea exacta, lo mas acertado será fijar el error mismo como punto de partida.

El que tiene una pieza de moneda en su mano, es sin duda alguna su poseedor; y de este caso y otros semejantes se ha deducido la idea de un *contacto corporal en general* que constituya la esencia de toda adquisición de la posesión. Pero este caso encierra todavía otra cosa que solo accidentalmente se halla unida á este contacto corporal: esta es la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa, y de escluir toda influencia extraña. Nadie negará que nuestro caso encierra ambas cosas, lo que nos prueba que su coexistencia es solo accidental, y que esta posibilidad es susceptible de existir sin contacto, así como tambien el contacto sin esta posibilidad. Decimos desde luego que la posibilidad es susceptible de existir sin el contacto, porque el que puede apoderarse en cualquier instante de una cosa que tiene ante sí, no es ciertamente dueño absoluto del mismo modo que si ya la hubiese cojido. En segundo lugar, decimos que el contacto puede existir sin posibilidad; porque el que se halla atado con cuerdas se halla en un contacto inmediato con ellas, y sin embargo mas facilmente se podría decir que ellas le poseen, que lo contrario.

Es, pues, esta *posibilidad física* la que como hecho debe estar contenida en toda adquisición de la posesión: por ella nos hallamos en estado de explicar de una misma manera todas las disposiciones particulares de los libros del derecho; en ella no se contiene el contacto corporal, y no nos queda ningun caso en que deba admitirse una aprehensión ficticia (1).

(1) En el análisis que se ha hecho de nuestro libro en la Allgemeine Literatur Zeitung, de 1804, núm. 42 se desecha toda nuestra opinión, y se adopta con los juriconsultos que han escrito hasta el día, el contacto corporal como condición de la posesión: se pretende que esta regla ha sido despues estendida en muchos casos especiales; pero no se cree que jamás se hayan extraviado hasta el punto de poderle sustituir la nuestra: mas esta obligación descansa sobre una petición de principio, puesto que no deducimos la calificación originaria de la condición de la posesión sino de los mis-

Podemos aducir dos pruebas históricas en apoyo de nuestra opinión: una general, la otra por las aplicaciones especiales que hallamos en las fuentes del derecho. Solo entonces será posible definir exactamente la idea del acto corporal que no hemos podido indicar aquí. Un pasaje de Paulo prueba de un modo general lo que hemos avanzado: este juriconsulto no enuncia un caso particular; pero establece sin ninguna restricción la regla general de que el contacto corporal no es precisamente necesario para la adquisición, y que la vista sola de una cosa presente basta ya (1). Por otra parte, no hay un solo testo que se espresase generalmente en favor de la necesidad de un contacto corporal. En efecto, no puede interpretarse en este sentido la espresión *adipiscimur possessionem corpore* (§. 13); el error sería muy palpable, como puede notarse, reflexionando que la misma espresión se halla en la pérdida de la posesión (§. 30), la cual ciertamente no exige el contacto corporal. *Corpus* es el acto exterior en oposición al acto interior (*animus*).

§. 15.

DE LA APREHENSION DE COSAS INMUEBLES.

Pasemos al exámen de diversas aplicaciones.

Primera cuestion. ¿Qué debemos hacer para adquirir la posesión de las cosas inmuebles (bienes raíces)?

Para adquirir esta posesión, es necesario, y bastante, *estar presente en los fundos*, sin que sea necesario ejecutar accion alguna.

«*Quædam mulier fundum (ita) non marito donavit per epistolam..... Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur fuisset cum epistola emitteretur: quæ res sufficiebat ad traditam possessionem.*»

Es evidente que la definición que hemos dado antes del acto corporal, tiene aquí una perfecta aplicación: el que se halla en

mas testos é infringiendo la regla por las aplicaciones. La que nosotros establecemos ha regido la materia desde un principio, aunque no tuvo en un principio toda su pureza y su concepción general, sino solo una aplicación limitada á ciertos casos: los juriconsultos posteriores no han hecho mas que explicarla con mayor claridad y purgarla de lo que tenían de accidental sus aplicaciones sin darle estension de modo alguno. Considérese tan solo los términos en que se explican los juriconsultos romanos con respecto á un verdadero *jus singulare*, y se verá que no se trata aquí de un *jus singulare*.

(1) L. 1, §. 21, D. de poss. «Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.» Todos los M. S. dicen *actus*, palabra que conviene igualmente bien. (Wieling, Lect. 1. 19). Pero la palabra *tactu* que apenas puede llamarse una enmienda da un sentido mucho mas preciso, y tambien está confirmada por las Basílicas. T. Faber, Err. pragm. 75. 2.—Nood, Probab. 11, 6.—Wenck, De trad. p. 48.

un fundo puede en cualquier tiempo, no solo obrar como mejor le parezca, sino tambien escluir á cualquier otro. Pero ambas cosas pueden verificarse por él, no solo en cuanto á la parte de terreno sobre la cual se halla, sino tambien en cuanto al fundo entero, y no es la accion de andar la que constituye para nosotros la posesion del fundo, sino la proximidad inmediata que nos pone en estado, no solo de sentar en cualquier ocasion los pies sobre cada parte del fundo, sino tambien de obrar en este conforme á nuestra voluntad.

«Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire.....»

Igual razon nos prueba que no es tampoco necesario entrar en el fundo; porque el que se halla al lado de él y de modo que la vista se estiende sobre la totalidad, no tiene menos poder sobre el fundo que el que ya ha penetrado en él.

«Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstrat, vacuamque se tradere possessionem dicat: non minus possidere caepi, quam si pedem finibus intulissem.»

Todo lo cual se halla en la mas intima conexion con la definicion que hemos dado del acto corporal: nuestros jurisconsultos han adoptado siempre aquí una ficcion de derecho que supliria á la única adquisicion verdadera que consiste en el acto corporal. Pero la glosa para librarse de dificultades, ha tomado otro medio muy notable: segun ella, no es preciso considerar como hecho exigido en la adquisicion de la posesion el *contacto corporal*, sino la *conviccion adquirida por el sentido* de la realidad del objeto que se vá á poseer; ahora, bien, dice, hay cinco sentidos, cada uno de los cuales, por ejemplo, *la vista*, puede hacer adquirir la posesion: de lo que deduce que mirando un objeto, puede adquirirse su posesion aun cuando estuviese distante *per decem miliaria*.

Así, pues, la *presencia corporal* es la que nos pone en estado de tratar la cosa conforme á nuestra voluntad: pero ¿qué sucede si otra persona está al mismo tiempo presente y quiere tambien la posesion de la cosa? Es claro que la presencia del uno pone un impedimento á la posesion del otro, y no hay mas que dos medios para quitar este impedimento: la *voluntad* de uno de ellos y la *violencia*.

La *voluntad* de uno de ellos hace tambien posible la posesion en toda *tradicion*. El comprador introducido en el fundo por el vendedor, se halla en las mismas relaciones físicas que este último con la cosa que se trata de adquirir: y el vendedor tiene hasta este momento la voluntad de permanecer en la posesion. Pero declarando que el comprador debe tener en adelante la posesion, cuantos obstáculos producía su presencia, desaparecen por su propia voluntad. A esta circunstancia se refieren en el texto que

en último lugar hemos citado, las palabras «*vacuamque se possessionem tradere dicat.*»

Pero á mas de la *voluntad* de uno de los dos, tambien puede la *violencia* hacer desaparecer el obstáculo de su presencia: porque es evidente que el poder del poseedor está decidido cuando se hace dueño de la resistencia de otro no menos que cuando no existe resistencia de ninguna especie. Tal es el contenido del siguiente párrafo.

«Species inducendi in possessionem alicujus rei est, prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem jubet: quod multo plus est quam restituere.»

Las Basílicas, la Glosa y Cujacio hacen referir este pasaje al pretor, que ejecuta un juicio por la introduccion en la posesion; pero ni los términos ni el sentido nos autorizan á restringirlo así; y se debe por consiguiente entender en general de cualquier otro caso en que se hace y se vence la resistencia.

De modo que la presencia corporal constituye el verdadero acto que nos ofrece la adquisicion de la posesion de una cosa inmueble. Pero para no dejar lugar á alguna mala inteligencia, llamamos inmediatamente aquí la atencion sobre una verdadera restriccion que debe ponerse á esta regla y que no podremos probar hasta la tercera seccion. La posesion de una cosa inmueble no se pierde mas que cuando el poseedor ha tenido conocimiento de ello, y como una cosa no puede tener mas que un poseedor (§. 11), debe aplicarse nuestra regla de la manera siguiente: O la cosa tenia hasta entonces otro poseedor, ó no lo tenia (*vacua possessio*). En el último caso, no sufre restriccion alguna nuestra regla: pero en el primero, el hecho por sí solo no dá todavía la posesion; es además preciso que el poseedor actual haya tenido conocimiento. Mas nuestra adquisicion se verifica ó contra su voluntad (*dejectio*), ó con voluntad suya (*traditio*); y en esta última hipótesis puede, ó estar presente (*inducere in possessionem*) ó ausente (*mittere in possessionem*).

§. 16.

DE LA APREHENSION DE COSAS MUEBLES.

Segunda cuestion. ¿Cómo se adquiere la posesion de una cosa mueble?

No hay duda alguna en que la posesion de una cosa mueble se adquiere cuando se coge materialmente: por esto lo suponen tácitamente los fundamentos del derecho. No entraremos por consiguiente sino en el examen de los casos en que se adquiere la posesion sin tomar la cosa materialmente.

Haremos observar desde luego que tanto con respecto á las cosas muebles como con respecto á las inmuebles, la *presencia in-*

mediata puede reemplazar sin ninguna ficción de derecho, á la toma real de la cosa, y es por tanto del todo indiferente que la cosa se tome verdaderamente ó que pueda ser cogida en cualquier ocasión.

Esta especie de aprehension es la mas comun cuando la estension ó el peso de la cosa son tan considerables que no es posible hacerla cambiar fácilmente de lugar. Esto es lo que nos enseñan los siguientes párrafos.

1. L. 79, D. de solutionibus.

«Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam: efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat; nam tum quod á nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi, et quodam modo manu longa tradita existimanda est.» En este caso, el poseedor actual es el único que puede impedirme disponer de la cosa á gusto mio: pero de él es exactamente de quien dice el texto de un modo espreso que sus actos han reconocido mi posesion.

2. L. 1, §. 21, D. de poss.

«Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in presentia sit; videri mihi traditam Prissus ait» (esto es, á mi mismo, no solo á mi mandatario por quien podría en verdad adquirir tambien la posesion): «idemque esse si nummos debitorem jusserim alii dare: non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu: et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt» (esto es, no fácilmente, no por un solo hombre; porque estas cosas no por eso dejan de ser muebles) «ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re presentia consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint.» (mas adelante hablaremos de este último ejemplo).—El sentido de este pasaje es el siguiente: así como este acto basta en las cosas que no admiten otro fácilmente, debe bastar tambien para todos los demás objetos muebles (argumento esse eas res, etc.).

3. L. 31, §. 1, D. de donat.

«Species extra dotem à matre filia nomine viro traditas, filia quæ præsens fuit donatas, et ab ea viro traditas videri respondit.»

4. L. 51, D. de poss. (Javoleno, lib. V, ex Posterioribus Labeonis).

«Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emerò, et eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne hæc ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et euilibet jusserim, custodia tradatur: in eo puto hanc quæstionem consistere, an etiamsi corpore acervus aut amphoræ adprehensæ non sunt, nihilominus traditæ videantur: nihil video interesse utrum ipse acer-

vum, an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit æstimanda.» La union interior de las diversas partes del pasaje de Javoleno es esta. «Labeon dice que se adquiere de un modo incorpóreo la posesion de ciertas cosas, por ejemplo, la de una pila de leña que se ha comprado, con el establecimiento de un guarda; y que lo mismo sucede con el vino adquirido por la compra. Añade que podría sin embargo considerarse muy bien de este modo la adquisicion como una tradicion corporal, porque nada importa, segun él, que el comprador ejerza la vigilancia por sí mismo ó que la confie á otro. Por mi parte (dice Javoleno) (1) soy de parecer que no es preciso enteramente hacer entrar en la cuestion que nos ocupa el establecimiento del guarda; porque se trata únicamente de saber si en este caso está cumplida la tradicion, aunque ni la madera ni los cántaros de vino hayan sido corporalmente cogidos. Mas es cierto que la tradicion está cumplida, y puede decirse por esta causa que en todo caso, la posesion se adquiere aquí de una manera en cierto modo incorpórea (con sustituto ó sin el).

5. L. 14, §. 1, De periculo et comm. rei vend.

«Videri autem trabes traditas quas emtor signasset.»—La colocacion de la señal no constituye un elemento de la aprehension en este caso; no se ha hecho mención de ella mas que por seguir un uso generalmente recibido y que puede servir para demostrar la intencion de las partes. Esto nos explica el motivo por el cual en un caso que presenta con toda exactitud el mismo acto corporal, se establece precisamente lo contrario.

6. L. 1, C. de donat (Severus et Antoninus).

«Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.»

Hé aquí cómo nos esplicamos este texto. Lucio á quien el restricto se dirige, debía recibir en donacion algunos esclavos de una persona que habia comprado estos esclavos y poseía todavia la escritura de venta. Lucio vino á buscar á este donante que declaró, en presencia de los esclavos, su intencion de hacerle la donacion y le entregó al mismo tiempo el testimonio de la compra. Pero los esclavos permanecieron aun en poder de su antiguo dueño que no tardó en arrepentirse de su liberalidad y rehusó entregarlos, pretendiendo que no habian hecho mas que concertarse sobre el proyecto de donacion que no habia sido ejecutado. Si esta pretension fuese fundada, es cierto que Lucio no tendria

(1) Esta es la division ordinaria, y, segun creemos, tambien la del texto tal como debe ser. En las dos primeras ediciones hemos admitido que la opinion emitida por Javoleno empezaba con las palabras sed videamus. Wenck, Diss. de trad., p. 56, refuta victoriosamente este modo de leer; pero comprende mal todo el pasaje y le interpreta del modo mas á propósito para hacerle concordar con su opinion.

actio in rem y tal vez ninguna otra accion por causa de la *lex Cincia* y porque no había mediado estipulacion. Todo, pues, dependía de la intencion de las partes para ejecutar inmediatamente una verdadera donacion: si esta intencion se hubiera justificado, nada mas faltaba á la tradicion, porque los esclavos habían estado presentes. Lucio pidió dictamen á los emperadores que le respondieron que la entrega de la escritura de compra probaba la intencion de ejecutar inmediatamente una verdadera donacion, y que habiéndose verificado realmente la tradicion y la trasmision de la propiedad había una accion de reivindicacion contra el donante.—Interpretado de este modo el texto, contiene una esplicacion de nuestra regla, y demuestra que cuando la intencion está fuera de toda duda, la sola presencia de la cosa basta para que tenga efecto la aprehension y que por otra parte no se puede exigir ningun otro acto corporal. Es verdad que estamos obligados á suponer en nuestra esplicacion la presencia de los esclavos, circunstancia de la cual no habla el rescripto; pero esta es una decision para un caso único, cuyas condiciones debemos indagar nosotros, y nuestra hipótesis es natural lejos de ser forzada (1), especialmente conviene muy bien con la *in rem actio* de que se hace mencion al fin del pasaje, y que nos demuestra hasta la evidencia que el donante se halla en posesion de los esclavos. Cualquiera otra aplicacion de nuestro texto necesita igualmente algunas hipótesis mucho mas arbitrarias y atrevidas que la nuestra.

La regla de que solo la presencia sin contacto puede hacer adquirir la posesion, presenta aun las aplicaciones y modificaciones siguientes:

En primer lugar: Cuando hago entregar á un tercero la cosa de que otro me quiere hacer tradicion, la posesion jurídica ha sido efectivamente transmitida á mí y de mí á un tercero. Este principio se funda en una simple aplicacion de nuestra regla: porque permitiéndome disponer de la cosa (presente), el otro hace que venga á ser yo tan absoluto dueño como si en realidad la hubiese cogido: además yo ejerzo efectivamente mi poder sobre ella, encargando á éste entregarla á un tercero. La sencillez del acto exterior, que tiene lugar en este caso, puede con facilidad

(1) En las dos primeras ediciones habíamos adoptado con Fulgoso (cp. Obrecht, *De possess.*, §. 280) un *constitutum possessorium*. Pero tal convencion reposa sobre una hipótesis que no halla apoyo alguno en el texto mismo, y los esclavos pueden muy bien haber quedado por casualidad en la casa de su antiguo dueño, esto es, no haber salido con su nuevo señor Lucio. La interpretacion que damos, era la dominante entre los glosadores. La *Glosa interlin.* anon. (M. S. Paris, 4523, 4528) añade á la palabra *mancipiorum*: «præsertim in traditione, sicut dicitur de claribus traditis coram horreo.»—La *Glosa de Pillio* (M. S. Paris, 4536) dice: «Sed nunquid est hoc intelligendum quando mancipia absunt; respondeo nequaquam, sed cum præsentialiter adsunt, ut ff. de rei ren. hæc si res Pi.» Accurse, v.^o *instrumentis*. «Sc. præsentialibus servis datis.»

hacer perder de vista lo que el acto jurídico tiene de complejo.

En segundo lugar: La presencia no dá en general la posesion mas que cuando es posible apoderarse de la cosa al punto mismo. Así el que persigue á una bestia salvaje, aun no tiene la posesion, aunque pueda estar muy próximo á ella; aun cuando la haya herido mortalmente, pueden ocurrir todavía mil accidentes que le impidan apoderarse de ella (*multa accidere possunt, ut eam non capiamus*), y en este último caso la posesion no está aun adquirida, á pesar de que hay algunos juriscultos romanos que pretenden lo contrario. Segun lo cual la bestia salvaje debe realmente ser cogida ó muerta para que se pueda adquirir su posesion.

En tercer lugar: Cuando la cosa se halla en un edificio cerrado, se supone perfecta la tradicion, y por consiguiente adquirida la posesion desde que ha tenido lugar la entrega de las llaves. Es muy natural que las llaves hayan parecido en todos tiempos llaves simbólicas, y no sería necesario ir mucho mas lejos para asegurar que cualquier otra cosa podia haber sido empleada lo mismo que las llaves, y que estas no han sido nombradas en derecho romano mas que para servir de ejemplo. En verdad es imposible negar que pueden considerarse las llaves como cualquiera cosa distinta, como simple simbolo; y apenas podrá comprenderse un objeto distinto en la entrega de las llaves de una ciudad hecha por sus magistrados al rey que vá á entrar en ella.

Pero las llaves sirven además para otro uso casi mas frecuente aun que el primero: el de abrir una cosa que está cerrada; y vamos á probar que solo de este uso es del que se trata aquí.

Acabamos de probar en efecto que la sola presencia basta igualmente en las cosas muebles para que la aprehension exista, y que no es necesario coger materialmente el objeto que se quiere aprehender. Pero es además preciso que el *animus* se una á cada hecho para verificar la adquisicion de la posesion, y en la mayor parte de los casos este *animus* no se puede establecer sino por induccion, porque rarísimas veces se explica en términos expresos. Ahora bien: cuando se vende un fundo, el comprador puede con frecuencia entrar en él con el vendedor, sin que este tenga intencion de transmitir la posesion ni el otro la intencion de adquirirla. Lo mismo sucede con los muebles: cuando las partes están de acuerdo en la venta y en presencia de la cosa, se puede verificar, aun cuando el comprador no tenga intencion de adquirir la posesion, si se encuentra en un edificio cerrado, cuya llave no tiene; porque á cada momento puede verse imposibilitado para servirse de la cosa. Hé aquí por qué no se considera la posesion como adquirida hasta tanto que se ha efectuado la tradicion de las llaves.

1. L. 9, §. 6, D. de *adquirendo rerum dominio*. (§. 45, J. de *rer. div.*)

«Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem.»

2. L. 1, §. 21, D. de poss.

«..... et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint.»

Aun cuando el comprador pone su sello sobre la mercancía, la posesion no está adquirida sin la tradicion de las llaves, aunque tal acto pueda muy bien constituir la aprehension de las cosas que no están encerradas.

1. L. 1, §. 2, D. de peric. et com. rei vend.

«Si dolum signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est: magis enim ne symmetetur signari solere, quam ut traditum videatur.»

2. L. 14, §. 1, eod.

«Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.» Porque tan comun es conservar la madera de construccion en lugares no cerrados, como sería extraordinario conservar el vino en un paraje abierto. Así, en todos estos casos, se admite conforme á una presuncion muy verosimil, que las partes no han querido la tradicion hasta la entrega de las llaves; pero no produciendo el *animus possidendi* efecto alguno naturalmente sin la aprehension, todos estos textos que solo se ocupan de la cuestion de si la intencion de verificar la tradicion debe ser presunta ó verdadera, reposan sobre la suposicion de que no falta nada á la aprehension; esto es, que la entrega de las llaves se ejecuta en presencia de la cosa. Tambien los compiladores han tenido cuidado de prevenir por el siguiente pasaje cuantas dudas pudieran nacer con respecto á este punto.

L. 74, contr. emt.

«Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint:» (lo que va á seguir es sumamente á propósito para aclarar y confirmar los principios que hemos establecido sobre la aprehension) «quo facto, confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.»—Lo que quiere decir que el que está separado de las cosas por una puerta cerrada, no las posee mas que quien está distante: pero que si tiene la llave, puede en cualquier tiempo tomar las cosas, é importa muy poco que lo haga efectivamente, y aun que abra la puerta, para adquirir la posesion de la cosa.

§. 17.

CONTINUACION.

Se puede, pues, adquirir la posesion de cosas muebles sin tomarlas materialmente, con tal que la cosa esté presente (§. 16). Pero la misma adquisicion se verifica aun de otra manera. El que

conserva en efecto una cosa en su casa, puede haber adquirido la posesion sin que haya venido á unirse al de la adquisicion ningun otro acto.

L. 18, §. 2, D. de poss.

«Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo juserim; possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.»—No se supone en este pasaje que la venta haya sido concluida en presencia de la cosa, ni que el comprador se haya encontrado en su casa cuando la cosa ha sido depositada en ella: así el depósito en casa del comprador ha sido el hecho por el cual se ha adquirido la posesion. Tambien el jurisconsulto observa espresamente que no es necesario que las gentes del comprador hayan recibido la cosa en su nombre (*quamquam id nemo dum attigerit*), circunstancia en que hubiera podido hallarse la causa de la posesion.

L. 9, §. 3, D. de jure dot.

«.....quid enim interest, inferantur volente et in donum ejus, an eis tradantur?»

El motivo para esta regla es fácil de descubrir. Cada cual tiene en su casa un poder mas seguro que en todos los otros bienes; y este poder le da la *custodia* de todas las cosas que la casa contiene. Es cierto que tal ha sido el modo de ver de los jurisconsultos romanos, y lo que nos lo prueba es que en otro caso semejante, la posesion se niega precisamente por falta de *custodia*. De lo que fácilmente se deducen las condiciones de la adquisicion, que el testo citado no espresa.

Como lo único que importa consiste en hacer uso uno mismo del edificio de que se trata, podemos decir:

1.º Que esta adquisicion no depende ni de la propiedad, ni de la posesion jurídica del edificio; así es que el inquilino de una casa ó de un almacén puede adquirir de este modo la posesion, aunque no tenga ni la propiedad ni la posesion jurídica del edificio: porque no admite duda que aun sin disfrutar de estos derechos, hay la *custodia* de todo cuanto se encuentra en el edificio.

2.º Que esta adquisicion es por el contrario imposible para el que no hace uso del edificio personalmente, aunque tenga la propiedad ó la posesion. Así es que el propietario de una casa alquilada no puede adquirir ninguna posesion por el mismo motivo, porque está concedida al que la habita; bien que el propietario no ha abandonado en este caso la posesion jurídica de esta última.—La segunda proposicion nos facilita la interpretacion del siguiente pasaje, que sin ella podría dar lugar á dudas sobre la exactitud de nuestra regla (1): «qui universas ædes possidet

(1) L. 30, pr. D. de poss. La glosa y la mayor parte de los jurisconsultos modernos entienden por las palabras *res quæ in edificio sunt*, los materiales que entran en la construccion de una casa. El testo no ofrecería entonces duda alguna, pero la esplicacion es forzada en sí misma.

«Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem.»

2. L. 1, §. 21, D. de poss.

«..... et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint.»

Aun cuando el comprador pone su sello sobre la mercancía, la posesion no está adquirida sin la tradicion de las llaves, aunque tal acto pueda muy bien constituir la aprehension de las cosas que no están encerradas.

1. L. 1, §. 2, D. de peric. et com. rei vend.

«Si dolum signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est: magis enim ne symmetetur signari solere, quam ut traditum videatur.»

2. L. 14, §. 1, eod.

«Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.» Porque tan comun es conservar la madera de construccion en lugares no cerrados, como sería extraordinario conservar el vino en un paraje abierto. Así, en todos estos casos, se admite conforme á una presuncion muy verosimil, que las partes no han querido la tradicion hasta la entrega de las llaves: pero no produciendo el *animus possidendi* efecto alguno naturalmente sin la aprehension, todos estos textos que solo se ocupan de la cuestion de si la intencion de verificar la tradicion debe ser presunta ó verdadera, reposan sobre la suposicion de que no falta nada á la aprehension; esto es, que la entrega de las llaves se ejecuta en presencia de la cosa. Tambien los compiladores han tenido cuidado de prevenir por el siguiente pasaje cuantas dudas pudieran nacer con respecto á este punto.

L. 74, contr. emt.

«Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint:» (lo que va á seguir es sumamente á propósito para aclarar y confirmar los principios que hemos establecido sobre la aprehension) «quo facto, confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.»—Lo que quiere decir que el que está separado de las cosas por una puerta cerrada, no las posee mas que quien está distante: pero que si tiene la llave, puede en cualquier tiempo tomar las cosas, é importa muy poco que lo haga efectivamente, y aun que abra la puerta, para adquirir la posesion de la cosa.

§. 17.

CONTINUACION.

Se puede, pues, adquirir la posesion de cosas muebles sin tomarlas materialmente, con tal que la cosa esté presente (§. 16). Pero la misma adquisicion se verifica aun de otra manera. El que

conserva en efecto una cosa en su casa, puede haber adquirido la posesion sin que haya venido á unirse al de la adquisicion ningun otro acto.

L. 18, §. 2, D. de poss.

«Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jussim; possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.»—No se supone en este pasaje que la venta haya sido concluida en presencia de la cosa, ni que el comprador se haya encontrado en su casa cuando la cosa ha sido depositada en ella: así el depósito en casa del comprador ha sido el hecho por el cual se ha adquirido la posesion. Tambien el jurisconsulto observa espresamente que no es necesario que las gentes del comprador hayan recibido la cosa en su nombre (*quamquam id nemo dum attigerit*), circunstancia en que hubiera podido hallarse la causa de la posesion.

L. 9, §. 3, D. de jure dot.

«.....quid enim interest, inferantur volente et in donum ejus, an eis tradantur?»

El motivo para esta regla es fácil de descubrir. Cada cual tiene en su casa un poder mas seguro que en todos los otros bienes; y este poder le da la *custodia* de todas las cosas que la casa contiene. Es cierto que tal ha sido el modo de ver de los jurisconsultos romanos, y lo que nos lo prueba es que en otro caso semejante, la posesion se niega precisamente por falta de *custodia*. De lo que fácilmente se deducen las condiciones de la adquisicion, que el testo citado no espresa.

Como lo único que importa consiste en hacer uso uno mismo del edificio de que se trata, podemos decir:

1.º Que esta adquisicion no depende ni de la propiedad, ni de la posesion jurídica del edificio; así es que el inquilino de una casa ó de un almacén puede adquirir de este modo la posesion, aunque no tenga ni la propiedad ni la posesion jurídica del edificio: porque no admite duda que aun sin disfrutar de estos derechos, hay la *custodia* de todo cuanto se encuentra en el edificio.

2.º Que esta adquisicion es por el contrario imposible para el que no hace uso del edificio personalmente, aunque tenga la propiedad ó la posesion. Así es que el propietario de una casa alquilada no puede adquirir ninguna posesion por el mismo motivo, porque está concedida al que la habita; bien que el propietario no ha abandonado en este caso la posesion jurídica de esta última.—La segunda proposicion nos facilita la interpretacion del siguiente pasaje, que sin ella podría dar lugar á dudas sobre la exactitud de nuestra regla (1): «qui universas ædes possidet

(1) L. 30, pr. D. de poss. La glosa y la mayor parte de los jurisconsultos modernos entienden por las palabras *res quæ in edificio sunt*, los materiales que entran en la construccion de una casa. El testo no ofreciera entonces duda alguna, pero la esplicacion es forzada en sí misma.

(*possedit*) *singulas res, quæ in ædificio sunt non videtur possedisse:* quiere decir que la posesion jurídica de la casa no lleva consigo tambien la de los diversos objetos que se hallan en el edificio, de modo que no se puede deducir esta posesion de aquella: cosa muy natural, puesto que se puede ser poseedor de una casa sin habitarla por sí mismo; por ejemplo, cuando se ha alquilado al vendedor despues de comprársela (*constitutum possessorium*). Pero la aparente contradiccion de este testo con nuestra regla, puede desaparecer aun de otro modo. Porque el que adquiere la posesion de una casa, por ejemplo, por la espulsion del poseedor actual, puede muy bien ignorar la existencia de diversos objetos que se hallan en el edificio, y en este caso no los posee, puesto que le falta la intencion de poseerlos (*animus possidendi*).

Los pormenores en que hemos entrado para aclarar nuestra regla, nos servirán para la decision de otro caso que tiene mucha semejanza con el nuestro: hablamos de la posesion de los tesoros. En la teoria de la propiedad se entiende por tesoro cualquier cosa preciosa oculta, y que puede ser considerada como *sin dueño* por la duracion del tiempo que ha permanecido en tal estado (1): esta restriccion es aquí muy natural, porque sin ella no podria haber causa para un modo particular de adquirir la propiedad; de manera que el descubrimiento de un tesoro solo bajo esta condicion entra en la teoria de la propiedad. Sucede todo lo contrario en la posesion para la cual la propiedad de otro es en un todo indiferente: cualquier dinero enterrado es considerado para ella como tesoro, y de ningun modo importa que se llegue ó no á encontrar el propietario: esta es la razon porque los juriconsultos romanos usan de la palabra *thesaurus* en uno y otro caso indistintamente; y esta terminologia es tan natural, que ni siquiera juzgan necesario mencionarla espresamente. La glosa y los juriconsultos modernos se conducen de distinto modo: distinguen en los textos del derecho romano relativos á los tesoros un *thesaurus* en sentido lato, y otro en sentido estricto; lo que es bastante por sí solo para introducir la confusion en las tan sencillas reglas de los juriconsultos romanos.—En fin, es tambien evidente que un tesoro no se diferencia en derecho de ninguna otra cosa mueble oculta en un fundo, y que no se trata por consiguiente en las fuentes del derecho de la posesion de los tesoros, sino porque da lugar esta materia á casos muy frecuentes é importantes.

Así cuando se entierra un tesoro ó cualquiera otra cosa mueble en un fundo, ¿el poseedor de este fundo, adquiere por solo esto la posesion? ó en otros términos: ¿la accion de enterrar, constituye el hecho que, unido á la intencion, produce realmen-

(1) *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat sic enim fit ejus, qui invenit, quod non alterius sit.* L. 31, §. 1, D. de *acquir. rer. dom.*

te la posesion? Este caso ofrece con el que acabamos de explicar la semejanza de que una cosa mueble está unida á una inmueble, sin formar por esto parte de la última: porque cuando la cosa oculta se deposita en la habitacion, esta union hace adquirir la posesion: parece, pues, consiguiente designar en este caso el mismo efecto cuando poseemos el fundo. Pero el motivo por el cual se adquiria la posesion de la cosa mueble en el caso del edificio, consistia en la *custodia* especial que no es posible en este caso; y hé aquí la razon porque en el ejemplo puesto por nosotros, no se concede la posesion de un tesoro al poseedor del fundo (1). Así, para adquirir esta posesion, debe este, como cualquier extraño, *desenterrar*, sacar el tesoro, y entonces adquiere la posesion del modo comun, ó cogiéndolo, ó por la presencia inmediata (§. 16). Tal es el contexto de los siguientes pasajes del derecho romano:

1. L. 15, D. *ad exhibendum*.

«*Thesaurus meus* (2) *in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere; cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum, eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait: quia neque possideris eum, neque dolo feceris quo minus possideres.*»

2. L. 44, pr. D. *de poss.*

«..... eum, si alius in meo condidisset (pecuniam) non alias possiderem quam si ipsius rei possessionem (3) *supra terram adeptus fuisset*.....»

3. L. 3, §. 3, D. *de poss.*

«*Neratius et Proculus, (et) solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.*

Neracio y Próculo dicen que no se puede adquirir la posesion por solo la voluntad, sino cuando existe de antemano lo que hay de fisico en toda posesion; la detentacion.

(1) *Quid*; si el tesoro ha sido enterrado en nuestra casa? Es preciso distinguir: si sabemos donde está colocado, somos poseedores sin *desenterrarle*; *quia est sub custodia nostra*: pero si no conocemos este lugar, y si solo sabemos que existe tal tesoro en nuestra casa, aun no somos poseedores, puesto que el acto de encontrarlo depende de una mera casualidad. Tambien hay una diferencia en cuanto á los tesoros entre la casa y el fundo de tierra. Se engaña Pfeiffer, *Recht der Kriegseroberung* (Cassel, 1823), p. 17. cuando niega esta diferencia: y no se comete menos error al sostener que podemos adquirir la posesion de una cosa que hemos comprado, haciéndola depositar no en nuestra propia casa, sino en un fundo ageno. (Ad á la 6.ª ed.)

(2) No se trata aquí del *thesaurus* de que se habla al tratar de la adquisicion de la propiedad. La misma observacion se aplica al testo siguiente.

(3) La palabra *possessio* está tomada aquí en el sentido de posesion natural, y el término *possessionem adipisci* está empleado como condicion del *possidere* (juridico) así como en otros textos se hace uso del término *naturalis possessio* para espresar la misma condicion. L. 3, §. 3, 13, D. *de poss.*

Ideo que si thesaurum in fundo meo positum sciam continuo me possidere simulatque possidendi affectum habuero; quia quod desit naturali possessioni, id animus implet (1). Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est rerum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat: sed et si sciat non capiet

Sacan en consecuencia que el poseedor de bienes raíces puede adquirir por solo la voluntad, la posesion de un tesoro enterrado en ellos; dicen que la detentacion existe ya y que lo que aun falta á la simple detentacion es el *animus possidendi* que se une á ella precisamente. La opinion de Bruto y Manilio, segun la cual el tesoro formaria ya parte del fundo y seria por consiguiente usucapido con el último, aun cuando el poseedor nada supiese del tesoro, es falsa indudablemente segun la opinion que antes hemos indicado: porque no se puede decir seriamente que el tesoro forma parte del fundo: de lo que se deduce que no se posee al mismo tiempo que el fundo por el poseedor del último: antes al contrario este debe tener conocimiento de la existencia del tesoro: aun cuando tenga conocimiento, no pue-

(1) Hé aqui la explicacion de este texto: En primer lugar, se cita una regla general sacada de las obras de dos juriscultos y acerca de la cual no ocurría duda alguna: despues contienen dichas obras una aplicacion de esta regla á los tesoros; se da cuenta de una opinion contraria y se rebate, y por último se manifiesta y aprueba una tercera opinion sobre este caso.—Nuestros juriscultos han creído que la regla de Neracio se halla en completa contradiccion (real ó aparente cuando menos) con la aplicacion que hace: y este error proviene de dos causas. La primera es que á pesar de que se veía que el término *naturalis possessio* designaba aquí cuanto hay de físico en la posesion (el hecho), como se consideraba en este hecho un contacto corporal, no podía concebirse de qué modo era posible hablar de la *naturalis possessio* del tesoro: todo esto sin embargo conviene perfectamente si se entiende por el hecho la posibilidad de ejercer inmediatamente su influencia (la *custodia*) y esta es la que equivocadamente suponía Neracio. En segundo lugar se traducian las palabras *quod desit naturali possessioni* por «lo que falta aún á la existencia de la *naturalis possessio*»; pero la *nat. possessio* existe en su plenitud segun nuestro texto, y solo le falta la condicion exterior por la que viene á ser posesion jurídica.—Por esta razon, á las palabras «si non antecedit *naturalis possessio*» suple la glosa *vel aliud quod pro ea habeatur*. Despues se hizo referir la *naturalis possessio* á los fundos de tierra, diciendo que por medio de ellos se podía tener indirectamente la posesion del tesoro, aun cuando no se tuviese la *naturalis possessio* (Pablo de Castro, sobre el *Dig. nov. P. 1. fol. 56. ed. Lugd. 1548 en fol.*; despues Zasio Cujacio y otros muchos). Otros han caído en una falta mucho mas grave borrando el primer *non* (*solo animo non posse.*)

longa possessione: quia scit alienum esse (1). Quidam putant Sabinisententiam veriórem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit: quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio (2).

de usucapirlo, porque sabiendo su existencia, sabe tambien que pertenece á otro é incurre por consiguiente en mala fé.—Algunos son de parecer, segun Sabino, de que el poseedor de un fundo no puede adquirir por su sola voluntad la posesion del tesoro, sino que debe desenterrarlo, porque solo de este modo pasa bajo su custodia. Esta es la opinion verdadera.

(1) En todo este pasaje se entiende por *thesaurus* todo dinero generalmente enterrado, sin distinguir si tiene ó no dueño. Las palabras *quia scit alienum esse* no permiten entender este término mas que con respecto al tesoro sin dueño: pero se ha creído que solo significaba aquí el tesoro que aun se halla en la propiedad de otro; opinion que apoya Cuperó en una razon enteramente falsa (v. §. 33); pero que la mayor parte de los autores dejan en duda por las dos causas siguientes. A Porque se trata de la *usucapion* del tesoro, la cual, segun ellos, no seria necesaria para que se adquiriese la propiedad de una cosa sin dueño. Pero, antes de Justiniano, la *usucapion* debia unirse á toda ocupacion para cambiar la propiedad bonitaria en *justum dominium*: toda la duda nace de los errores comunes en que han caído relativamente á las conexiones de las *res nec mancipi* con la propiedad romana; errores que nadie ha destruido del todo mas que Hugo. B Por las palabras *quia scit alienum esse*. Vanamente han procurado defenderse contra este argumento, ya enmendando, ya interpretando (Bynkershoek, *Obs. VII. 1.*—Cuperó, *P. II c. 33.*—Man, *l. c. p. 343—345*). Esta es nuestra opinion: el fragmento supone que el poseedor del fundo no ha encontrado aun el tesoro, pero que sabe su existencia. ¿Cómo es esto posible? Solo cuando de un modo cualquiera ha sabido que se ha enterrado el tesoro; pero en tal caso tiene que saber tambien que el tesoro se halla en propiedad de otro. (L. 31, §. 1, D. *de adq. rer. dom. depositio—... ejus memoria non extat*). Se trata, pues, aquí de un tesoro que está en la propiedad de otro, no porque todo el pasaje trate solo de esto, sino porque el conocimiento de la existencia del tesoro no puede suponerse de otro modo.

(2) La glosa y casi todos los demas intérpretes consideran como muy singular esta decision, puesto que en otros casos, la *locomocion* de la cosa no se exige para adquirir la posesion, y que aun es imposible en muchas cosas, por ejemplo en los fundos. Por esto la mayor parte de los autores no entienden este pasaje mas que de un tesoro que se halla todavía en propiedad de otro (v. la nota precedente); dicen ellos que esta es la razon porque tanto aquí como en las L. 13, D. *ad exhibendum* y L. 44, pr. D. *de poss.*, la *locomocion* es particularmente necesaria para verificar la espulsion del poseedor actual: esta interpretacion tambien parte de principios erróneos. Odfred hace precisamente la distincion contraria, refiriendo el pasaje á un tesoro propiamente dicho, esto es, sin dueño, y exigiendo entonces el contacto para la adquisicion de todas las cosas sin dueño. «Quia possunt intervenire multi casus, quibus nostra non fiunt... praterca non est ibi aliquis, qui velit in me transferre possessionem.» Bynkerhoek (*Obs. VI. 1*) lee *loco notus* en vez de *loco motus* y así por medio de una correccion y una interpretacion completamente forzadas, se da como resultado un principio enteramente falso. Pero en este como en todos los casos en general la *presencia inmediata* de la cosa es lo que constituye la aprehension: como no es imaginable siquiera que uno desentierre un tesoro sin extraerle del suelo y llevarsele, podía sin duda indicarse la *locomocion* co-

§. 18.

DEFINICION MAS EXACTA DE LA APREHENSION.

Acabamos de probar por la interpretacion de los textos lo que antes habíamos supuesto, á saber: que la posibilidad de ejercer inmediatamente una influencia sobre la cosa, y no el contacto corporal, es lo que constituye la aprehension. De este modo desaparecen todas las aprehensiones ficticias, porque cuantos casos habia en que se admitia una de estas, siguiendo las hipótesis arbitrarias, están comprendidos sin escepcion en la aprehension natural tal como la hemos definido.

Pero la nocion misma de la aprehension, cuya realidad hemos demostrado, necesita ahora algunas aclaraciones: y procuraremos llenar este objeto muy fácilmente con la comparacion de algunos pasajes ya esplicados.

El que ha herido mortalmente una bestia salvaje, y la persigue muy de cerca, aun no es poseedor, mientras realmente no la ha cogido ó dado muerte; porque es posible todavía que por mil medios se escape completamente, y en tal caso no ha estado un solo instante en disposicion de ejercer á voluntad suya su influencia: condicion indispensable para la adquisicion de la posesion. Del mismo modo y por iguales motivos el propietario de un fundo no adquiere la posesion de un tesoro en él enterrado hasta que efectivamente lo ha sacado de la tierra; porque es muy posible tambien en este caso que otro encuentre el tesoro, y entonces no ha permanecido ni un solo instante en poder de dicho propietario.

Pero, al contrario, podemos adquirir la posesion de una cosa, únicamente por haber sido depositada en nuestra casa, aun hallándonos ausentes de ella: y con todo, no es imposible en este caso que otros ocupen la casa inmediatamente por violencia, y que tampoco hayamos tenido ni un momento la cosa en poder nuestro. Tambien es cierto que se puede transmitir la posesion de un fundo, desde lo alto de una torre próxima, y no es menos cierto que el nuevo poseedor tal vez no tendrá jamás un poder real sobre la cosa, porque en el mismo instante en que quiera en-

mo aprehension, tanto mas cuanto que se trataba en nuestro texto de esplicar el contraste con la opinion de Neracio que queria hacer adquirir la posesion por el simple conocimiento de la existencia del tesoro. Esta esplicacion justa de las palabras *nisi si loco motus sit* solo se halla entre los mas antiguos glosadores. *Glosa interlin.* (M. S. París 4458 a): G. (Guarnerio) vel pro moto habeatur veluti si coram positum thesaurum oculis et affectione videatur apprehendisse, sicut in aliis rebus ut l. e l. 1. *Glosa interlin.* (M. S. París 4455) vel pro moto habeatur veluti si præsens thesaurus oculis et affectu apprehendatur quod in possessione necessarium est. M. (Martino).—El resultado de los tres textos citados es absolutamente el mismo y del todo indiferente que el dinero enterrado tenga ó no dueño, y que haya ó no estado en posesion de otro hasta entonces.

trar en ella, otro que pretenda tambien la posesion, puede llegar y rechazarle con violencia.

¿Cuál es, pues, el motivo porque se edquiere la posesion en estos casos y no en los otros? La diferencia consiste claramente en que la posibilidad de ser escludido en un todo de la cosa aun antes de haberla tenido en realidad en su poder, está muy próxima en los primeros casos, y en los segundos tan distante que se desvanece del todo para el poseedor. Con facilidad se creerá que un animal herido se pierda para quien le hirió, y que las pesquisas para descubrir un tesoro serán infructuosas hasta que otro le prevenga: pero parecerá inverosímil que se viole á viva fuerza el domicilio, ó que un tercero que no se podia ver antes, llegue para apoderarse de la posesion en los pocos instantes que se tardan en ir al fundo próximo: nadie tomará en consideracion esta posibilidad. Unos de estos casos pueden producir la *conciencia del poder fisico*, mientras los otros la rechazan, y la nocion del acto por el cual se debe adquirir la posesion está enteramente determinada: la posibilidad de ejercer una influencia conforme á nuestra voluntad sobre la cosa, debe mostrarse *inmediata, presente*, en la persona del que quiere adquirir la posesion.

Lo que acabamos de decir nos dá al mismo tiempo para la idea material de la posesion (§. 9), una nueva expresion que nos presenta del modo mas fácil las ideas inherentes á la adquisicion y pérdida de la posesion. Toda posesion de una cosa reposa, en efecto, sobre la conciencia de un poder fisico ilimitado (1). Para que esta conciencia *reproduzca*, es preciso que el *animus* de tener la cosa como propia, exista (2): es preciso, ademas, que se reunan las condiciones físicas de la posibilidad de que debe nacer la conciencia (*corpus*). La posesion *continúa* por la continuacion de las mismas condiciones (*corpore et animo*), cuyo cumplimiento ha hecho que se adquiera; pero es muy natural que la continuacion de la posesion no exija este poder fisico é inmediato de que habia necesidad para hacer nacer la posesion; no reclama sino la *posibilidad* continua de *reproducir*, segun su voluntad, es-

(1) Cuando se explica este principio diciendo «el que cree tener el poder fisico en la cosa, tiene la posesion» nada es mas fácil que refutarlo, y en este sentido lo ha refutado realmente Zacarias. (*De poss.*, p. 27.) Pero creemos nosotros haber estado de tal modo atentos para evitar semejante mala inteligencia, que nada podremos añadir á la precision de nuestros términos. Hemos dicho muy positivamente que los hechos que pueden producir esta conviccion deben existir por necesidad, de modo que no se ha hecho mencion de tal conviccion sino relativamente á estos hechos; tanto para esplicar por qué son importantes, como para determinar mas exactamente la idea. Pero en lo concerniente á la continuacion de la posesion, hemos dicho con no menos precision que descansa en la posibilidad de una *reproduccion* todo lo que hace adquirir la posesion (1.ª ed. §. 29 y 32); posibilidad que no desaparece por la distancia de la cosa y el olvido de la posesion, sino porque se pierde el objeto, ó se tiene el *animus* *possidendi*.

(2) No puede tratarse aqui de la *posesion derivada* que no constituye mas que una modificacion de la *posesion originaria* (§. 9.)

ta relacion inmediata. Tal es la razon por la que no perdemos la posesion que hemos adquirido una vez, por el mero hecho de alejarnos de la cosa, aunque la relacion fisica en que nos encontramos entonces con el objeto, no bastaria para procurarnos la posesion: y ciertamente no podria tener aplicacion esta diferencia entre las condiciones fisicas de la adquisicion y de la continuacion, sin esta referencia á la *conciencia* del poseedor.

Este modo de considerar servirá tal vez para conciliar las controversias que han ocurrido sobre la naturaleza de la aprehension. En efecto, ya hemos hecho observar antes (§. 14.) que la mayor parte de los autores consideran como ficticia, como artificial, toda aprehension que no se ejecuta por la toma corporal de la cosa, de modo que muchos de ellos no la admiten mas que en los casos de la tradicion, ó solo por causa de la propiedad. Otros tienen verdaderamente una idea justa de la aprehension en general, pero sin embargo admiten una diferencia, segun que se trata de la posesion de que uno se apodera, ó de la tradicion. Semejante distincion puede ser admitida en efecto, con tal de que no se adapte al principio en sí mismo, sino á su aplicacion. Porque, cuando se pregunta bajo qué condiciones produce la presencia al mismo tiempo la conciencia del poder fisico, la respuesta dependerá principalmente y sobre todo por la intervencion de terceros, de multitud de circunstancias individuales. La conciencia de que hablamos, nacerá con mayor facilidad de la tradicion, porque la costumbre de verse en la posesion habrá formado para el poseedor anterior un sentimiento de seguridad, llevado al mas alto grado, acerca de su poder sobre la cosa; y porque el nuevo poseedor entra de una vez en esta seguridad, sucesivamente adquirida. De aquí resulta que un solo hecho exterior hará adquirir en la tradicion, en muchos casos, la posesion, y no sucederá lo mismo en la ocupacion. Si se atiende á estas reflexiones, desaparecerá en gran parte la disputa directamente práctica, puesto que en los mas de los casos, la cuestion de si la posesion está ó no adquirida, recibirá la misma solucion para las dos opiniones divergentes. No quedará, pues, mas que la contestacion sobre las ideas teóricas, sobre la base del sistema positivo de la posesion, y al mismo tiempo sobre algunas consecuencias prácticas que de él provienen, porque nuestros adversarios consideraran como ficticias muchas adquisiciones que nosotros creemos muy naturales, y exigen, en contraposicion con la naturaleza de la posesion, el cumplimiento de condiciones puramente jurídicas para que estas adquisiciones puedan verificarse. Los que mas se apartan de la verdadera opinion, son los que no quieren ver á veces en la posesion mas que una consecuencia de la propiedad. No solo trastornan el orden y la relacion natural de las ideas, sino que ni aun pueden invocar en su favor la letra de la ley, porque muchos textos sobre los que antes hemos establecido la idea general de la aprehension, no hablan en verdad mas que de

la tradicion; pero de ningun modo exigen que el que hace la tradicion haya sido propietario ó solamente poseedor de buena fé (*b. f. possessor*); no se adaptan, pues, ni mejor ni peor á casos en que se trata de la propiedad trasmitida, que á aquellos en que no se adquiere por la tradicion derecho alguno á la cosa.

Ahora es preciso apreciar todos los casos particulares de que el derecho romano no contiene una solucion espresa, con arreglo al principio general de la aprehension que hemos deducido prescindiendo de las varias decisiones dadas por los jurisconsultos romanos.

Supongamos que se trata de la posesion de un bien que en una estension muy considerable comprende muchas granjas, ¿basta en este caso entrar en uno de los extremos, para hacerse poseedor de todo el fundo? El derecho romano no hace mencion de este caso, porque los *fundi* de que hablan los jurisconsultos romanos no son sino pequeñas porciones de terreno que pueden abarcarse de una mirada. Segun nuestro principio, tal acto no ha hecho adquirir la posesion: esta no es posible mas que por actos que puedan producir y convencer del poder fisico sobre cada parte del fundo. Así los bienes que el derecho considera como un todo (*universitas*), están considerados en este acto que no tiene forma alguna jurídica, como una cosa complexa. No sucede lo mismo cuando, segun la opinion comunmente admitida, se hace adquirir la posesion de un fundo por actos simbólicos; su efecto debería estenderse sobre toda la cosa porque está considerada como una universalidad jurídica; y bajo este concepto, la posicion fisica y la estension no pueden crear ninguna diferencia.

§. 19.

DE LA ADQUISICION POR APREHENSION ANTERIOR.

La nocion del acto exterior que unido al *animus* nos da la posesion, está ya enteramente determinada. No nos resta mas que examinar el caso y el poder fisico que existia sobre la cosa antes de que se tratase de adquirir la posesion.

Es evidente que tambien esta vez se debe cumplir la segunda condicion de toda adquisicion, el *animus*; pero nada se exige en cuanto á la aprehension de que nos hemos ocupado únicamente aquí. En este sentido es en el que se puede adquirir la posesion por sola la intencion (*animus solo*); porque en el momento de la adquisicion no hay necesidad de hacer mas que dirigir su voluntad hácia este objeto.

Tambien está fuera de duda que en este caso la relacion fisica, tal como la que nos conserva la posesion ya adquirida, basta para hacer adquirir la posesion, con tal que haya sido precedida de otra aprehension. El caso mas importante que puede ocurrir aquí, es la tradicion llamada *traditio brevi manu*. Por este término se

comprenden dos cosas muy distintas, pues ya designa la traslacion de la propiedad, puesto que la posesion habia sido transmitida antes (este caso no nos interesa, porque no produce cambio alguno en la posesion), ó ya designa la trasmision de la posesion, puesto que el otro no tenia hasta entonces mas que la simple detentacion; caso en que se adquiere la posesion del modo que acabamos de indicar, y al cual se refieren los siguientes pasajes:

1. L. 9, §. 5, D. de adq. rer. dom. (§. 44. J. de rer. div.)

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam: veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio.»

2. L. 62, D. de evictionibus.

«Si rem quæ apud te esset, vendidissem tibi, quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet.»

3. L. 9, §. 9, D. de rebus creditis.

«Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi hæc posse ajunt; et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim cepit possidere.....»

En estos pasajes se trata desde luego de la trasmision de la propiedad, pero por un acto del que se dice: *per possessionem dominium queritur*; de modo que implican tambien una prueba para la posesion; esto es, que en estos casos no solo se trasmite la misma posesion juntamente con la propiedad, sino que tambien se puede transmitir la posesion por este medio, sin que se trasmita la propiedad; por ejemplo, cuando el vendedor no es el propietario, ó cuando aquel a quien se trasmite la cosa debe recibir una verdadera *possessio* por la fianza, el *precarium* ó el enfiteuta.

La tradicion hecha bajo condicion pertenece tambien a este modo de adquirir la posesion. Ninguna posesion inmediata es transmitida, pero desde que la condicion se cumple, se adquiere para sí la que hasta entonces no se ejercia mas que a nombre de otro.

L. 38, §. 1, D. de poss.

«..... existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur (1) neque aliter accipientis fiunt, quam conditio exstiterit.»

Debemos ahora observar que en todos los casos en que se adquiere la posesion por este medio, es preciso hacer una restriccion que no podremos explicar claramente hasta mas adelante.

(1) Quiere decir que así como hay una tradicion sin condicion para la propiedad (por consiguiente tambien inmediatamente para la posesion) existe igualmente una para solo la posesion, con independencia de toda relacion a la propiedad. Cp. L. 2, §. D. de don.—L. 38, pr. D. de damno inf.

En efecto, el que hace ejercer la posesion de cosas muebles por otras personas, no la pierde por solo la voluntad de estas personas: es necesario que un verdadero *furtum*, una *contractatio* se agregue á esto (sec. III); de lo que se sigue que tampoco el representante puede adquirir esta posesion mas que por *contractatio*, porque de otro modo habria dos poseedores de una misma cosa, y esta es una verdadera escepcion de nuestra regla.

§. 20.

DEL ANIMUS POSSIDENDI.

Ya hemos determinado completamente la calidad que debe tener el acto corporal por el cual se adquiere la posesion: pero á este acto debe unirse una intencion determinada (*animus*) para que la posesion pueda nacer realmente, y este es el punto de que nos vamos a ocupar aqui.

Esta voluntad consiste orijinariamente en la intencion de tratar como *propia* la cosa que debe formar el objeto de la posesion (*animus domini*); esta idea es bastante clara por sí misma, y no necesitamos advertir que es preciso no confundir este *animus domini* con la *conviccion* de que es propietario (*opinio domini*). Pero el derecho de posesion puede en ciertos casos ser *enajenado* independientemente de la propiedad, y la posesion *derivada* que nace tambien de él, nada mas exige para su existencia, que la union del *animus domini* con la aprehension: basta que se tenga el *animus possidendi*, esto es, que solo es necesario tener la intencion de adquirir de esta manera. Tambien es demasiado clara esta idea, para necesitar una explicacion ulterior: pero, por otra parte, es muy importante conocer los casos en que el derecho romano reconoce una posesion derivada, y hace, por lo mismo, una escepcion de la regla del *animus domini*. Este examen necesariamente debe ser colocado en este lugar.

Pero hay otros casos en que esta distincion no se toma en consideracion para nada, y que sin embargo, no admiten posesion por falta de *animus*. En efecto, el que no tiene voluntad en general, es tambien incapaz de adquirir la posesion: y así mismo, una cosa cuya existencia separada no podemos imaginar, no es susceptible de ser poseida.

Tenemos, pues, que resolver á tres cuestiones acerca del *animus possidendi*.

1.^a Cuáles son las personas que no pueden adquirir ninguna posesion, porque en general no tienen voluntad (§. 21).

2.^a Cuáles son las cosas cuya posesion no puede ser adquirida, porque es imposible dirigir sobre ellas el *animus possidendi* (§. 22).

3.^a En qué casos es posible la posesion derivada; es decir, en qué casos se puede adquirir la posesion sin *animus domini* (§. 23-25).

§. 21.

DEL ANIMUS POSSIDENDI de personas incapaces.

La primera cuestion á que tenemos que responder, es la de saber cuáles son las personas que no pueden adquirir ninguna posesion, porque en general no pueden tener voluntad (1).

En primer lugar señalaremos las *personas jurídicas*, esto es, las que no son consideradas como investidas de derechos sino en virtud de una ficcion jurídica.—Así es que una sucesion (*hereditas jacens*), puede tener y aun adquirir todos los otros derechos, por ejemplo lo propiedad; pero de modo ninguno la posesion. La aprehension aun seria concebible bajo cierto aspecto, porque el objeto pudiera estar encerrado en una casa perteneciente á la sucesion; pero el *animus possidendi* es absolutamente imposible, y por esta causa no puede una sucesion adquirir el derecho de posesion.

L. 1, §. 15, D. *si is, qui testamento liber.*

«..... possessionem hereditas non habet, quæ (i. e. quippe quæ) est facti et animi.....»

La incapacidad de las corporaciones existe del mismo modo.

Pero esta incapacidad que afecta á las personas jurídicas sin escepcion, puede tambien ser producida entre las personas físicas por cualidades particulares de ciertos individuos. Por esto las personas afectadas de enagenacion mental no pueden adquirir la posesion, porque el *animus possidendi* es imposible en ellas: tampoco se puede tratar aquí de una *auctoritas curatoris*, que pondría al demente en estado de adquirir la posesion:

L. 1, §. 3, D. *de poss.*

«Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere: quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant: sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere.»

L. 18, §. 1, D. *de poss.*

Así como la enagenacion mental, la corta edad escluye de la adquisicion de la posesion: pero es preciso determinar el momento en que cesa esta incapacidad. Sabido es que la pubertad hace desaparecer en este como en todos los casos semejantes, toda incapacidad: no nos restan pues mas que dos casos que considerar: la impubertad en el sentido estricto y la infancia.

En cuanto á la incapacidad de *los pupillos* que ya han salido de la infancia, es regla que disfruten siempre de la facultad de adquirir la posesion, cuando el tutor interpone su autoridad, y que

(1) Todas estas personas (las corporaciones, los furiosos, los niños) no pueden adquirir ninguna posesion por sí mismas: ya veremos (§. 26) hasta qué punto lo pueden por medio de un tercero.

sin esta autoridad no adquieran hasta hallarse bastante formados para concebir y querer seriamente esta adquisicion.

L. 1, §. 3, D. *de poss.*

«... pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti non juris esse: quæ sententia recipi potest; si ejus ætatis siat, ut intellectum capiant.»

L. 16, C. *de donat.*

«Si quis in emancipatum minorum, prius quam fari possit, aut habere rei quæ sibi donatur adfectum, fundum crediderit conferendum... per... servum transigi placuit....»

La cuestion ofrece mucha mayor dificultad cuando se trata de *los infantes*. Como la capacidad del mismo pupilo se halla ya restringida, el infante no puede, con mucha mas razon, tener el derecho de adquirir la posesion por sí solo: por otra parte, es igualmente cierto que el tutor tiene facultad para hacer la adquisicion en nombre del pupilo, aunque este punto no corresponde aun á este lugar. Pero ¿es posible que la accion del mismo infante cause la adquisicion de la posesion cuando agrega el tutor su autoridad á ella? Dos razones parece que concurren para exigir una respuesta negativa á esta cuestion: la primera, que en todos los demás casos, las leyes no reconocen la autoridad del tutor sino con respecto á los pupillos propiamente dichos; la segunda es que la adquisicion de la posesion no constituye un acto jurídico, y depende por consiguiente de la voluntad del poseedor, sin que esta voluntad pueda ser suplida por una ficcion jurídica. Pero como el tutor puede adquirir por sí mismo la posesion á nombre del infante, aunque no se trate de una voluntad de este, no podemos, para ser consecuentes, alegar la segunda razon contra la *auctoritas*: y como segun la analogía de otro caso que tiene relacion con la aprehension, toda la accion puede ser considerada como si el tutor tomase por sí mismo posesion en nombre del infante, la primera de nuestras dos razones, que solo está deducida de la naturaleza jurídica de la *auctoritas*, debe desaparecer igualmente.—Los juriconsultos romanos fueron los primeros que suscitaron contestaciones sobre esta cuestion; después se convino de un modo terminante en que la *auctoritas* puede ser dada válidamente, y se invoca como motivo de esta validez la analogía de la adquisicion por el tutor, segun la significacion que acabamos de desenvolver.

L. 32, §. 2, D. *de poss.*

«Infans possidere reste potest, si tutore auctore cœpit: nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est: nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem.»

Es evidente que el tutor *auctoritatem ponens* es colocado en oposicion con el tutor *accipiens possessionem* y se quiere probar

la validez de la accion del primero por la validez no contestada de la accion del segundo. Segun lo cual, el sentido de todo el pasaje es este: «se ha admitido la validez de la *auctoritas* por extension de la regla general (*utilitatis causa*); porque si se quisiera desecharla, debería ser porque no es el poseedor mismo quien tiene el *animus possidendi*: pero tal era tambien el caso en que no el infante, *auctore tutore*, sino el mismo tutor es quien adquiere la posesion á nombre del infante, porque en dicho caso, tampoco tiene este el *animus possidendi* (1). Ahora bien; como en estos casos se decide á favor de la posesion, era consiguiente adoptar la misma opinion en el primero.»—Esta interpretacion se funda en la lectura que hemos admitido del texto. Segun la lectura ordinaria (*nam alioquin nullus sensus infantis est accipienti possessionem*) muchos interpretan de este modo: «porque *si no fuera así*, es decir, sin la autoridad del tutor, el infante no podría tener ningun *animus possidendi* (*sensus s. intellectus accipienti possessionem*).» Esta explicacion es imposible, primeramente porque el infante no tiene mas *sensus* cuando el tutor interpone su autoridad, y la palabra *alioquin* carecería entonces de sentido; en segundo lugar porque toda esta frase no tiene por objeto probar la necesidad de la *auctoritas*, sino explicar por qué se puede adquirir la posesion, conforme á la opinion antes recibida.—Nuestra interpretacion no es por otra parte inconciliable con la lectura ordinaria, y aquella haría mucho mas vago é indeterminado el sentido.—Es facil mostrar cómo se han formado sobre nuestra lectura las demás. Como no se vé desde luego que el participio *accipienti* se refiera al sustantivo *tutor*, han procurado los copistas hacer que se refiera á la palabra *infans*: los unos escribiendo *infanti* en vez de *infantis*, los otros cambiando *accipienti* en *accipientis*, ó en *accipienti* y resultando todavía de este último cambio el de *consensus* en *sensus*.

En fin, aun tenemos que ocuparnos aquí de otro texto que se ha adquirido celebridad, por la multitud de interpretaciones á que ha dado lugar, y por el uso práctico que de él se ha hecho. Al explicarlo debemos principalmente considerar que el emperador dá al fin del pasaje una razon de su decision, y añade que este motivo se encuentra ya consignado en un *responsum* de Papiniano. Donde exista el motivo de esta decision debemos buscar nosotros la regla; es pues muy natural registrar el texto sacado de las *Responsa* de Papiniano, que se cita aquí. Este texto no es otro que la L. 32, D. *de poss.* que acabamos de explicar. En el M. S. Florentino lleva en verdad la inscripcion: *Paulus lib. 15, ad Sabinum*; pero Aleiat presenta otra distinta sacada de los MM. S. á saber: *Papinianus, lib. 11, Rponsorum*, y su-

(1) *Nam alioquin* (por *nam* et *alioquin* «tambien en otro caso» este caso está inmediatamente despues determinado por la palabra *accipienti*) «*nullus consensus infantis est accipienti* (sc. tutori) *possessionem*.»

poniendo la verdad de este testimonio, parece esta lectura mas verosímil que la primera. Porque la ley 30, D. *de poss.* lleva igualmente por inscripcion: *Paulus, lib. 15 ad Sabinum*, cuando en el lib. 41 no hallamos un solo fragmento sacado de las *respuestas* de Papiniano. Es pues imposible explicarse cómo un copista hubiera podido poner la inscripcion de Aleiat en lugar de la de Florencia, al paso que lo contrario se concibe muy facilmente: las *Pandectas* nos ofrecen muchos ejemplos de textos únicamente interrumpidos por otros, y el copista pudo haber tomado tambien las leyes 30 y 32 por un solo pasaje, en el que se ha intercalado la L. 31.

Resulta de la combinacion de nuestro pasaje (L. 3, C. *de poss.*) con la L. 32, D. *de poss.* que no puede tener mas sentido que este: un infante adquiere la posesion de una cosa cuando el tutor suple por su *auctoritas* el *animus* de que carece aquel. Esta regla se halla aplicada en el pasaje á una especie decidida por un rescripto y que parece haber sido la siguiente: se habia hecho una donacion á un infante; el donante habia transmitido por sí mismo la posesion al niño, y el tutor habia interpuesto su *auctoritas*. Hecho esto, se concibieron dudas sobre si se habia adquirido realmente la posesion de esta manera, porque la aprehension y el *animus* no se reunian en la misma persona: en efecto, el infante habia ejecutado por sí mismo la accion corporal que constituye la aprehension, y el *animus possidendi* habia sido prestado por el tutor, á nombre del niño: se dudó por esto si la última circunstancia habria impedido la adquisicion de la posesion. Sometida esta duda al emperador, respondió por el rescripto contenido en nuestro texto:

«*Donatarum rerum á quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore (1) quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes; tamen consultius videtur interim (2) licet animi plenus non fuisset affectus (3) posses-*

La posesion de las cosas dadas puede adquirirse por el acto corporal del infante. Muchos autores profesan la opinion contraria; pero parece mas razonable considerar provisionalmente la posesion como adquirida por esta tradicion, aunque el infante que verificaba la aprehension no pudiese tener el *animus* al

(1) Esta palabra nos demuestra hasta la evidencia que no se ha supuesto, estableciendo una escepcion á la regla, el *animus* en la persona del infante, sino solo la validez del hecho material de su aprehension. Mas exigiéndose el *animus* en toda posesion, es preciso que no pudiendo existir en el infante, se halle en la *auctoritas* del tutor.

(2) Es decir, hasta que el infante haya llegado á la edad de la pubertad, porque desde esta época la posesion puede empezar del modo ordinario.

(3) La ley no manda que este *affectus minus plenus* sustituya al *affectus plenus*; pero considerado bajo el punto de vista juridico, no constituye mas que la ausencia del *animus*, y esta circunstancia no debe segun el texto impedir la adquisicion.

sionem per traditionem esse quaesitam: alioquin, sicuti consulti viri Papiniani responso continetur, nee quidem per tutorem (1) possessio infanti poterit acquiri.

Las interpretaciones de este pasaje dignas de consideracion, pueden ser colocadas en tres clases.

Los glosadores mas antiguos parece que ya habian conocido que era preciso suponer la *auctoritas* del tutor unida al hecho del infante. Aleiat dió mayor peso á esta opinion con su variante de que no supo sacar casi ninguna ventaja, y que otros, tal vez por este motivo no han procurado aprovechar. Doneau, aun sin recurrir á esta combinacion ha desenvuelto esta explicacion con solo el auxilio de la economía interior del texto, y su interpretacion es de tal modo clara y convincente que hubiera debido poner fin á la controversia.

Otros quieren hallar en nuestro texto una disposicion enteramente nueva, segun la cual el infante podria adquirir la posesion por si solo sin el auxilio del tutor.—Algunos dan á esta proposicion un carácter general, y la aplican á todos los casos de la tradicion; otros la limitan á las donaciones, porque el texto no habla de ellas solas; otros aun no la extienden mas que á los objetos cuya posesion interesa particularmente á los niños, por ejemplo, á los juguetes. No se puede decir seguramente, segun esta interpretacion, que no existe alguna ligazon entre el texto y la decision imperial; pero la conclusion que Papiniano y con él el emperador sacarian, seria tan poco lógica, que la primera opinion adquiere ya por esto solo una preponderancia decisiva.

Por fin, hay una tercera opinion que forma el término medio de las otras dos. Concede al infante la facultad de adquirir la posesion pero solo provisionalmente (*interim*), esto es, hasta que en lo sucesivo la *auctoritas* del tutor se agregue para suplir la falta de *animus*. Interpretado de este modo, nuestro texto contiene una disposicion enteramente nueva, ya porque por una escepcion manifiesta de la regla puede adquirirse la posesion provisionalmente (2), ya porque no es comun que la *auctoritas* produzca un efecto, cuando no se interpone hasta despues.—Por lo demás, la union que se establece, segun este modo de conside-

(1) Las palabras *per tutorem* opuestas á *auctore tutore*, se refieren á la adquisicion de la posesion por el acto corporal del tutor en nombre del infante. (L. 1, §. 20, D. de poss.)

(2) Retes es de parecer de que esta posesion no es provisionalmente mas que una *simple detentacion*. Pero entonces parece tan sencilla la cuestion, que no se comprende la necesidad de un rescripto imperial apoyado en motivos jurídicos.

mismo tiempo. En este sentido decidimos por el motivo que alega ya Papiniano en una de sus respuestas, que si se querian declarar por la opinion contraria, debian desechar igualmente la adquisicion de la posesion por el hecho del mismo tutor.

rar, entre el fin del texto y el pasaje entero, es tan poco satisfactoria como en la segunda opinion.

ADICION A LA SESTA EDICION.

Los dos pasajes que hemos interpretado en este párrafo, han sido explicados, no hace mucho tiempo, en una disertacion muy estensa inserta por Puchta en el Rhein, Museum, t. V, p. 33-64. El autor toma en ella de nuevo la defensa de las antiguas opiniones, pero con mas método y finura que hasta entonces se habia hecho. En la L. 32, el autor explica la lectura *sensus est accipiendi* que adopta como la verdadera del modo siguiente: «porque además (dejando aparte la utilidad), el infante está falto de la intencion dirigida á adquirir la posesion.» En cuanto al pasaje del código, lo entiende con respecto al infante que obra sin tutor y en cuya persona, el *animus*, insuficiente en este caso, está sustituido y completado por la voluntad determinada del *tradens*, absolutamente de la misma manera que esto sucede en los otros casos por la *auctoritas* del tutor.—El escelente modo con que el autor ha tratado su cometido, ha dado mucha mas autoridad á los hechos, mostrando al lector cada explicacion bajo la mejor forma y poniéndole en estado de elegir con mas conviccion y acierto.

§. 22.

DE LA POSESION DE LAS PARTES DE UNA COSA.

Para que se pueda concebir el *animus possidendi*, es tambien preciso que se pueda unir á su objeto la idea de una cosa independiente. ¿Cuales son pues las condiciones con que es posible adquirir la posesion de *parte* de una cosa?

Pueden distinguirse dos casos en semejante adquisicion: ó se quiere tener la posesion de la parte sola, ó no se quiere poseer la parte sino en la cosa entera y por ella. Las tres primeras reglas siguientes se refieren al primer caso; la cuarta al segundo.

Primera regla. Cuando la parte es de tal naturaleza que puede formar un todo por sí sola, esto es, cuando la idea unida á la cosa entera á que pertenece la parte, ha sido admitida arbitrariamente, no hay la menor duda en que se puede adquirir la posesion de esta parte sola. Se supone que un todo pueda dividirse en partes *reales*, condicion que no puede ser llenada en lo respectivo á la adquisicion de la posesion independiente de la parte, sino cuando se trata de fundos rústicos; en este punto es completamente indiferente donde deben fijarse los límites de la cosa entera; cada parte de terreno de cierta estension puede ser susceptible de la posesion, aunque el poseedor actual la haya considerado como formando parte de un todo mayor. Pero lo que importa es la estension determinada de la parte que debe

ser adquirida; esto es, que no se adquiere la posesion de una cosa hasta tanto que el nuevo poseedor se propone claramente formar de ella el objeto de su posesion.

Segunda regla. Cuando la cosa entera no está dividida realmente, sino que su division es solo ideal, la posesion de una parte es igualmente posible, bajo la condicion de que la estension de esta parte sea completamente determinada. La asignacion de las partes no es en este caso mas que una operacion de pura aritmética; se trata de conocer la relacion de esta parte con el todo, para poder adquirir la posesion de la parte: es decir que el todo está considerado como la unidad; la parte como una fraccion de que es necesario conocer el numerador y el denominador, para adquirir la posesion. Por ejemplo, aquel á quien ha correspondido la tercera parte de una sucesion, entra por un tercio en la propiedad de todas las cosas que componen el patrimonio del difunto. Si vende y trasmite un fundo que formaba parte de la sucesion, el comprador adquiere la posesion de una tercera parte de este fundo, porque esta es la tercera parte de que se ha propuesto formar el objeto de su nueva posesion.—La primera y la segunda reglas son enunciadas juntamente en los textos siguientes:

1. L. D. de poss. (Pomponius, lib. 26, ad. q. Mucium).

«*Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest; et certa pars pro indiviso, quæ introducitur vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars, nec tradi, nec (usu) capi potest (1); veluti si ita tibi tradam, Quidquid mei juris in eo fundo est (2): nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est potest.*»

2. L. 32, §. 2, D. de usarp. (Pomponius lib. 32, ad Sabinum).

Incertain partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat: neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit (3).

(1) Es decir que no se puede adquirir la posesion.

(2) Este ejemplo así como también la misma regla se refiere á los dos casos que antes hemos explicado. Así la posesion es imposible, tratase ó no de un *Locus incertus ex fundo* ó de una *incerta pars pro indiviso*.

(3) En realidad, ¿qué es lo que se desapruueba aquí fácilmente como una pura sutileza? Por cierto no es la regla, porque Pomponio la presenta como verdadera tanto en este pasaje como en el precedente, y porque proviene inmediatamente de la idea del *animus possidentis*. La crítica no recae mas que sobre la aplicacion de esta regla, y hé aquí en lo que consiste: dos personas, cada una de las cuales tiene pretensiones al fundo vacante, lo ocupan al mismo tiempo. Por de pronto ninguno quiere disputar la posesion al otro, porque cada cual quiere preservarse de los derechos de un tercero á quien teme mas, y de este modo se reconocen fácilmente compositores. Si, estrictamente hablando, no puede haber parte ideal sino por medio de un acto jurídico («introducitur ex emptione, etc.» L. 26, D. de poss.), resulta que ninguno de ellos ha sido poseedor, y que un tercero puede ocupar por fuerza la posesion. Pero toda esta consecuencia está fundada en una pura sutileza, y es evidente que es mucho mas natural considerar á cada uno como posee-

3. L. 3, §. 2, D. de poss.

«*Incertain partem rei nemo possidere potest: veluti si hac mente sit ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.*»

Tercera regla. Fuera de estos dos casos, siempre es imposible adquirir la posesion de una parte de una cosa independiente por sí. Por lo regular, esta imposibilidad tendrá un caracter físico, y no será por consiguiente necesario que esté sometida á una asignacion positiva: así, por ejemplo, escusamos decir que nadie puede adquirir la posesion de una viga en una pared ó de la rueda de un carruaje, mientras subsista la union de estas partes con el todo. Pero prescindiendo de esta imposibilidad física, todavía es imposible la posesion por motivos jurídicos; así es que un edificio por ejemplo no puede ser poseído sin el solar en que reposa, y el motivo evidente es que un edificio, considerado como parte del todo, es inseparable del terreno. Esta proposicion de que el solar y el edificio pertenecen jurídicamente el uno al otro, que no son mas que partes de un mismo todo y de modo ninguno cosas independientes la una de la otra, está enunciada con claridad en multitud de textos; y de ella resulta, por una consecuencia muy sencilla, que la casa y el solar no pueden pertenecer á distintos propietarios, como tampoco los diversos pisos de una casa.

También se deduce de esto que un derecho hipotecario no puede constituirse sobre una de estas partes con exclusion de la otra y que siempre pesa sobre el todo. Pero por la misma necesidad esta imposibilidad resulta también para la posesion: así, el solar y la casa, lo mismo que los diversos pisos, no pueden tener poseedores diferentes, así como también es imposible que uno posea la cabeza y los brazos de una estatua, mientras otro posee al mismo tiempo las demas partes. Tampoco nos faltan testimonios positivos para esta aplicacion á la posesion.

Cuarta regla. El que adquiere la posesion de una cosa entera, no posee mas que el todo; pero no tiene posesion especial en cada una de las partes.—Las tres primeras reglas que hemos fijado, concernian á la posesion de la parte, que debía ser adquirida con separacion de la cosa entera: aquí tratamos de la parte que se quiere poseer en la cosa entera y por ella, pero de ningún modo como objeto independiente: esta es la posesion cuya posibilidad se niega. Esta regla es en verdad de la mas alta

ad medias, aunque no pueda designarse en este asunto una resolucion expresa.—Pero mas sencillo y natural todavía es suponer que el pasaje habla del caso siguiente: Cayo, poseedor de un fundo, muere. Seyo y Ficio saben que son los únicos herederos, pero ignoran en qué parte son instituidos, puesto que aun no han visto el testamento. En tal incertidumbre toman posesion. Si se sigue la sutileza que hemos denunciado, ninguno de ellos será poseedor; pero es evidente que ambos deben gozar de tantos derechos como uno solo tendría por medio de la aprehension del todo: los interdictos les competen, pues, en común. (Ad. á la 6.ª edic.)

importancia para la usucapion, pero puede presentarse tambien en los interdictos, al menos en la antigua forma del interdicto *utribi*, en el cual debe aplicarse no menos que en la usucapion (1).

La primera aplicacion que se halla de esta regla, es la siguiente: el que toma posesion de un carruaje, no ha adquirido por este solo hecho la posesion de las ruedas, consideradas como cosas independientes, y lo mismo sucede con las otras cosas compuestas. Cuando por ejemplo, el carruaje es robado, no puede ser usucapido, y si una de las ruedas no ha sido robada, tampoco puede ser usucapida, porque no es la rueda lo que se posee sino el carruaje. Recíprocamente, se adquirirá por usucapion con el carruaje una rueda robada, con tal de que el carruaje no haya sido objeto del robo.—Pero cuando la cosa entera que yo poseo se descompone, empieza para las partes una nueva posesion, porque hasta entonces no han sido poseídas. Esta proposicion se esplanará mejor en la usucapion. En efecto, cuando en un caso semejante se ha verificado la usucapion de la cosa entera, la propiedad de cada una de sus partes queda adquirida y no cesa naturalmente por la separacion de ellas (2); pero cuando la separacion se verifica antes de que la usucapion esté enteramente cumplida, es necesario que una nueva usucapion empiece para la parte separada, si bien la justa causa que ha presidido á la usucapion comenzada de la cosa entera, se estiende á esta parte, y lo mismo sucede con la aprehension de la cosa entera, de modo que la posesion de la parte separada se adquiere por la simple separacion y sin que el poseedor tenga que verificar otro acto nuevo. Estas dos proposiciones, dejando á parte las pruebas históricas sobre que se apoyan, deberian ser adoptadas como verdaderas, solo porque todas las restricciones que ponemos á la adquisicion de la posesion y forman el objeto de este párrafo, tienen por objeto unicamente la falta de *animus possidendi* y nada afectan á la aprehension ni á la justa causa de la posesion.

Segunda aplicacion. El que compra un fundo lo posee todo

(1) Hay muchas objeciones que oponer todavía á los ejemplos presentados por Thibaut (*Apéndice á Cupero*, p. 163, etc.). Porque la calidad de pertenencia de una cosa mueble, unida á una inmueble, podría existir por sí misma con la posesion de la cosa mueble. A mas de esto la posesion importa poca en el interdicto *quod vi*: en el *de vi* la *dejectio* de la cosa mueble está siempre unida á la *dejectio* fuera del terreno y su interdicto *uti possidetis*, la turbacion en la posesion de la parte podría ser siempre considerada como una turbacion en la posesion de la cosa entera, aun cuando esta fuese poseída á parte.

(2) Unterholzner (*Verjährung*, p. 95) niega esta proposicion, sin la cual la usucapion no puede existir en práctica. En efecto, cuando yo he usucapido una cosa mueble, cualquier extraño podría quitarme la propiedad adquirida siempre que fuese su voluntad, rompiendo ó quebrando la cosa; y tambien podría privarme de la propiedad de los árboles que se hallan en un fundo usucapido por mí, con solo cortarlos.

entero, pero no posee sus diferentes partes por sí solas é independientes del fundo en su totalidad. Pero este caso se distingue de los otros en que la idea de la cosa entera está formada caprichosamente, y que por tanto es imposible una descomposicion real de sus partes. Así es que la aplicacion de nuestra regla se limita á la justa causa, y solo por relacion á ella la mencionan los libros fundamentales del derecho (1).

Tercera aplicacion. El que adquiere por usucapion la propiedad de un fundo, adquiere tambien, segun la opinion errónea de algunos jurisconsultos, al mismo tiempo el tesoro que está enterrado en él. La falsedad de esta opinion no consiste en pretender que la usucapion de la cosa entera abraza generalmente las partes, sino en considerar el tesoro como una parte del fundo. Se ha aplicado nuestra regla á un caso que no está comprendido en ella.

Cuarta aplicacion. El que posee una casa no por esto solo tiene ya la posesion de las diversas maderas y piedras que componen las paredes. Si tuviera esta posesion adquirirla mas pronto la propiedad de las maderas y piedras, como cosas muebles, que la de la casa; y esto es imposible segun nuestra regla. Otra consecuencia que se deduce de nuestra regla y que es enteramente análoga á los otros casos, es la que sigue: cuando se demuele una casa antes de que esté completa la usucapion, las vigas y piedras como cosas muebles deben ser usucapidas de nuevo (2). Pero lo que es muy extraño es que la usucapion del edificio cumplida ya, no se estiende á los materiales considerados como partes del todo, y estos despues de desunidos deben adquirirse separadamente por la usucapion, aunque hiciese ya mucho tiempo que habia sido adquirida la casa. Esto sin embargo, no se aplica mas que al caso en que la casa y los materiales pertenecen á distintos dueños: porque cuando se hallan en la propiedad de la misma persona es preciso atenerse á la regla ordinaria, de modo que el propietario precedente, despues de haber dejado acabarse la usucapion, no puede reivindicar la casa ni las vigas y piedras que de ella provienen. El motivo de tal escepcion es este: cuando se une una cosa como parte á otra cosa, el propietario tiene derecho á pedir la separacion por medio de la accion *ad exhibendum*, y á reivindicarla despues de separada como cualquier otra cosa que se retiene sin derecho para ello. No sucede así con los materiales de construccion: el propietario no puede exigir la separacion, y por una consecuencia natural no se debia

(1) Supongamos que yo compro un campo, del cual una parte pertenece al comprador y otra á un tercero: es cierto que puedo usucapir esta segunda parte, y en este sentido la poseo como una cosa separada.

(2) L. 23, §. 2, D. de usarp. «Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendum sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur, et non potest recte ut ex tempore, quo in edificio fuerint.» rel.

admitir la usucapion que el propietario no tenia derecho á interrumpir por medio de la usucapion.

En la aplicacion de esta regla hay aun una diferencia entre la adquisicion y la pérdida de la posesion. En efecto, cuando una vez hemos empezado á poseer una cosa, no perdemos la posesion por consecuencia de su union á otras cosas, con las cuales forma al presente un todo (1); creemos necesario hacer aquí mencion de esta proposicion, porque se ha querido hallar en el texto de la ley que la establece, una contradiccion manifiesta con nuestra regla. Pero en este caso, lo mismo que en la adquisicion, es preciso hacer una escepcion al tratar de los materiales de construccion; verdad es que se puede alegar un caso de esta especie, en el cual la union á otra cosa no interrumpe la prescripcion; pero el jurisconsulto añade espresamente que no se hubieran necesitado mas que diez dias para terminar la usucapion, esto es, un espacio de tiempo tan corto, que una interrupcion (*usurpatio*) por reivindicacion, hubiera sido casi imposible (2).

§. 22.

a. CONTINUACION.

Las reglas que hemos establecido en el párrafo precedente, pueden servir por sí solas para explicar la percepcion de frutos

(1) No se necesita decir que la union de la parte no ha causado especificacion: porque la existencia de la cosa primera habria cesado evidentemente, y por lo mismo tambien su posesion. L. 30, §. 4, D. de poss. «...desinimus possidere... si, quod possidebam, in aliam speciem translatum est.»—L. 30, §. 1, D. de usurp. «... cum utrumque maneat integrum.»

(2) Así, los *decem dies* no designan en general mas que un corto espacio de tiempo, del mismo modo que los *decem dies* de que habla la ley 16, D. minor, y los *paucissimi dies* de que trata la L. 16, D. de fundo dotati.—Hemos dejado intacta la esposicion que habíamos presentado en la tercera edicion. Despues de este tiempo, el profesor M. Falek nos ha comunicado para la primera mitad de la L. 30, §. 1, D. de usurp., la esplicacion siguiente, con la que estamos de acuerdo. Las *tegulae* y *columnae* no figuran aquí como verdaderos materiales de construccion, sino como piezas añadidas esteriormente al edificio (en la inteligencia de que las columnas no están unidas al edificio, sino como adornos y sin sostener); una union tan poco sólida, no debe causar turbacion alguna en la usucapion comenzada, y los *decem dies* no sirven por consiguiente para designar un espacio muy corto de tiempo, sino en general el tiempo que falta para que termine la usucapion: esta cifra de diez dias parece haber sido tomada de un caso que se presentó realmente. Esta esplicacion está corroborada por la L. 23, §. 1, D. de usurp., segun la cual las columnas (*columnae*) [en el caso marcado antes] pueden ser reivindicadas y dar lugar á un recurso (de otro modo *tabulae* L. 36, de evict).—Verdad es que la L. 1, de signo juncto establece lo contrario en cuanto á las *tegulae*; pero añade: *quidem ajunt*, y es evidente que estas aplicaciones aisladas daban lugar fácilmente á controversias.—Las reglas que hemos fijado en el texto, subsisten como las hemos presentado ante esta nueva esplicacion.—Thibaut se ha declarado contra la que habia sido admitida en la cuarta edicion de nuestra obra: *V. Archiv für die civilistische Praxis*, t. VII, p. 79-86. Pero creemos que estas objeciones, deben ser retiradas en presencia de las aclaraciones que acabamos de dar á esta esplicacion.

verificada por el poseedor de buena fé (*fructuum perceptio bonae fidei possessoris*); esta percepcion de frutos debe ser mencionada aquí por los muchos puntos de contacto que tiene con la posesion; pero no puede ser manifestada con claridad sino oponiéndola á otros casos en que se adquieren frutos (1).

I. El verdadero propietario adquiere la propiedad de los frutos en el momento de su nacimiento, por *accesion*, que no es mas que una aplicacion de la regla *fructus rei fructiferae, pars rei est*, á la propiedad. La separacion de los frutos de la cosa principal, es la que le hace propietario de ellos como de una cosa particular existente por sí misma: pero esta circunstancia no tiene importancia alguna para la propiedad, y por este motivo con razon no hacen los libros fundamentales del derecho la menor mencion en ninguna parte. En general, lo mismo sucede con esta separacion de frutos que con la division real de cualquier otra cosa entera (por ejemplo, el destrozo de un animal, ó la demolicion de una casa), division que es igualmente indiferente para la propiedad. De este modo la propiedad de los frutos será tambien quiritaria ó bonitaria, segun que la propiedad de la cosa principal tenga una ú otra de estas dos cualidades: de modo que jamás habrá necesidad en el segundo caso de adquirir por usucapion los frutos separados, mientras que esto será necesario siempre en el primero.

II. El arrendatario, el usufructuario, y en general todos los que derivan su derecho á la propiedad de los frutos del derecho del propietario, no los adquieren mas que por la percepcion, esto es, por la aprehension de la posesion. En efecto, el arrendamiento y el usufructo comprenden en cuanto á los frutos, por una parte la *justa causa domini quaerendi*, y por otra el permiso de tomar posesion: por consiguiente, la aprehension forma una verdadera tradicion, en cuya virtud se trasmite la propiedad de los frutos, desde el propietario de la cosa principal al arrendatario y al usufructuario. Si el arrendador, etc. tenia la propiedad quiritaria de la cosa principal, y por tanto la de los frutos, el arrendatario adquiria por la percepcion, ó bien la propiedad quiritaria, ó bien la bonitaria de los frutos: su propiedad era quiritaria cuando los frutos eran *res nec mancipi* (como todos los frutos de los campos), era bonitaria cuando eran *res mancipi* (por ejemplo, un caballo).

III. El poseedor de buena fé (*bonae fidei possessor*) goza naturalmente del mismo derecho de *accesion* que el verdadero propietario (núm. I), porque la regla que sirve de base es general. Así, el que posee de buena fé un fundo, adquiere sus frutos del mismo modo en el momento de su nacimiento. Pero no es de es-

(1) No siendo este objeto mas que de un interés indirecto para nosotros, escusado será decir que no podemos seguirlo en sus detalles. Igual razon nos obliga á omitir aquí las numerosas obras que en los últimos tiempos han sido escritas sobre este asunto (Ad. á la sexta ed.)

admitir la usucapion que el propietario no tenia derecho á interrumpir por medio de la usucapion.

En la aplicacion de esta regla hay aun una diferencia entre la adquisicion y la pérdida de la posesion. En efecto, cuando una vez hemos empezado á poseer una cosa, no perdemos la posesion por consecuencia de su union á otras cosas, con las cuales forma al presente un todo (1); creemos necesario hacer aquí mencion de esta proposicion, porque se ha querido hallar en el texto de la ley que la establece, una contradiccion manifiesta con nuestra regla. Pero en este caso, lo mismo que en la adquisicion, es preciso hacer una escepcion al tratar de los materiales de construccion; verdad es que se puede alegar un caso de esta especie, en el cual la union á otra cosa no interrumpe la prescripcion; pero el jurisconsulto añade espresamente que no se hubieran necesitado mas que diez dias para terminar la usucapion, esto es, un espacio de tiempo tan corto, que una interrupcion (*usurpatio*) por reivindicacion, hubiera sido casi imposible (2).

§. 22.

a. CONTINUACION.

Las reglas que hemos establecido en el párrafo precedente, pueden servir por sí solas para explicar la percepcion de frutos

(1) No se necesita decir que la union de la parte no ha causado especificacion: porque la existencia de la cosa primera habria cesado evidentemente, y por lo mismo tambien su posesion. L. 30, §. 4, D. de poss. «...desinimus possidere... si, quod possidebam, in aliam speciem translatum est.»—L. 30, §. 1, D. de usurp. «... cum utrumque maneat integrum.»

(2) Así, los *decem dies* no designan en general mas que un corto espacio de tiempo, del mismo modo que los *decem dies* de que habla la ley 16, D. minor, y los *paucissimi dies* de que trata la L. 16, D. de fundo dotati.—Hemos dejado intacta la esposicion que habíamos presentado en la tercera edicion. Despues de este tiempo, el profesor M. Falek nos ha comunicado para la primera mitad de la L. 30, §. 1, D. de usurp., la esplicacion siguiente, con la que estamos de acuerdo. Las *tegulae* y *columnae* no figuran aquí como verdaderos materiales de construccion, sino como piezas añadidas esteriormente al edificio (en la inteligencia de que las columnas no están unidas al edificio, sino como adornos y sin sostener); una union tan poco sólida, no debe causar turbacion alguna en la usucapion comenzada, y los *decem dies* no sirven por consiguiente para designar un espacio muy corto de tiempo, sino en general el tiempo que falta para que termine la usucapion: esta cifra de diez dias parece haber sido tomada de un caso que se presentó realmente. Esta esplicacion está corroborada por la L. 23, §. 1, D. de usurp., segun la cual las columnas (*columnae*) [en el caso marcado antes] pueden ser reivindicadas y dar lugar á un recurso (de otro modo *tabulae* L. 36, de evict).—Verdad es que la L. 1, de signo juncto establece lo contrario en cuanto á las *tegulae*; pero añade: *quidem ajunt*, y es evidente que estas aplicaciones aisladas daban lugar fácilmente á controversias.—Las reglas que hemos fijado en el texto, subsisten como las hemos presentado ante esta nueva esplicacion.—Thibaut se ha declarado contra la que habia sido admitida en la cuarta edicion de nuestra obra: *V. Archiv für die civilistische Praxis*, t. VII, p. 79-86. Pero creemos que estas objeciones, deben ser retiradas en presencia de las aclaraciones que acabamos de dar á esta esplicacion.

verificada por el poseedor de buena fé (*fructuum perceptio bonae fidei possessoris*); esta percepcion de frutos debe ser mencionada aquí por los muchos puntos de contacto que tiene con la posesion; pero no puede ser manifestada con claridad sino oponiéndola á otros casos en que se adquieren frutos (1).

I. El verdadero propietario adquiere la propiedad de los frutos en el momento de su nacimiento, por *accesion*, que no es mas que una aplicacion de la regla *fructus rei fructiferae, pars rei est*, á la propiedad. La separacion de los frutos de la cosa principal, es la que le hace propietario de ellos como de una cosa particular existente por sí misma: pero esta circunstancia no tiene importancia alguna para la propiedad, y por este motivo con razon no hacen los libros fundamentales del derecho la menor mencion en ninguna parte. En general, lo mismo sucede con esta separacion de frutos que con la division real de cualquier otra cosa entera (por ejemplo, el destrozo de un animal, ó la demolicion de una casa), division que es igualmente indiferente para la propiedad. De este modo la propiedad de los frutos será tambien quiritaria ó bonitaria, segun que la propiedad de la cosa principal tenga una ú otra de estas dos cualidades: de modo que jamás habrá necesidad en el segundo caso de adquirir por usucapion los frutos separados, mientras que esto será necesario siempre en el primero.

II. El arrendatario, el usufructuario, y en general todos los que derivan su derecho á la propiedad de los frutos del derecho del propietario, no los adquieren mas que por la percepcion, esto es, por la aprehension de la posesion. En efecto, el arrendamiento y el usufructo comprenden en cuanto á los frutos, por una parte la *justa causa domini quaerendi*, y por otra el permiso de tomar posesion: por consiguiente, la aprehension forma una verdadera tradicion, en cuya virtud se trasmite la propiedad de los frutos, desde el propietario de la cosa principal al arrendatario y al usufructuario. Si el arrendador, etc. tenia la propiedad quiritaria de la cosa principal, y por tanto la de los frutos, el arrendatario adquiria por la percepcion, ó bien la propiedad quiritaria, ó bien la bonitaria de los frutos: su propiedad era quiritaria cuando los frutos eran *res nec mancipi* (como todos los frutos de los campos), era bonitaria cuando eran *res mancipi* (por ejemplo, un caballo).

III. El poseedor de buena fé (*bonae fidei possessor*) goza naturalmente del mismo derecho de *accesion* que el verdadero propietario (núm. I), porque la regla que sirve de base es general. Así, el que posee de buena fé un fundo, adquiere sus frutos del mismo modo en el momento de su nacimiento. Pero no es de es-

(1) No siendo este objeto mas que de un interés indirecto para nosotros, escusado será decir que no podemos seguirlo en sus detalles. Igual razon nos obliga á omitir aquí las numerosas obras que en los últimos tiempos han sido escritas sobre este asunto (Ad. á la sexta ed.)

ta adquisicion de la que se trata: porque mientras los frutos están unidos á la cosa principal, no puede dudarse del derecho á los frutos, tanto en la persona del poseedor de buena fé, como en la del verdadero propietario, pues que están aquellos comprendidos en la cosa principal: pero su *separacion* da origen á un derecho enteramente nuevo, y el que existia antes de que esta se verificase, cesa de existir. Este derecho nuevo debe explicarse diciendo que la base de la *bonæ fidei possessio* es la posesion jurídica. Pero cuando un todo está descompuesto en partes, empieza para estas una posesion nueva, porque, como cuerpos independientes, aun no eran objeto de ninguna posesion. Con respecto á estas partes (es decir, con respecto á los frutos, en nuestro caso) debe empezar igualmente una posesion de buena fé, y como las reglas de esta posesion exigen que cuando se descompone un todo, la *aprehension* y la *justa occupationis causa* se transmitan completamente á las partes, es evidente que la nueva *bonæ fidei possessio* de los frutos, toma tambien su origen, en nuestro caso, de solo el hecho de su *separacion*, sin exigir ni una *aprehension* nueva (verdadera *fructuum perceptio*) ni una *justa causa* nueva (1).

Segun esto, el poseedor de buena fé se diferencia del usufructuario y del arrendatario en que adquiere su nuevo derecho por la simple *separacion*, aun cuando sea resultado de la casualidad ó de un acto ejecutado por otra persona, mientras que el usufructuario y el arrendatario no adquieren este derecho sino por medio de su propia *percepcion*.

(1) L. 48, pr. D. de A. R. D.—L. 25, §. 1, D. de usuris.—L. B. D. quibus modis usufr. Considerar esta proposicion como una cosa singular, como una recompensa debida á la buena fé, sin otra union con el sistema de derecho, es considerarla bajo un punto de vista enteramente opuesto al espíritu del derecho romano clásico. Las esplicaciones que hemos dado en este punto, se fundan en razones que ya hemos justificado. Pero no se puede negar, por otra parte, que se debería conceder al poseedor de buena fé un derecho especial sobre los frutos, por el cultivo y los cuidados que les prodiga (*pro cultura et cura*). §. 35, y de *rer. div.* Este derecho particular de ningun modo se aplica á la adquisicion de la *propiedad* de los frutos, sino á las relaciones *obligatorias*. En efecto, si el poseedor ha vendido ó consumido los frutos, enriqueciéndose por este medio, debería, hablando con propiedad, restituir su valor, pudiéndosele obligar á ello no solo por la reivindicacion de la cosa principal, sino tambien por una *condictio* particular dirigida al valor de los frutos consumidos. Pero la ley le ha eximido de esta obligacion; le ha permitido conservar este lucro, y no es otra cosa lo que quieren decir las palabras, *ejus sunt fructus, fructus consumtos suos facit*; expresiones que malamente se han aplicado á la adquisicion de la *propiedad*. La prueba de que estas palabras nada tienen de comun aquí con la *propiedad*, resulta del modo mas claro, de que se emplean precisamente á propósito de los frutos consumidos, cuando la consumicion destruye toda propiedad: esta prueba nace tambien de que este derecho particular es igualmente aplicable á los frutos que se llaman *civiles* (como los alquileres), aunque no puede tratarse aquí de adquirir esta clase de *propiedad*. Por lo demás, toda nuestra opinion puede justificarse con tanto vigor como ningun punto de derecho romano: pero sería necesario para esto abrir una discusion particular y muy estensa.

Establezcamos por otra parte la diferencia que existe entre el verdadero poseedor y el poseedor de buena fé. El primero goza, antes y despues de la *separacion*, de la verdadera propiedad de los frutos, y en los dos períodos de la *misma* propiedad; el segundo tiene antes y despues de la *separacion* la *bonæ fidei possessio* de los frutos, pero la posesion es *nueva* desde el momento de la *separacion*, aunque no se funda en una nueva causa, puesto que la razon de la posesion precedente se traslada á la nueva. Esta especialidad de la *b. f. possessio* que á primera vista parece una mera sutileza, trae las consecuencias prácticas mas importantes.

A. A causa de la union de la *b. f. possessio* con la *usucapion*. La *separacion* hace empezar en efecto con la nueva *b. f. possessio*, una *usucapion* nueva que se cumple siempre por tres años, porque todo fruto constituye una cosa mueble. Antes de la *separacion*, la *usucapion* de los frutos no se verificaba sino á un tiempo y en la *usucapion* de la cosa principal, y se cumplia por consiguiente en los fundos, por término de diez ó veinte años (1).

B. Por las *excepciones* especiales establecidas con respecto á la *b. f. possessio* y á la *usucapion*, sobre todo por las *refurtivæ et vi possessæ*. Mientras los frutos forman parte de la cosa principal, estas *excepciones* se estienden tambien naturalmente á ellos; pero no se estienden á la nueva *b. f. possessio* que nace de la *separacion*. Lo mismo sucede con la *res furtiva*: si los frutos existian ya en poder del ladrón, eran siempre *res furtiva*, no porque la cosa principal tuviera esta cualidad, sino porque eran comprendidos en el *furtum*. Cuando por el contrario habian sido producidos en poder del *b. f. possessor*, cesaba esta razon, y no hay duda alguna en que podia tener lugar la *usucapion* de los frutos en tal caso. Pasemos á las *res vi possessæ* que harán mas claro todavia lo que nosotros queremos establecer: porque la prohibicion de la *usucapion* no puede estenderse aquí á los frutos cuya *separacion* se ha verificado; porque esta prohibicion, restringida á los inmuebles, escluye necesariamente los frutos que son en un todo muebles.—Esta aplicacion de nuestra regla está, pues, bien lejos de desmentirla: tiene, al contrario, por objeto determinarla, de un modo mas exacto que lo que hasta ahora nos ha sido posible. En efecto, la adquisicion de los frutos por *separacion*, que acabamos de explicar, es aplicable, no solo (como provisionalmente hemos supuesto) al que en realidad tiene la cosa principal en posesion atributiva de la *usucapion*, sino tambien á todos los que reúnen en sí las *condiciones positivas* de tal posesion (*possessio, bona fides, justa causa*), hállese ó no sustraída á la *usucapion* la cosa principal.

IV. El arrendatario de un *ager vectigalis* y el enfiteuta, ad-

(1) Bajo este concepto, la propiedad bonitaria del antiguo derecho en nada se diferenciaba de la *b. f. possessio*. Así es, que el que tenia un fundo de tierra *in bonis* adquiria por *usucapion* al cabo de dos años: pero cuando cortaba la madera, la *usucapion* era por término de un año.

quieren en general por su calidad de arrendatarios, la verdadera propiedad de los frutos, por tradición (n.º II); esta tradición no se funda, sin embargo, con respecto a estos, como en cuanto á cualesquiera otros arrendatarios en una nueva aprehension, sino sólo en la simple separación, como relativamente al *h. f. possessor*, puesto que tienen la posesion jurídica de la cosa principal. Al propio tiempo esta tradición les daba siempre la propiedad romana, porque todos los frutos de los campos eran *res nec mancipi*. De lo que se deduce que su derecho á los frutos es mas ventajoso aun que el del poseedor de buena fé. Pero el momento en que empezaba su adquisicion era el mismo, y uno mismo tambien era el motivo que habia para ambos; esto es, las reglas que antes estudiamos acerca de la posesion (§. 22).

No pudiéndose explicar este momento de la adquisicion mas que por las indicadas reglas, hallamos tambien en esta circunstancia una prueba directa en favor de la posesion jurídica del *ager vectigalis*.

El acreedor hipotecario de un inmueble, á quien concede los frutos el contrato á título de anticrescos, se halla absolutamente en el mismo caso. Tambien él deduce su derecho á los frutos de un convenio celebrado con el propietario, del mismo modo que un arrendatario; pero tiene al mismo tiempo, como el enfiteuta (§. 24), la posesion del terreno, y la propiedad de los frutos debe concedérsele desde el momento de la separación, aunque no podamos aducir textos en apoyo de esta opinion.

§. 23.

DE LA POSESION DERIVADA.

Aun tenemos que examinar qué es el *animus possidendi* en la posesion derivada.

Lo que esta posesion tiene de singular es que un poseedor precedente trasmite su *jus possessionis* sin la propiedad; la aprehension que exige no difiere, pues, de ninguna otra aprehension, y debe unirse tambien á ella cierta voluntad; pero no ha de dirigirse mas que á la adquisicion del *jus possessionis*. No es pues consiguiente ni aun posible querer tratar la cosa como propia (*animus domini*), porque se reconoce espresamente la propiedad de otro.

Lo que nos interesa es indicar completamente los casos que admiten la posesion derivada; en otros términos, debemos examinar en general todos los actos jurídicos en que se trasmite á otro la retencion sin propiedad, y entonces determinaremos en cada uno de ellos, si el *jus possessionis* se trasmite ó no al mismo tiempo que la detencion. Segun lo cual, estos actos jurídicos forman en general tres clases: unos jamás dan lugar á la posesion derivada (§. 23); otros la producen siempre (§. 24), y otros en fin, la crean algunas veces (§. 25). Para todos sin

excepcion, recordaremos la observacion que ya presentamos. Toda posesion derivada es una excepcion de la regla; es pues de regla que los actos jurídicos de esta naturaleza no produzcan ninguna posesion jurídica, y en todos los casos en que igualmente se transfiera la posesion, debe probarse y explicarse la existencia de la posesion jurídica.

Primera clase. Casos en que jamás se trasmite la posesion jurídica con la detencion.—Todos estos casos tienen de comun que el poseedor actual no pierde por la trasmision su *jus possessionis*, y que aquel á quien se hace la trasmision no la adquiere, y no hace mas que ejercer, en calidad de representante, la posesion de otro.

El primero de estos casos, que menos lugar á duda puede ofrecer, ocurre cuando transmitimos la retencion á otro, con el objeto de que administre nuestra posesion, ya recalga el mandato solo sobre la posesion, ya comprenda la administracion de todos nuestros bienes (*procurator*, en el sentido estricto).

En segundo lugar, tenemos el comodato. Aquel que da, bajo esta forma, el uso de una cosa suya á otro, no pierde por consecuencia la posesion que no adquiere el comodatario (1).

En tercer lugar, lo mismo exactamente sucede con el contrato de arrendamiento, porque no hay motivo alguno capaz de hacer suponer que, segun su naturaleza, lleva consigo la enagenacion de la posesion. En lo concerniente á la usucapion, este contrato no ejerce sobre ella influencia alguna: el derecho de los interdictos no nos obliga tampoco á adjudicar la posesion al arrendatario; porque su contrato le protege ya suficientemente contra la violencia ejercida por el propietario, y si es un tercero el que turba la posesion, bastan los interdictos que competen al propietario, porque en este caso tambien puede exigir el arrendatario que el propietario le indemnice ó le ceda los interdictos.—La regla de que el arrendatario no posee sino en nombre del arrendador, está equivocadamente sometida á las siguientes excepciones:

A. Cuando el arrendatario es al mismo tiempo propietario de la cosa que se hallaba hasta entonces en posesion de otro, esta posesion pasa efectivamente. Pero el motivo es que en este caso no puede existir ningun arrendamiento: esta pretendida excepcion no es pues mas que una aplicacion pura y simple de nuestra regla.

B. Cuando se ha estipulado expresamente la trasmision de la posesion. Pero una convencion de esta especie es de tal modo contraria á la naturaleza del arrendamiento, que se juzga este rescindido cuando por cualquier otro acto se trasmite la posesion. Muchos autores han negado esta proposicion porque han com-

(1) «*Res commodata et possessionem et proprietatem retinemus.*» L. 2, D. *commodati*.—Cpr. L. 2, §. 20, D. *de poss.*

prendido mal la *possessio locatis* que antes hemos explicado (§. 5): esta no designa de modo alguno, como ellos creen, un arrendamiento traslativo de la posesion, sino un arrendamiento consentido por un arrendador que no tiene mas derecho que la posesion. Solo esta última circunstancia distingue este caso de los ordinarios en que el arrendador tiene la posesion y la propiedad á un tiempo mismo; y lo que tiene de comun con todos los otros casos es que el arrendatario no hace mas que administrar la posesion que en realidad tiene el arrendador.

Un cuarto caso en que se trasmite la detentacion sin la posesion, hace referencia á una forma del procedimiento romano, *missio in possessionem*. Este permiso concedido por el pretor para tomar posesion se daba con dos objetos diversos:

A. Con el de transmitir la propiedad (á saber, la propiedad bonitaria con la *conditio usucapiendi*) (1). En este caso, se podia tambien á la verdad adquirir la posesion; pero esta posesion no era derivada, sino originaria, porque el poseedor poseia *pro suo*, esto es, con el objeto de tratar como suya la cosa.

B. Con el objeto de prevenir una enagenacion, de asegurar el goce de los frutos, etc. En estos casos no se adquiere mas que la simple detentacion sin posesion; y la causa es que se niega la usucapion al enviado á la posesion (*missus in possessionem*), porque precisamente en esto es en lo que se distingue esta *missio* de la de la primera especie: tampoco es necesario atribuirle la posesion á causa de los interdictos, porque goza de un interdicto particular, diferente de todos los interdictos posesorios, y mas ventajoso aun que ellos. Se explica, pues, bastante porque ninguna *missio* de esta especie da la posesion al *missus*, que solo tiene la detentacion de la cosa en nombre del poseedor precedente.

El quinto y último caso de esta especie corresponde á la detentacion que se funda sobre un *jus in re*. Así, el que hace la tradicion de una cosa á otro, porque este tiene el usufructo ó el derecho de uso (*usus*), no pierde la posesion, y el usufructuario y el usuario ejercen esta posesion de la propiedad, del mismo modo que el arrendatario. No es difícil manifestar la causa. La usucapion no necesita cambio alguno de posesion, porque el *jus in re* no está destinado á verificar el cambio en la propiedad. Los interdictos no exigen tampoco un cambio en la posesion, porque el derecho *in re* está protegido por interdictos particulares (§. 12) contra los ataques de un tercero, y esta proteccion no pierde nada de su eficacia por la circunstancia de que el propie-

(1) Debemos hacer mencion aqui de la *missio ex secundo decreto damni infecti causa* (L. 7, pr. D. de damno infecto); el juriconsulto hace espresamente la observacion de que este envio da origen á la posesion jurídica, lo que jamás ocurría en el *primum decretum* (L. 3, §. 23, D. de poss. ad. L. 15, §. 16, 17. L. 18, §. 15, D. de damno infecto).—L. b. p. se concedía del mismo modo y con el mismo efecto, sobre el derecho de cosas individuales, aunque la palabra *missio* no se halla tal vez ni una sola vez en la *b. p. edictalis*.

tario tiene tambien, por causa de su posesion, un interdicto contra el que la turbe: las colisiones que pueden ocurrir entre el usufructuario ó el usuario y el propietario, tampoco exigen que se le niegue á este la posesion. Ambos tienen interdictas, pero están entre si en la misma relacion que la reivindicacion (*reivindicatio*) con la accion confesoria (*confessoria actio*); esto es, en la misma relacion que tiene la regla con su escepcion: de donde se sigue, que esta relacion no puede hacer nacer ninguna colision difícil de decidir (§. 9, ad. á la 6.ª ed.) Pasemos á probar todas estas proposiciones.

En cuanto al usufructo, no es difícil demostrar que el usufructuario no tiene posesion alguna.

L. 6, §. 2, de precario.

«.... et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in prædio: et tamen non possident.»

L. 12, pr. D. de poss.

«Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet.»

Igualmente se explica, y espresamente en otro pasaje, la relacion del usufructo con la propiedad, de modo que se distinguen como independientes uno de otro, y como capaces de coexistir sin escluirse mutuamente el ejercicio de la propiedad (es decir, la posesion) y el ejercicio del usufructo.

L. 52, pr. D. de poss.

«Permiseri causas possessionis, et usufructus non oportet: quemadmodum nec possessio, et proprietas misceri debent: neque impediri possessionem, si alius fruatur: neque alterius fructum amputari si alter possideat.»

Esta muy sencilla relacion en que se halla la posesion con el usufructo, no ha sido reconocida en todos tiempos mas que por un pequeño número de juriconsultos. La mayor parte de estos conceden al usufructuario al mismo tiempo que la *juris quasi possessio*, la posesion jurídica de la misma cosa, ya porque tienen falsas ideas sobre la posesion natural, ya porque no se concede en este caso como con respecto á las otras servidumbres un interdicto particular, sino los *de vi* y *uti possidetis*. Pero no han considerado que el derecho de recurrir á ciertos interdictos determinados es evidentemente muy distinto del derecho de emplear en general un interdicto: es extraño á la verdad que el usufructuario goce de los mismos interdictos que el verdadero propietario, y esta es una estension de los interdictos fuera de su objeto originario; pero esta circunstancia es al mismo tiempo enteramente accidental: por equivocacion se considera como una escepcion de la regla el derecho del usufructuario á los interdictos en general, y ni este derecho, ni la aplicacion accidental de los interdictos que competen al verdadero poseedor, contienen motivo alguno para atribuir al usufructuario la posesion de la cosa.

Lo que acabamos de establecer con respecto al usufructo, tanto mas debe aplicarse al derecho de uso y á las demás ser-

vidumbres que dan la detentacion de la cosa, cuanto que en todos estos casos la propiedad queda mas completa, y se separa una parte de derecho menor que en el usufructo.

Este es tambien probablemente el motivo por el cual tal vez no hablan en parte alguna las fuentes del derecho, de la posesion considerada en sus relaciones con estas instituciones juridicas.

Pero este principio no se limita á las servidumbres; se aplica tambien á todo *jus in re*, y por consiguiente, á la superficie. Porque esta dá derecho á un interdicto que le es propio, y de ningún modo al interdicto *uti possidetis* que sin embargo se concede en toda posesion juridica. Además nos apoyamos en el pasaje siguiente, que prescribe para la superficie espresamente la relacion de la propiedad con todo *jus in re*, como una regla sin escepcion.

L. 3, §. 7, D. *uti possidetis*.

«Sed si supra ædes, quas possides, conaculum sit, in quo, alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse. Labeo ait, non cum qui in conaculo moraretur: semper enim superficiem solo cedere. Plane si conaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo ædes possideri qui *κρητας* possideret, sed ab eo cujus ædes supra *κρητας* essent: verum est in eo, qui aditum ex publico habuit. Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus à Prætoribus utentur: dominus autem soli, tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed prætor superficiarium sivebitur secundum legem locationis et ita Pomponius quoque probat.»

Este pasaje siempre ha sido mal comprendido, porque se ha supuesto constantemente que trata desde el principio al fin de un mismo caso. Pero no es así: este pasaje se compone de dos partes independientes: porque partiendo de la palabra *ceterum* se entrega el juriconsulto á una idea enteramente nueva. En la primera mitad, el caso es este. Yo habito una casa cuyo piso superior se halla ocupado por otro, no en calidad de inquilino ó usufructuario sino como *quasi dominus* y con el mismo titulo con que yo ocupo la parte inferior, de modo que cada uno de nosotros debería seguramente ser reputado como único poseedor si el otro no debiera entrar en consideracion á su lado. Ahora bien, ¿cómo se decidirá en este caso, tratando de la posesion y de los interdictos? Pudiera creerse que los interdictos debían ser conferidos á cada uno por el espacio que ocupa: esta opinion que terminaría la diferencia del modo mas fácil no está refutada por el juriconsulto, pero supone tácitamente la imposibilidad que se apoya con toda claridad en que los distintos pisos de una casa no pueden hallarse en posesion de distintas personas. No queda, pues, mas partido que tomar, que el de declarar á uno de nosotros poseedor esclusivo de toda la casa y

darle á él solo los interdictos. El juriconsulto dice que en general el que ocupa la parte inferior es el que tiene la posesion de toda la casa, porque su morada se halla unida al suelo y el edificio sigue al solar. Con todo, esto no es cierto en toda su generalidad; porque el habitante de la parte superior ocupa la habitacion principal de la casa, y tiene una entrada particular para ella, mientras que el otro solo ocupa un subterráneo, una cueva (*κρητας*), el primero es considerado como verdadero poseedor de la casa entera, y se le concede la proteccion de los interdictos, y el otro habrá de ceder. Así en este primer caso, el juriconsulto suponía que cada cual permanecía *quasi dominus*: despues pasa al segundo caso. Todo lo contrario sucede cuando el habitante superior no reside en la casa *quasi dominus*, sino en virtud del derecho de superficie. Entonces no puede haber semejante dificultad, y todo se decide lo mas cómodamente posible segun la relacion en que se halla la *possessio* con la *quasi possessio*. El propietario es poseedor esclusivo de toda la casa, y goza del interdicto *uti possidetis* contra cualquier otro, aun contra el superficiario: pero este, así como obtendría cómodamente el interdicto *de superficiebus* contra otro cualquiera, aun cuando fuese el propietario, así tambien goza de él en calidad de demandado, por una especie de escepcion, para protegerse contra el interdicto, *uti possidetis* del propietario. Toda esta interpretacion se funda, pues, únicamente en la division del pasaje cuyos dos miembros, muy claramente distinguidos por la palabra *ceterum*, solo han sido mal entendidos, porque la palabra *superficius* se halla en el primero: pero es evidente que esta espresion no tiene por objeto, en este lugar, designar la institucion juridica del mismo nombre, sino que por el contrario se halla empleada en el sentido material para designar el edificio por oposicion al suelo.

Partiendo de la verdad de esta division y de esta interpretacion, vino á hacerse evidente, por la oposicion de ambos casos, que el juriconsulto ha querido atribuir la *corporis possessio* de la totalidad y de todas sus partes al propietario solo del fundo, y no ha querido conceder al superficiario mas que la *juris quasi possessio* de las partes que forman el objeto del contrato (*secundum legem locationis*).

Placentino es tal vez el único autor que ha reconocido que la posesion queda siempre la misma en todo *jus in re*, esto es, en el usufructo, el derecho de superficie, etc. La mayor parte de los juriconsultos se han contentado con examinar si la superficie sufre modificaciones en el usufructo ó en la superficie, porque la casualidad ha querido que nuestros librós originarios del derecho no hagan mencion de ella sino por relacion á estas dos especies de derechos reales.

§. 24.

CONTINUACION.

Segunda clase. Detentacion que jamás se trasmite con la posesion.

Esta clase comprende dos casos:

1.º La posesion del *enfiteuta*. Como esta posesion es determinada en general, pero al mismo tiempo sin el *animus domini*, no puede ser considerada sino como una posesion derivada. Por otra parte, no podemos probar por razones históricas, ni tampoco por la naturaleza misma ó el objeto de la enfiteusis, que es preciso admitir para este caso una posesion derivada en vez de una simple *quasi juris possessio*.

2.º La posesion del *acreedor pignoraticio*; esto es, la posesion que resulta del contrato de prenda (*contractus pignoris*.) No todas las fianzas producen esta posesion, antes por el contrario se limita al contrato de prenda; y especialmente la prenda pretoria no la produce, porque la prenda pretoria resulta de cualquiera *missio in possessionem*, y en la mayor parte de los casos, esta *missio* no tiene por consecuencia ninguna posesion: lo mismo puede decirse del *pignus in causa judicati captum* que guarda analogía con la prenda pretoria: en fin, esto es aplicable igualmente á un simple contrato que no va acompañado de la entrega de las cosas prometidas para asegurar el crédito.

La posesion del *acreedor pignoraticio* debe ser esplicada en nuestro concepto del modo siguiente. Durante nuestro tiempo, los romanos no conocieron mas que dos modos de asegurar la ejecucion de una obligacion por la propiedad del deudor. Desde luego se habia acostumbrado ceder en el principio y por mancipacion, la propiedad de una cosa al acreedor, que debia por su parte prometer al tiempo de la mancipacion dejar rescatar la cosa (*pactum de remanipando fiducia*.) Pero esta forma no solo presentaba muchas dificultades, sino que ademas estaba restringida á ciertas clases de cosas (á las *res mancipi*): por esta razon adoptaron en segundo lugar la costumbre de hacer la tradicion de la cosa al acreedor, sin conferir por este acto ningun derecho mas que el del *deudor* para exigir despues la restitucion (*actio pignoratitia*.) Ya hemos visto antes que este caso no puede admitir ningun *animus domini*, y por consiguiente ninguna posesion originaria: de modo que si hay posesion, solo puede ser una posesion derivada, y de ella es de la que aqui se trata. El acreedor, pues, en primer lugar, no recibe por esta tradicion mas que la seguridad natural que le da la conservacion de la cosa destinada á cubrir su crédito en caso de defecto de pago: la pérdida de la posesion natural lleva consigo la de toda seguridad. En segundo lugar, debemos tomar en consideracion los interdictos poseso-

rios, y demostrar por la naturaleza de este contrato, á cuál de las dos partes deben ser concedidos: no es al deudor á quien se deben dar, porque no le sería difícil recobrar de un modo ilegítimo la posesion natural de la cosa (1): es, pues, al acreedor á quien se deben adjudicar, porque su contrato le daba la detentacion, y los interdictos solo tienen por objeto conservar ó recobrar la detentacion (2). Despues, cuando se dió al acreedor una accion real (*actio quasi Serviana*) dirigida á la recuperacion de la posesion perdida, se alteró en cierto modo el aspecto de la cuestion. Los interdictos vinieron á ser entonces menos indispensables, pero no se dejó de conservarlos, porque del mismo modo se concedian al propietario aunque siempre habia tenido la reivindicacion: es, pues, un gran error hacer referir la posesion del acreedor á esta accion real, como á su causa ó á su efecto, y no considerarla sino como nacida de esta accion ó por causa de ella, cuando aquella hubiera podido muy bien hacerla cesar.

Hé aquí, pues, cuales serian las relaciones respectivas de las partes: el acreedor tendría la posesion jurídica, esto es, el derecho de recurrir á los interdictos, pero no gozaria del derecho á la usucapion (*civilis possessio*), porque no tiene buena fé ni justa causa: el deudor no gozaria del derecho de invocar los interdictos, no tendria en general ninguna posesion jurídica, y la usucapion que habria tenido hasta el momento de la tradicion, dejaría tambien de correr con respecto á él. Pero este último punto, no solo no es una consecuencia del objeto que ha tenido el contrato de prenda, sino que se hallaria en oposicion completa con el interdicto del acreedor. Porque si la cosa que hasta entonces formaba el objeto de la usucapion del deudor estaba en propiedad romana de otro, no podria ser eseluida la reivindicacion sino por la usucapion cumplida, y por tanto la interrupcion de la usucapion no podia hacer perder al propietario el derecho de servirse de su reivindicacion, tanto contra el acreedor como contra cualquier otro poseedor.

Este interés opuesto del acreedor relativamente á los interdictos y á la usucapion, ha hecho nacer en el contrato de prenda una escepcion de las reglas de posesion; escepcion que no se encuentra en ningun otro acto jurídico. De este modo tenemos las modificaciones siguientes: el acreedor tiene la *possessio*, esto es, el derecho de invocar los interdictos; pero la *civilis possessio*,

(1) Podria objetarse que esto se aplica igualmente al arrendatario y al comodatario, etc. Pero el contrato de prenda, distinto en esto de los otros contratos, tiene por objeto precisamente dar al acreedor una seguridad particular contra el deudor: reposa, pues, en una desconfianza contra el deudor, lo que no sería si se concediesen los interdictos á este último. Thibaut. *Archiv.* t. 18, p. 324, explica este punto con mucha exactitud y mas elegancia que nosotros. (Adic. á la 6.ª edic.)

(2) No es necesario considerar como lo hace Unterholzner, *Verjahung*, p. 160, esta posesion del derecho de prenda como un resto de la antigua *fiducia*.

esto es, la que conduce á la usucapion, no le compete: el deudor no tiene el derecho de recurrir á los interdictos; tampoco tiene en general *posesion ninguna*, pero continúa la usucapion comenzada como si no hubiera cesado de tener la posesion. No es tan indiferente como á primera vista parece, explicar este último principio del modo que acabamos de hacerlo apoyándonos en un pasaje del derecho romano, ó decir que el deudor posee realmente y que él y el acreedor se dividen la posesion. Porque los términos de que nos hemos valido atribuyen la escepcion á la regla *sine possessione usucapio contingere non potest*, y de ningún modo á esta otra regla *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*; de este modo, la generalidad de la última regla se halla al abrigo de esta objecion. Las expresiones en que hemos formulado el principio, tienen además la ventaja de mostrar dónde se halla únicamente la escepcion: el derecho del deudor es el solo que se aparta de la regla; el del acreedor está enteramente comprendido en la regla de la posesion derivada, y esta es la razon porque la posesion del acreedor pignoraticio podía servir con razon para determinar las ideas generales de la *civilis* y *naturalis possessio*; método que en el caso contrario (esto es, si el derecho del acreedor se apartase de la regla) hubiera carecido completamente de motivo.

Pasemos ahora á la prueba de nuestras aseveraciones sobre la posesion de la prenda.

A. El acreedor tiene la posesion jurídica; pero no le compete el derecho de la usucapion.

L. 16, D. de usurp.

«... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet.»

B. La primera proposicion que acabamos de enunciar, tiene por consecuencia que el acreedor, tanto como cualquier otro poseedor, puede arrendar la cosa: puede tambien arrendarla al deudor, aunque este último es al mismo tiempo propietario: entonces el arrendamiento forma una *possessionis locatio* y el deudor ejerce la posesion de otro sobre una cosa propia.

L. 37, D. de pign. act.

«Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio: cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.»

C. El deudor, para hablar con propiedad, no tiene posesion alguna, pero se crea en su favor una ficcion jurídica, y se supone en su persona una *possessio ad usucapionem*, esto es, se le considera con respecto á la usucapion como si tuviera la posesion, aunque en realidad no la tiene.

L. 16, §. 15, D. de usurp.

«Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet...»

L. 1, §. 15, D. de poss.

«... ad unam enim tantum causam *oideri* eum á debitoro possideri: ad usucapionem...»

D. Esta posesion fingida del deudor, se funda únicamente en la naturaleza jurídica del contrato de prenda: así cuando no hay una confianza reconocida válida en derecho, esta posesion tampoco tiene lugar: tales entre otros el caso en que el acreedor es propietario de la cosa dada en prenda.

L. 29, D. de pign. act.

«Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis;... deinde me dominus heredem instituerit; *desinit pignus esse*... ideo usucapio tua interpellabitur.»

Entre los juriconsultos modernos se hallan las opiniones mas divergentes acerca de la posesion de las cosas entregadas para seguridad de una deuda: el mayor número de ellas es extraño á nuestro propósito, porque pertenecen á las naciones de la *civilis* y de la *naturalis possessio*.—Placentino se esfuerza en rehusar al deudor toda posesion, y si se ha visto en Doneau un defensor de la misma opinion, á él se debe atribuir en cierto modo esta falta; pero él no niega la existencia de la posesion del acreedor sino donde presenta la posesion originaria acompañada del *animus domini*. Mas adelante habla de la traslacion de la simple posesion, y con este motivo hace mencion con mucho acierto del acreedor que posee la cosa dada en prendas. Su defecto está pues en suponer tácitamente la distincion de la posesion originaria y la posesion derivada, mas bien que en desenvolverla espresamente y en aplicarla á nuestro caso.—Duarein, y sobre todo Valencia, han explicado convenientemente las relaciones que existen entre el acreedor y el deudor.—Westphal espresa su opinion literalmente en estos términos: «el juriconsulto comete un grave error no adoptando la posesion del deudor que ha dado una cosa en prenda, sino para la usucapion... Se ve cuán poco se debe fiar á veces de las aserciones de los antiguos legistas.»

§. 25.

CONTINUACION.

Tercera clase. Detencion que se trasmite, unas veces con la posesion y otras sin ella. Esta clase comprende dos casos: el *depositum* y el *precarium*.

En lo concerniente al *depositum*, la regla no admite duda alguna. En general, la posesion tanto aquí como en el arrendamiento, no se enajena.

L. 3, §. 20, D. de poss.

«Sed si is qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.»

esto es, la que conduce á la usucapion, no le compete: el deudor no tiene el derecho de recurrir á los interdictos; tampoco tiene en general *posesion ninguna*, pero continúa la usucapion comenzada como si no hubiera cesado de tener la posesion. No es tan indiferente como á primera vista parece, explicar este último principio del modo que acabamos de hacerlo apoyándonos en un pasaje del derecho romano, ó decir que el deudor posee realmente y que él y el acreedor se dividen la posesion. Porque los términos de que nos hemos valido atribuyen la escepcion á la regla *sine possessione usucapio contingere non potest*, y de ningún modo á esta otra regla *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*; de este modo, la generalidad de la última regla se halla al abrigo de esta objecion. Las expresiones en que hemos formulado el principio, tienen además la ventaja de mostrar dónde se halla únicamente la escepcion: el derecho del deudor es el solo que se aparta de la regla; el del acreedor está enteramente comprendido en la regla de la posesion derivada, y esta es la razon porque la posesion del acreedor pignoraticio podía servir con razon para determinar las ideas generales de la *civilis* y *naturalis possessio*; método que en el caso contrario (esto es, si el derecho del acreedor se apartase de la regla) hubiera carecido completamente de motivo.

Pasemos ahora á la prueba de nuestras aseveraciones sobre la posesion de la prenda.

A. El acreedor tiene la posesion jurídica; pero no le compete el derecho de la usucapion.

L. 16, D. de usurp.

«... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet.»

B. La primera proposicion que acabamos de enunciar, tiene por consecuencia que el acreedor, tanto como cualquier otro poseedor, puede arrendar la cosa: puede tambien arrendarla al deudor, aunque este último es al mismo tiempo propietario: entonces el arrendamiento forma una *possessionis locatio* y el deudor ejerce la posesion de otro sobre una cosa propia.

L. 37, D. de pign. act.

«Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio: cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.»

C. El deudor, para hablar con propiedad, no tiene posesion alguna, pero se crea en su favor una ficcion jurídica, y se supone en su persona una *possessio ad usucapionem*, esto es, se le considera con respecto á la usucapion como si tuviera la posesion, aunque en realidad no la tiene.

L. 16, §. 15, D. de usurp.

«Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet...»

L. 1, §. 15, D. de poss.

«... ad unam enim tantum causam *oideri* eum á debitoro possideri: ad usucapionem...»

D. Esta posesion fingida del deudor, se funda únicamente en la naturaleza jurídica del contrato de prenda: así cuando no hay una confianza reconocida válida en derecho, esta posesion tampoco tiene lugar: tales entre otros el caso en que el acreedor es propietario de la cosa dada en prenda.

L. 29, D. de pign. act.

«Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis;... deinde me dominus heredem instituerit; *desinit pignus esse*... ideo usucapio tua interpellabitur.»

Entre los juriconsultos modernos se hallan las opiniones mas divergentes acerca de la posesion de las cosas entregadas para seguridad de una deuda: el mayor número de ellas es extraño á nuestro propósito, porque pertenecen á las naciones de la *civilis* y de la *naturalis possessio*.—Placentino se esfuerza en rehusar al deudor toda posesion, y si se ha visto en Doneau un defensor de la misma opinion, á él se debe atribuir en cierto modo esta falta; pero él no niega la existencia de la posesion del acreedor sino donde presenta la posesion originaria acompañada del *animus domini*. Mas adelante habla de la traslacion de la simple posesion, y con este motivo hace mencion con mucho acierto del acreedor que posee la cosa dada en prendas. Su defecto está pues en suponer tácitamente la distincion de la posesion originaria y la posesion derivada, mas bien que en desenvolverla espresamente y en aplicarla á nuestro caso.—Duarein, y sobre todo Valencia, han explicado convenientemente las relaciones que existen entre el acreedor y el deudor.—Westphal espresa su opinion literalmente en estos términos: «el juriconsulto comete un grave error no adoptando la posesion del deudor que ha dado una cosa en prenda, sino para la usucapion... Se ve cuán poco se debe fiar á veces de las aserciones de los antiguos legistas.»

§. 25.

CONTINUACION.

Tercera clase. Detencion que se trasmite, unas veces con la posesion y otras sin ella. Esta clase comprende dos casos: el *depositum* y el *precarium*.

En lo concerniente al *depositum*, la regla no admite duda alguna. En general, la posesion tanto aquí como en el arrendamiento, no se enajena.

L. 3, §. 20, D. de poss.

«Sed si is qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.»

La excepcion á este principio no tiene lugar sino en un caso muy especial.

Cuando la propiedad de una cosa es reivindicada, y esta última se deposita en un tercero (*sequester*), las partes por convencion expresa pueden conferir la posesion á este tercero, para interrumpir toda usucapion que se hiciese hasta esta traslacion: este es el único caso en que el depósito produce un cambio de posesion.

L. 39, D. de poss.

«Interesse puto, quia mente apud sequester deponitur res; nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum: ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodia causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.»

L. 17, §. 1, D. depositi.

«Rei deposita proprietatis apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequester deposita est (1): nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.»

El *precarium* sigue un principio enteramente contrario: es verdad que tambien traslada ya la posesion, ya la simple detentacion; pero la traslacion de la primera tiene lugar por regla general, cuando la segunda debe ser expresamente estipulada para que pueda pretenderse su existencia.—El motivo por el cual se verifica aquí por regla general la traslacion de la posesion, es que no irroga perjuicio alguno al propietario (*rogatus*): su posesion que le conduce á la usucapion, se continúa en efecto por *accessio possessionis*, y hay un interdicto especial para recuperar la posesion enagenada (*interdictum recuperandae possessionis*).

A. Es de regla que la posesion en sí misma se trasmite por el *precarium*:

L. 4, §. 1, D. de prec.

«Memnisse autem nos oportet, cum qui precario habet, etiam possidere.»

B. Se puede estipular, por convencion expresa, que solo se trasmita la detentacion.

L. 10, pr., §. 1, D. de poss.

«Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur

(1) «Depositata (possessio) est» y no «depositata (res) est.» El sentido de esta frase, no es pues que el depósito no da posesion alguna, excepto cuando se trata de una *sequestratio* sino que significa: «el depósito no da posesion alguna, excepto cuando se trata de un secuestro, y de tal modo que la posesion le es transmitida expresamente (*depositata possessio*).» El secuestro no debe en efecto ser poseedor, mas que por excepcion: esto es lo que dice no solo el primer pasaje, sino tambien el segundo, por las palabras que siguen inmediatamente «nam tum demum sequester possidet.»—Duarein, de sacris eccles. minist. III, 10 (*Opp.* p. m. 1567), es el primero que ha dado esta explicacion: con todo, explica sin necesidad, las palabras *depositata est* por *omissa est*.—La glosa sobre estos dos pasajes toma la regla por la excepcion y al contrario.

decessisse á conductione.... Idem Pomponius bellissime temptat dicere, nunquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset?... quod si factum est, utrumque procedit.»

Es verdad que tambien se pierde la posesion en este último caso cuando el *rogans* es al mismo tiempo propietario de la cosa: pero esta pérdida proviene aquí lo mismo que en el arrendamiento, solo de que no existe realmente *precarium*. Tambien por este motivo tiene excepcion esta proposicion, cuando el propietario en concepto de tal, conviene en un *precario* con el poseedor con intencion de adquirir la posesion de este último. Es preciso no confundir este *precarium solius possessionis* con la trasmision de la posesion jurídica por el *precarium*, puesto que se puede transmitir por él, como por cualquier otro *precarium* tanto la posesion como la simple detentacion.—El contrato de prenda nos presenta una aplicacion muy importante. Cuando el deudor pide (*rogat*) *precario* la prenda, esta *rogatio* es válida, porque tiene evidentemente lugar en consideracion á la posesion jurídica del acreedor: la posesion atributiva de la usucapion del deudor continúa naturalmente, porque este último recibe por la *rogatio* mas de lo que tenia antes: la posesion del acreedor continúa igualmente cuando el *precarium* solo tiene por objeto la simple detentacion, lo que tambien se presume en este caso, conforme al objeto del contrato de prenda.

§. 26.

DE LA ADQUISICION DE LA POSESION POR UN TERCERO.

Para terminar la adquisicion de la posesion no nos resta mas que examinar cómo se puede adquirir la posesion por actos ejecutados por personas estrañas: y si nos conformamos con una expresion que esplicamos anteriormente, acerca de la nocion de la posesion, dejando aparte las excepciones, podremos plantear la cuestion en estos términos.

«¿Cómo es posible adquirir, por actos ejecutados por un tercero, la conciencia del poder físico sobre una cosa?»

Todos los casos de esta especie de adquisicion, y sobre todo el del *constitutum possessorium* son generalmente considerados como una aprehension ficticia, opinion que produce aquí y en todas partes las consecuencias prácticas mas importantes. No puede negarse que esta adquisicion presenta algunas particularidades; pero se ha olvidado indagar en qué consiste este carácter particular. Toda nuestra cuestion se reduce á tres puntos: ¿Qué debe hacer aquel por cuyo medio adquirimos la posesion (*el representante*)? ¿Qué debe hacer el mismo poseedor (nuevo)? En fin, ¿cuál es la relacion que debe existir entre el representante y el nuevo poseedor?

El primero y segundo puntos nada contienen que difiera mucho de la regla de toda adquisición: pero no sucede así con el tercero, pues en él encontramos disposiciones completamente extrañas á los dos primeros puntos. Dos ejemplos aclararán esta distinción. Según la opinión comunmente recibida, los actos ilegales, por ejemplo, la violencia, hacen imposible la adquisición por medio de tercero, porque un acto ilegal es siempre indigno de una ficción: pero la aprehensión no contiene aquí nada jurídico, lo mismo que en cualquier otro caso. La relación que existe entre el representante y el poseedor, ofrece ciertamente un carácter jurídico, y la nulidad jurídica de esta relación puede impedir la adquisición de la posesión.—El error de nuestros jurisconsultos procede pues de que no aprovechan la lección de Javoleno á Labeon, y confunden por consiguiente como este último dos cosas enteramente distintas.

Así, el primer punto que se debe determinar aquí, es el acto del representante. Ahora bien, es evidente á primera vista que este representante debe hacer tanto por lo menos, como si quisiera adquirir para sí la posesión; es decir, que debe haber aprehensión unida al *animus possidendi*, y que por esta misma razón, el que no tiene voluntad, tampoco tiene capacidad de adquirir por medio de otro. Pero el *animus possidendi* tiene, en nuestro caso, la particularidad de que el representante ha de querer adquirir la posesión, no para sí mismo, sino para otro, para que este pueda realmente llegar á ser poseedor: si el representante quiere llegar á ser por sí mismo poseedor, ó adquirir la posesión para un tercero, su acto producirá el resultado que apetece, á menos que obstáculos particulares (por ejemplo, la condición del esclavo) vengán á oponerse: en este caso, no se ha adquirido posesión alguna.—Esta regla no está sujeta á dudas, pero tiene una escepción en la *tradición*: porque en ella la intención del *tradens* es la que decide á favor de quién tendrá lugar la adquisición, aun en el caso de que el representante, violando su contrato, quiera adquirir para sí ó para un tercero. No es preciso decir que la voluntad del *tradens* solo produce este resultado como consecuencia inmediata de la tradición, y que el representante infiel puede del mismo modo adquirir la posesión para sí propio; en cuyo caso será preciso aplicar las reglas relativas á la pérdida de la posesión por un tercero (§. 33.)

En segundo lugar, es necesario que el poseedor tenga intención de adquirir la posesión: la adquisición no podrá pues verificarse ignorándolo el poseedor (*ignoranti possessio non acquiritur*).—Esta proposición podría fácilmente dar lugar á equivocaciones, porque esta expresión puede ser tomada en un doble sentido. *Ignorantis possessio* puede significar la posesión de aquel que no tiene conocimiento alguno del acto, y que por consiguiente no puede querer la adquisición; esta es objeto de nuestra regla: tal *ignorantis possessio* es imposible; sin embargo, esta imposibilidad

sufre tres escepciones en las cuales la ignorancia no impide, ni la posesión en general, ni la usucapion: estas tres escepciones conciernen al peculio, la adquisición por los tutores y las corporaciones (1). En segundo lugar, puede entenderse por *ignorantis* el que, queriendo adquirir la posesión de la cosa, ha dado al efecto mandato á otra persona, pero aun no ha sido instruido de la ejecución del mandato, esto es, de la verdadera aprehensión: nuestra regla nada tiene de comun con esta especie de ignorancia: no hace imposible la adquisición de la posesión, solo impide la usucapion. Así, el que ha dado tal mandato, empieza á poseer desde que el mandato ha sido cumplido; pero la usucapion no empieza á correr hasta el momento en que el poseedor tiene conocimiento de la ejecución.—Hasta tanto que hayamos explicado el tercer punto, no podremos suministrar la prueba de estas diferentes proposiciones.

Finalmente, es preciso en tercer lugar que exista una relación jurídica entre el representante y el poseedor para hacer nacer de este modo la posesión. Puede decirse en general, que la *orden* ó el *mandato* deben preceder á la adquisición de la posesión, según que medie entre las dos personas una relación de potestad jurídica (como la del padre sobre sus hijos, ó la del señor sobre sus esclavos) ó bien una relación libre.

A. Potestad jurídica ejercida por el poseedor sobre el representante.—Nada de particular tiene que los que están en poder nuestro adquieran por nosotros la posesión; puesto que todos los derechos en general pueden adquirirse por los esclavos y los hijos que se hallan en la patria potestad.

El dueño de un esclavo, el poseedor de buena fé, y el usufructuario, adquieran por él la posesión.—Para poder adquirir de esta manera, el propietario debe tener al mismo tiempo la posesión del esclavo: si este se halla en posesión de otro, ó si nadie tiene la posesión de él, el propietario como tal no puede adquirir posesión alguna por medio del esclavo; de modo que en este caso no se hace ninguna adquisición, ni de la propiedad, ni aun de la posesión. Síguese de esto por una consecuencia muy sencilla que no podemos adquirir posesión alguna por el esclavo que hemos dado en prenda.—El poseedor de buena fé no adquiere en calidad de tal la posesión ó cualquier otra cosa, por medio del esclavo, sino en tanto que esta adquisición se funda en el trabajo de este último ó en sus propios bienes: pero no se llama poseedor de buena fé sino al que se cree propietario; por consiguiente, el acreedor pignoraticio no puede adquirir cosa

(1) La regla está dada por Paulo, *Rect sent.* V. 2, §. 1: «*Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro: corpore vel nostro, vel alieno.* Cpr. L. 3, §. 12, D. de poss. En cuanto á las escepciones, las desenvolveremos al fin del párrafo.—Tambien Paulo combina perfectamente la escepción de los peculios con nuestra regla. L. 1, §. 3: L. 5, §. 12, D. de poss.

alguna por el esclavo dado en prenda: aunque tiene al esclavo en su posesion, lo posee de un modo legal, y no se le puede negar por consiguiente la *bona fides*, tomando esta expresion en otro sentido.—El usufructuario adquiere por el esclavo, bajo las mismas restricciones que el poseedor de buena fé. Aquí volvemos á hallar la relacion ordinaria de la propiedad con todo *ius in re*: porque por regla general, el propietario es quien adquiere por este esclavo, porque tiene al mismo tiempo la posesion juridica: pero en los dos casos esceptuados, no es para él sino para el usufructuario, para quien adquiere el esclavo la posesion.

Así como el señor adquiere por su esclavo, el padre adquiere por sus hijos todos los derechos en general, y por tanto la posesion. Pero su adquisicion se funda únicamente en el derecho de la patria potestad: no se basa, como la que se verifica por el esclavo, en la posesion que tiene el padre sobre el hijo, porque no se conoce tal posesion: tampoco se puede tratar en este caso del usufructo ni de una relacion semejante á la posesion de buena fé. Así, el que cree por error tener en su potestad un hijo, no puede de modo alguno adquirir por él.

Estos dos casos del poder juridico estan sometidos á una regla especial cuando la adquisicion de la posesion se funda en un peculio. La posesion se adquiere entonces, aun cuando el señor ó el padre no tenga noticia de la adquisicion, y aun puede empezar la usucapion al mismo tiempo que esta posesion. Como para nada se atiende aquí á la voluntad de aquel por quien se verifica la adquisicion, con tal que exista realmente un peculio, las personas que en general no tienen voluntad pueden tambien adquirir de esta manera la posesion: igualmente es posible esta adquisicion en nombre de un prisionero, á pesar de que en este caso hay no solo falta de *animus possidendi*, sino hasta de cualidad de persona en el poseedor.

A mas del poder juridico del señor y del padre, el antiguo derecho reconocia todavia otras dos especies de poder: la *manus* y el *mancipium*. Pero se controvertia la cuestion de si se podia tambien adquirir la posesion por ellos, porque estos dos géneros de potestad no daban la posesion de la persona dependiente. Parece extraño que esta duda se haya suscitado solo con respecto á estas dos clases de potestad y al esclavo que se halla en nuestro usufructo, cuando la patria potestad, que tampoco da al padre la posesion sobre el hijo, debia haberla producido igualmente.

B. En segundo lugar, la relacion que existe entre el poseedor y el representante, puede ser libre. Verdaderamente es de regla que fuera de las dos relaciones de poder juridico de que hemos hablado no se pueda adquirir derecho alguno por los actos de un tercero; pero esta regla no comprende (al menos en tiempo de los jurisconsultos clásicos) mas que las adquisiciones de

derecho civil, no las de derecho natural, á cuyo número pertenece la posesion. Así, podemos adquirir la posesion por un representante sobre el cual no tenemos potestad alguna juridica, y lo mismo sucede con la propiedad cuando su adquisicion se verifica por consecuencia de la posesion, esto es, por tradicion ó por ocupacion.

Pero ¿en qué debe consistir esta relacion libre? En el *mandato* de adquirir la posesion: no se puede explicar esta regla con mayor precision. Porque este mandato no está sometido á las disposiciones que forman una condicion para la validez de los actos juridicos en derecho civil; así, por ejemplo, puede encargarse válidamente un esclavo, con tal de que nadie le *posea*, porque en este caso no sería dueño de ninguno de sus actos, y por lo mismo no podría dar á otro con tales actos el poder sobre una cosa: el pupilo tiene tambien la capacidad de representar á uno en la adquisicion de la posesion, aunque no pueda válidamente ejecutar ningun acto juridico. Pero los actos juridicos son frecuentemente nulos ó ineficaces por motivos que escluyen la *voluntad* del mismo representante: por ejemplo, el error sobre un punto esencial: tales motivos hacen imposible igualmente la adquisicion de la posesion.—Pero por otra parte, la existencia de una relacion juridica que no contiene mandato espreso, no basta para hacer adquirir de este modo la posesion: así por ejemplo, el arrendador tiene la posesion juridica de la cosa arrendada; si muere, su derecho á la merced que resulta del arrendamiento, pasa á sus herederos por la adición de la sucesion; pero no sucede lo mismo con la posesion: para poder adquirirla, es necesario un acto por el cual el arrendatario venga á ser igualmente el representante del nuevo arrendador en la posesion.

La regla que consagra el principio de que los hombres libres pueden tambien adquirir la posesion en nuestro nombre, se ha introducido probablemente desde muy antiguo por la práctica de los tribunales.

1. L. 51, D. *de pass.*

«...ait Labeo... si aceibum lignorum emero, et eum venditor me tollere jusserit: simul atque custodiam posuissem traditus mihi videtur».... (1).

2. L. 41, D. *de usurp.* (Neracio, lib. 7, membr.)

«... quamvis per procuratorem possessionem apisci nos jam fere conveniat...»

3. L. 13, pr. D. *de acqui. rer. dom.* (Neracio, lib. 6, reg.)

«Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit

(1) Ya hemos explicado este pasaje: aquí solo tenemos que examinar el resultado de la opinion de Labeon. Podría aplicarse, por lo demás, la palabra *custodia* á un esclavo: pero Javolene, que en la parte siguiente del pasaje se ocupa especialmente de este caso, se sirve de un modo espreso de la palabra *mandato*.

tradita nomine meo: dominium mihi, id est, proprietas acquiritur, etiam ignorantibus.»

4. Const. 1, C. de poss. (Imp. Severus et Antoninus).

«Per liberam personam ignorantibus quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est.»

Estos textos prueban hasta la evidencia que en la época del rescripto citado, la regla había sido recibida con mucha anterioridad (*pridem*), y que se aplicaba ya en tiempo de Neracio y aun de Labeon: lo que no ha impedido á muchos jurisconsultos pretender que había sido introducida por el pasaje citado del código; error que probablemente habrá sido ocasionado por Ulpiano y las Institutas: pero es muy natural que Ulpiano cite un rescripto del emperador reinante, aunque la disposición en él consignada hubiese sido anteriormente aplicada, sin precepto expreso de ley; y el pasaje de las Institutas que toma quizá origen del texto de este jurisconsulto, tampoco dice que el emperador Severo ha introducido la regla, sino que se limita á hacer notar que se halla enunciada en una de las constituciones de este emperador.

Ahora es cuando nos encontramos en posición de deducir de nuestra regla diferentes consecuencias que solo hemos podido indicar hasta aquí.—Cuando la relación de la representación de que hemos hablado existe realmente, la posesión se adquiere inmediatamente por la aprehensión verificada por el representante, aun cuando el poseedor no haya recibido todavía noticia alguna de la ejecución del mandato que ha dado; y en este sentido puede decirse: *ignorantibus acquiritur possessio*. Pero la usucapion no empieza á correr hasta el momento en que el mandante ha tenido conocimiento de la adquisición de la posesión. Algunos autores han pretendido que esta última disposición al menos, encierra una invitación añadida por Severo á la antigua regla; pero esta opinión es casi menos sostenible que la que la regla también á este emperador.—Mas para que la *ignorantibus possessio* sea posible, no se puede tomar sino en el sentido que acabamos de indicar: aquel en cuyo provecho adquiere la posesión el mandatario, debe, pues, saber y querer que la adquisición se opere por él, siendo también imposible, en la mayor parte de los casos, que se conciba representación sin el cumplimiento de estas condiciones. De aquí se deduce que un *negotiorum gestor* puede también procurarnos la posesión; pero esta no empieza sino desde el momento de la ratificación (*ratificatio*) (1); y otro tanto debe decirse del *procurator universorum bonorum*,

(1) L. 24, D. de neg. gestis. La retroacción que tiene lugar en materia de gestión de negocios, en todos los actos realmente jurídicos, no se opera cuando se trata de la posesión.

porque su mandato no se estiende tampoco á esta adquisición particular.

1. Paulo, *Receptæ sententiæ*, L. 5, tit. 2, §. 2.

«Per liberas personas quæ in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis *possessionem* posse, utilitatis causa receptum est (1). Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit quaeritur (2).»

2. L. 42, §. 1, D. de poss.

«Procurator, si quidem mandante domino rem emerit (3) proptinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.»

A pesar de la claridad de estos pasajes, muchos jurisconsultos se han declarado por la *ignorantibus possessio* adquirida con tal fundamento; y queriendo absolutamente que Severo hubiese introducido alguna novedad, se ha interpretado su constitución en el sentido de esta opinión y como haciendo una adición al antiguo derecho aunque ni este ni el derecho posterior ha contenido jamás tal disposición.

Con todo, la regla según la cual es necesaria la voluntad del poseedor para hacerle adquirir la posesión, sufre una excepción en dos casos de adquisición de la posesión por personas libres.

1.º Las personas jurídicas aunque incapaces de tener conocimiento é intención inmediata, pueden adquirir la posesión por personas libres que les sirven de intermedias. Este principio está consagrado espresamente por los *mancipia*; y como otra ley coloca la adquisición de las demás corporaciones en igual línea que las de las ciudades, nos parece que el principio debe regir todas las personas morales.

2.º Las personas que tienen tutor y carecen de voluntad, pueden adquirir la posesión por actos de sus tutores y curadores; por consiguiente también por la mediación de personas libres.

La adquisición hecha por el tutor á nombre del pupilo, nos ha servido ya para explicar dos pasajes en los cuales se admite la mediación del tutor (*auctoritas tutoris*) como suficiente para adquirir la posesión. Muchos autores se han equivocado de tal modo acerca de estos pasajes, que hasta han llegado á negar la adquisición *per tutorem*, que nosotros no podemos negar ni según este ni según cualquier otro texto.

(1) Es decir apercero se ha hecho una excepción á esta regla para la posesión.»

(2) La expresión *procurator* admitía una doble significación: esta es la razón por la cual el jurisconsulto Paulo advierte espresamente que solo se trata de un representante en la posesión determinada, y de modo ninguno de un *procurator bonorum*, al que se ha dado procuración por todo el tiempo de la ausencia, y que quisiera adquirir una posesión para el mandante durante esta ausencia.

(3) Es decir «si tuviese mandato para adquirir esta posesión» (porque ordinariamente semejante mandato se estiende al mismo tiempo al contrato y á la adquisición de la posesión y de la propiedad).—La antítesis se halla, pues, en el mismo punto que en el caso precedente.

Por lo demas, no es necesario decir que la facultad de hacerse representar puede pasar con todas sus consecuencias de una persona á otra. Cuando Ticio da á Cayo mandato para adquirir la posesion en su nombre, importa poco que Cayo ejecute por sí mismo el mandato, ó que haga que lo ejecute Sempronio: en ambos casos Ticio viene á ser poseedor. (Adic. á la 6.^a edic.)

§. 27.

DEL CONSTITUTUM POSSESSORIUM.

La regla segun la cual un simple mandato sin la existencia de un poder jurídico basta para servir de base á la adquisicion de la posesion por los actos de otra persona, recibe otra aplicacion que nos falta que desenvolver todavia, y que ha causado á nuestros juriseconsultos mas obstáculos que la misma regla. El que en general se halla en posicion de adquirir la posesion para nosotros con sus actos, no pierde esta capacidad cuando se trata de una cosa que él mismo tiene en su posesion jurídica. Al mismo tiempo nos parece evidente que debemos en este caso modificar un poco la regla en su aplicacion, sin cambiarla en sí misma. Porque habiendo tenido anteriormente lugar la aprehension, no debe repetirse, y todo el acto debe ser considerado como el caso inverso de una *brevi manu traditio*: en efecto, así como en esta especie de tradicion el que hasta entonces tenia la detentacion sin la posesion, puede adquirir esta únicamente por el *animus possidendi*, sin verificar ningun nuevo acto, asimismo la simple voluntad transforma la posesion en detentacion, y hasta el derecho de posesion es transmitido inmediatamente á otra persona. Este modo de transferir la posesion es llamado por los juriseconsultos *constitutum possessorium*. Semejante término no se conoció entre los romanos, pero hallamos entre ellos la cosa que espresa, y que no era menos cierta aunque no hubiese un nombre en derecho romano.

La proposicion que acabamos de sentar está consagrada por el pasaje siguiente en toda la estension que le hemos dado, y como simple aplicacion de principios bien conocidos.

L. 18, pr. D. de poss.

«Quod meo nomine possides, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, ejus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministeriam.»

Esta adquisicion de la posesion puede pues operarse como consecuencia de una convencion, y sin acto corporal ejercido sobre la cosa misma: un pasaje muy conocido opone sin embargo la sola convencion á la tradicion, declarando que esta transfiere

la propiedad, sin conceder igual efecto á la convencion. Esta circunstancia nos proporciona determinar el *constitutum* con mayor exactitud. El contrato que produce la trasmision de la propiedad, por ejemplo, la venta, difiere mucho del *constitutum*: este exige que el poseedor actual venga á ser el representante de su sucesor en la posesion; disposicion que no contiene por sí sola la venta, y que no se le podria conceder á no haber sido espresamente estipulada, ó implícitamente comprendida en otras cláusulas. Cuando se ha convenido espresamente que el poseedor actual no hará mas que administrar la posesion de otro, no puede haber duda alguna; pero este caso solo ocurre muy raras veces: fuera de este caso y aquel en que es consecuencia necesaria de otros actos, el *constitutum* no puede suponerse jamás (1).

En primer lugar: el *constitutum possessorium* solo forma la escepcion de la regla. Antes hemos encontrado ya una esplicacion de esta proposicion: el que compra toneles de vino y los marca, no por esto ha venido á ser poseedor y propietario de los toneles. Ahora bien: es evidente que no tiene ni la retencion natural de estos toneles mientras se hallen en una cueva del vendedor; pero es igualmente cierto que el vendedor podria transferirle la posesion por medio de un simple *constitutum*; y porque este no se presume por lo general, es por lo que hemos negado en el caso actual y sin ninguna distincion, la traslacion de la posesion. El siguiente texto contiene una segunda aplicacion de la misma proposicion.

L. 48, D. de poss.

«Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem, litteris declaravit: si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui domum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est: per servum prædiorum possessionem quæsitam ceterorumque servorum constabit.»

El donante habia escrito en una carta que su intencion era hacer por las presentes, la tradicion del fundo y de los esclavos. ¿Cómo deberá interpretarse esta disposicion? ¿Será preciso entenderla en el sentido de que el donante debe ser considerado, partiendo desde el momento de esta declaracion, como *procurator alienæ possessionis*? No; porque el *constitutum* no se presume: es, pues, solo permitido al donante tomar al instante posesion él mismo (*missio in possessionem*); acto que está ejecutado ya anteriormente por el consentimiento que el donante ha prestado para la tradicion, pero que es el único que da nacimiento á la nueva posesion.

(1) Pero cuando existen las condiciones á las que está subordinada la existencia de un *constitutum*, es del todo indiferente que el poseedor actual tenga por sí mismo la detentacion ó que la administre un tercero en nombre suyo. Así, cuando el poseedor de una casa la da en arrendamiento, puede transferir la posesion por medio de un *constitutum*, exactamente lo mismo que si él la habitase, puesto que la representacion puede pasar por muchas personas. (§. 26.) Cpr. mas adelante, el §. 33. (Adic. á la 6.^a edic.)

Por lo demas, no es necesario decir que la facultad de hacerse representar puede pasar con todas sus consecuencias de una persona á otra. Cuando Ticio da á Cayo mandato para adquirir la posesion en su nombre, importa poco que Cayo ejecute por sí mismo el mandato, ó que haga que lo ejecute Sempronio: en ambos casos Ticio viene á ser poseedor. (Adic. á la 6.^a edic.)

§. 27.

DEL CONSTITUTUM POSSESSORIUM.

La regla segun la cual un simple mandato sin la existencia de un poder jurídico basta para servir de base á la adquisicion de la posesion por los actos de otra persona, recibe otra aplicacion que nos falta que desenvolver todavia, y que ha causado á nuestros juriseconsultos mas obstáculos que la misma regla. El que en general se halla en posicion de adquirir la posesion para nosotros con sus actos, no pierde esta capacidad cuando se trata de una cosa que él mismo tiene en su posesion jurídica. Al mismo tiempo nos parece evidente que debemos en este caso modificar un poco la regla en su aplicacion, sin cambiarla en sí misma. Porque habiendo tenido anteriormente lugar la aprehension, no debe repetirse, y todo el acto debe ser considerado como el caso inverso de una *brevi manu traditio*: en efecto, así como en esta especie de tradicion el que hasta entonces tenia la detentacion sin la posesion, puede adquirir esta únicamente por el *animus possidendi*, sin verificar ningun nuevo acto, asimismo la simple voluntad transforma la posesion en detentacion, y hasta el derecho de posesion es transmitido inmediatamente á otra persona. Este modo de transferir la posesion es llamado por los juriseconsultos *constitutum possessorium*. Semejante término no se conoció entre los romanos, pero hallamos entre ellos la cosa que espresa, y que no era menos cierta aunque no hubiese un nombre en derecho romano.

La proposicion que acabamos de sentar está consagrada por el pasaje siguiente en toda la estension que le hemos dado, y como simple aplicacion de principios bien conocidos.

L. 18, pr. D. de poss.

«Quod meo nomine possides, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, ejus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium.»

Esta adquisicion de la posesion puede pues operarse como consecuencia de una convencion, y sin acto corporal ejercido sobre la cosa misma: un pasaje muy conocido opone sin embargo la sola convencion á la tradicion, declarando que esta transfiere

la propiedad, sin conceder igual efecto á la convencion. Esta circunstancia nos proporciona determinar el *constitutum* con mayor exactitud. El contrato que produce la trasmision de la propiedad, por ejemplo, la venta, difiere mucho del *constitutum*: este exige que el poseedor actual venga á ser el representante de su sucesor en la posesion; disposicion que no contiene por sí sola la venta, y que no se le podria conceder á no haber sido espresamente estipulada, ó implícitamente comprendida en otras cláusulas. Cuando se ha convenido espresamente que el poseedor actual no hará mas que administrar la posesion de otro, no puede haber duda alguna; pero este caso solo ocurre muy raras veces: fuera de este caso y aquel en que es consecuencia necesaria de otros actos, el *constitutum* no puede suponerse jamás (1).

En primer lugar: el *constitutum possessorium* solo forma la escepcion de la regla. Antes hemos encontrado ya una esplicacion de esta proposicion: el que compra toneles de vino y los marca, no por esto ha venido á ser poseedor y propietario de los toneles. Ahora bien: es evidente que no tiene ni la retencion natural de estos toneles mientras se hallen en una cueva del vendedor; pero es igualmente cierto que el vendedor podria transferirle la posesion por medio de un simple *constitutum*; y porque este no se presume por lo general, es por lo que hemos negado en el caso actual y sin ninguna distincion, la traslacion de la posesion. El siguiente texto contiene una segunda aplicacion de la misma proposicion.

L. 48, D. de poss.

«Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem, litteris declaravit: si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui domum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est: per servum prædiorum possessionem quæsitam ceterorumque servorum constabit.»

El donante habia escrito en una carta que su intencion era hacer por las presentes, la tradicion del fundo y de los esclavos. ¿Cómo deberá interpretarse esta disposicion? ¿Será preciso entenderla en el sentido de que el donante debe ser considerado, partiendo desde el momento de esta declaracion, como *procurator alienæ possessionis*? No; porque el *constitutum* no se presume: es, pues, solo permitido al donante tomar al instante posesion él mismo (*missio in possessionem*); acto que está ejecutado ya anteriormente por el consentimiento que el donante ha prestado para la tradicion, pero que es el único que da nacimiento á la nueva posesion.

(1) Pero cuando existen las condiciones á las que está subordinada la existencia de un *constitutum*, es del todo indiferente que el poseedor actual tenga por sí mismo la detentacion ó que la administre un tercero en nombre suyo. Así, cuando el poseedor de una casa la da en arrendamiento, puede transferir la posesion por medio de un *constitutum*, exactamente lo mismo que si él la habitase, puesto que la representacion puede pasar por muchas personas. (§. 26.) Cpr. mas adelante, el §. 33. (Adic. á la 6.^a edic.)

En segundo lugar: el *constitutum possessorium* debe ser admitido cuando su existencia es la consecuencia necesaria de otro acto. Las aplicaciones siguientes darán á esta proposición claridad y certeza.

El que haciendo donación de una cosa la toma en arrendamiento al mismo tiempo, no dispone espresamente de la posesión: pero su intención es que exista un arrendamiento entre él y la otra persona, y este contrato supone necesariamente que el otro tiene la posesión de la cosa, mientras conserva la administración; el *constitutum* ha transmitido, pues, realmente aquí la posesión.

B Lo mismo sucede con el usufructo: así, el que hace donación de una cosa, ó la vende reservándose el usufructo, realmente ha transferido por el *constitutum* la posesión y la propiedad, y administra desde este momento, como todo usufructuario, la posesión de otro.

C Cuando una cosa forma el objeto de un contrato de prenda, y que al mismo tiempo el uso se ha dejado *precario* al deudor, el acreedor adquiere igualmente la posesión por un simple *constitutum*. El conjunto de este acto jurídico tiene mucha analogía con un simple *pactum hypothecæ*: la cuestión de saber si se trata del uno ó del otro, solo puede determinarse para cada caso especial: con todo, cuando está fuera de duda que no se ha querido hacer el pacto de hipoteca, sino un contrato de afianzamiento acompañado de *precarium*, la traslación de la posesión por el *constitutum* es una consecuencia inmediata y no necesita de mas prueba.

D En materia de sociedad universal (*societas universorum bonorum*), la tradición de las diversas cosas que la componen se juzga consumada desde que el contrato está perfeccionado, lo que tampoco puede hacerse sin *constitutum*. El motivo es probablemente que haciendo la multiplicidad de objetos muy difícil la tradición real y por tanto muy rara, se sigue que el acto contrario, que es el único que puede reemplazar á una verdadera tradición, tiene lugar ordinariamente y debe presumirse; y este acto es precisamente el *constitutum*.

Nuestros juriscultos han estado siempre muy lejos de adoptar esta opinión tan sencilla del derecho romano, que no creía ni aun que fuese necesario dar un nombre particular á esta institución jurídica. El *constitutum* les ha parecido siempre una cosa muy estraña, una de las ficciones mas singulares que se hallan en la adquisición de la posesión, y muchos de ellos se han concertado para declarar que la aplicación general del *constitutum* era una invención de los prácticos: no le consideran, pues, en teoría mas que como una excepción, y no admiten la aplicación sino en los casos en que los juriscultos romanos se han servido por casualidad para explicar el uso práctico de su regla.

§. 28.

DE LOS RESULTADOS DE LA PRESENTE SECCION.

Ya hemos espuesto completamente la adquisición de la posesión, y hemos tenido ocasion de notar que sigue reglas que la distinguen de la adquisición de cualquier otro derecho. En efecto, todas las causas puramente jurídicas que sirven por otra parte de base á la adquisición de un derecho, ó que la hacen imposible, no producen igual efecto en la posesión.

1.º De aquí se deduce que los actos puramente jurídicos que no constituyen al mismo tiempo una aprehensión, no dan la posesión.—Consideremos la adquisición de una sucesión; todos los derechos sin escepcion, en cuanto forman parte de los bienes del difunto y no son puramente personales, pasan por esto mismo directamente al heredero, á escepcion de la posesión, porque la adición de la herencia, de modo ninguno encierra la aprehensión de las cosas individuales que componen la sucesión. Tampoco existe en favor del *suus heres* escepcion á esta regla. Muchas legislaciones modernas han cometido una grave inconsecuencia estableciendo para los herederos el principio contrario, probablemente á consecuencia de la interpretación errónea de un texto del derecho romano.—Lo mismo puede decirse de la mancipación que de la adquisición de la sucesión: sin duda se podía proceder á ella de modo que resultase al mismo tiempo la adquisición de la posesión, lo que tambien era necesario cuando se trataba de cosas muebles: pero no así de las inmuebles: su propiedad se trasmite sin la posesión, porque la aprehensión no existía, y el *constitutum* que hubiera podido reemplazarla, no se presume.

2.º Se sigue además, que cuando las condiciones de la adquisición existen, la posesión no se escluye por causas jurídicas de nulidad.—En general, siempre se ha reconocido la verdad de esta proposición, pero se ha restringido por excepciones que deberían tener lugar en todos los casos de aprehensión ficticia: estas excepciones no descansan en fundamento alguno, porque no existe aprehensión fingida.

Segun nuestra regla, un acto ilegal, y particularmente la violencia corporal, puede tambien hacer adquirir la posesión, y este principio sirve de base á tantas aplicaciones conocidas, que el siguiente texto no es suficiente para hacerlo dudoso.

«Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut ean retinere non possit.»

Segun los términos de que se ha valido el jurisculto, las palabras *non videtur* solo deben ser verdaderas bajo un punto de vista particular: porque es cierto que es preciso tener, al menos por el momento, lo que *no se puede conservar*. Tampoco es difi-

cil de descubrir esta relacion: la propiedad de una cosa robada ó poseida por violencia (*res furtiva, vi possessa*) no puede adquirirse por usucapion, y esta imposibilidad no cesa hasta que el propietario ha recobrado la posesion. Pero esta posesion debe aun haber sido de naturaleza para *poder* durar, esto es, que el modo de su adquisicion debe ser de tal naturaleza que no pueda ser atacado. Porque cuando el propietario se apodera por sí mismo, con violencia, de su fundo, ahora poseido por fuerza, ó cuando el propietario hace entrar en su posesion por un *precarium* válido esta cosa robada, la imposibilidad de la usucapion no cesa, porque en ambos casos la posesion del propietario puede ser atacada por medio de los interdictos.

Lo que hemos dicho de la adquisicion hecha por violencia, debe mucho mas ser aplicado á los actos válidos segun su forma, pero inválidos por motivos jurídicos.—Así es, que la donacion entre esposos no transmite ningun derecho, y si solo transfiere la posesion.—Asimismo, la tradicion hecha por un furioso ó por un pupilo, no hace adquirir la propiedad, pero da la posesion.—Solo la *sucesion* es escludida por estos motivos jurídicos: pero la sucesion generalmente no tiene relacion alguna con la existencia de la posesion: no puede pues considerarse que esta debe cesar, á causa de la imposibilidad de la sucesion.

SECCION TERCERA.

PERDIDA DE LA POSESION.

§. 29.

REGLAS PARA LA PERDIDA DE LA POSESION.

EN la segunda seccion hemos tratado del principio de la posesion: en esta determinaremos de qué modo concluye. Esta cuestion coincide evidentemente en un todo con la de la *duracion* de la posesion, puesto que toda posesion continúa hasta tanto que la perdemos. Si nuestros jurisconsultos hubieran aprovechado esta observacion tan sencilla que ha sido hecha ya por uno de los mas antiguos glosadores, se hubieran ahorrado en sus teorías no solo un capítulo, sino muchas contradicciones, porque dicen muchas veces hablando de la pérdida de la posesion lo contrario de lo que habian pretendido tratando de su *continuacion*.

Así pues, debemos investigar la regla que debe regir la *continuacion* de la posesion, y con ella su cesacion. Procuraremos deducir desde luego esta regla de la nocion misma de la posesion que ya hemos determinado bajo todas sus relaciones en nuestras investigaciones sobre la adquisicion de la posesion: tambien hemos indicado ya sus relaciones con la *continuacion* y la pérdida de la posesion.

No formando la posesion mas que un poder físico, puesto en relacion con nuestra conciencia, eran necesarias dos cosas para su adquisicion: una relacion corporal y el *animus*. Estos mismos elementos deben encontrarse tambien en la *continuacion* de la posesion: descansa, así como la adquisicion, en su union y viene á ser imposible apenas esta queda destruída, es decir, apenas el acto corporal ó el *animus*, ó bien lo uno y lo otro cesan. En efecto, toda la diferencia que podemos admitir entre las condiciones de la adquisicion y las de la *continuacion* no pue-

cil de descubrir esta relacion: la propiedad de una cosa robada ó poseida por violencia (*res furtiva, vi possessa*) no puede adquirirse por usucapion, y esta imposibilidad no cesa hasta que el propietario ha recobrado la posesion. Pero esta posesion debe aun haber sido de naturaleza para *poder* durar, esto es, que el modo de su adquisicion debe ser de tal naturaleza que no pueda ser atacado. Porque cuando el propietario se apodera por sí mismo, con violencia, de su fundo, ahora poseido por fuerza, ó cuando el propietario hace entrar en su posesion por un *precarium* válido esta cosa robada, la imposibilidad de la usucapion no cesa, porque en ambos casos la posesion del propietario puede ser atacada por medio de los interdictos.

Lo que hemos dicho de la adquisicion hecha por violencia, debe mucho mas ser aplicado á los actos válidos segun su forma, pero inválidos por motivos jurídicos.—Así es, que la donacion entre esposos no transmite ningun derecho, y si solo transfiere la posesion.—Asimismo, la tradicion hecha por un furioso ó por un pupilo, no hace adquirir la propiedad, pero da la posesion.—Solo la *sucesion* es escludida por estos motivos jurídicos: pero la sucesion generalmente no tiene relacion alguna con la existencia de la posesion: no puede pues considerarse que esta debe cesar, á causa de la imposibilidad de la sucesion.

SECCION TERCERA.

PERDIDA DE LA POSESION.

§. 29.

REGLAS PARA LA PERDIDA DE LA POSESION.

EN la segunda seccion hemos tratado del principio de la posesion: en esta determinaremos de qué modo concluye. Esta cuestion coincide evidentemente en un todo con la de la *duracion* de la posesion, puesto que toda posesion continúa hasta tanto que la perdemos. Si nuestros jurisconsultos hubieran aprovechado esta observacion tan sencilla que ha sido hecha ya por uno de los mas antiguos glosadores, se hubieran ahorrado en sus teorías no solo un capítulo, sino muchas contradicciones, porque dicen muchas veces hablando de la pérdida de la posesion lo contrario de lo que habian pretendido tratando de su *continuacion*.

Así pues, debemos investigar la regla que debe regir la *continuacion* de la posesion, y con ella su cesacion. Procuraremos deducir desde luego esta regla de la nocion misma de la posesion que ya hemos determinado bajo todas sus relaciones en nuestras investigaciones sobre la adquisicion de la posesion: tambien hemos indicado ya sus relaciones con la *continuacion* y la pérdida de la posesion.

No formando la posesion mas que un poder físico, puesto en relacion con nuestra conciencia, eran necesarias dos cosas para su adquisicion: una relacion corporal y el *animus*. Estos mismos elementos deben encontrarse tambien en la *continuacion* de la posesion: descansa, así como la adquisicion, en su union y viene á ser imposible apenas esta queda destruída, es decir, apenas el acto corporal ó el *animus*, ó bien lo uno y lo otro cesan. En efecto, toda la diferencia que podemos admitir entre las condiciones de la adquisicion y las de la *continuacion* no pue-

den conservar la esencia, sino solo el grado de estas condiciones; es decir que debe haber un límite, fuera del cual coinciden en un todo. Este límite sería, por ejemplo, cuando se trata de la relación corporal, la imposibilidad absoluta de ejercer una influencia sobre la cosa, y cuando se trata del *animus* la resolución tomada de no ser poseedor: es evidente que ninguno de estos dos casos puede empezar ni continuar la posesión, y que las condiciones de la adquisición y de la continuación son entonces absolutamente las mismas.

Lo que acabamos de decir se resume en las proposiciones siguientes:

1. La continuación de la posesión exige la existencia de una relación corporal y del *animus*.
2. La cesación de la una y del otro ó de ambos lleva consigo la pérdida de la posesión.
3. Esta regla es una consecuencia inmediata del principio que sigue la adquisición de la posesión.

Examinemos ahora las pruebas históricas en que se apoya esta regla: el punto de vista de donde hemos partido nos servirá tal vez para encontrar estas pruebas.

§. 30.

CONTINUACION.

La regla que hemos establecido en el párrafo precedente está confirmada por tantas aplicaciones y por algunas escepciones, que la prueba histórica de su verdad puede considerarse como hecha ya por esto solo. Además la encontramos esplicitamente enunciada en un pasaje de que generalmente no se hace caso.

L. 44, §. 2, D. de *poss.*

«..... ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore....»

Con todo, este pasaje solo accidentalmente se ocupa de nuestro propósito: existe otro texto cuyo objeto evidente es establecer una regla general para el caso que nos ocupa, y esta regla parece estar en contradicción con la nuestra, puesto que declara que ni el acto corporal solo, ni el *animus* solo bastan para hacer perder la posesión.

L. 153, D. de R. J. (1).

«Fere quibuscumque modis obligamur, hisdem (iisdem) in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.»

(1) Decimos que este pasaje es el único, porque la L. 8, D. de *poss.* evidentemente solo es un fragmento: mas adelante indicaremos los que se apartan aunque sea poco.

La naturaleza del objeto no permite suponer que haya habido una controversia entre los antiguos juriconsultos; y hay además otra circunstancia que escluye semejante idea, y es que este pasaje esta tomado de Paulo, cuyas obras contienen las aplicaciones mas decisivas de la verdadera regla.

La mayor parte de los intérpretes procuran allanar la dificultad, suponiendo que todo este pasaje no hace referencia mas que á un caso particular y escepcional. Los bienes raíces, en efecto, no dejan de ser poseídos, á pesar de su ocupación por un tercero, hasta que el poseedor haya adquirido conocimiento. Entonces hacen esta distinción: ó bien la posesión se pierde *solo animo*, y entonces no puede suscitarse dificultad alguna, y es falsa la regla establecida por Paulo, ó bien la posesión se pierde *solo corpore*, y entonces la regla es verdadera, pero restringida á los bienes raíces.—Pero es de tal modo evidente que el juriconsulto se propone establecer una regla general, que semejante explicación no puede hallar ninguna disculpa en los diversos motivos en que trata de apoyarse.

Toda la dificultad consiste en la palabra *utrumque*: la necesidad de la cesación *simultánea* de las dos condiciones exigidas para la adquisición (*corpus et animus*) aparece en contradicción con todas las otras aplicaciones. Nos es, pues, preciso ante todo fijar la significación de la palabra *uterque*.

Uterque se emplea en general cuando se quiere atribuir una misma cualidad á muchos sujetos, ó bien muchas cualidades á uno solo: lo que puede acontecer de tres maneras:

1. Designa una relación *conjuntiva* (*conjunctivus*) y espresa que lo que se dice en cualquier caso dado de uno de los sujetos, halla igualmente aplicación al otro. Esta es la significación ordinaria de *uterque*.

2. Espresa una relación *disyuntiva* (*disjunctivus*), é indica que lo que se enuncia puede ser indiferentemente atribuido á uno ó á otro sujeto, pero nunca á los dos á la vez. Entonces toma la significación ordinaria de *alteruter*.

3. Frecuentemente sale de estos límites su significación y entonces designa que lo que se afirma ó niega concierne á los sujetos, sin decidir si se quiere atribuir una cosa á los dos á la vez, ó solamente á uno de ellos: esto es, si se quiere indicar una relación conjuntiva ó disyuntiva; ya porque no se sepa cual de las dos existe, ya porque no se las tome en consideración. En esta significación se emplea con frecuencia indiferentemente *uterque* y *alteruter* en el mismo sentido: hay tambien casos en los cuales se cree erróneamente que *uterque* designa precisamente la relación disyuntiva, en oposición á la relación conjuntiva, y que *alteruter* designa la conjuntiva en oposición á la disyuntiva.

Uterque se presenta con el mismo sentido que *alteruter* en los pasajes siguientes:

Varron, *De re rust.* 1, 2, §. 14.

«Quocirca principes qui *utrique* rei præponuntur, vocabulis quoque sunt diversi, quod unus vocatur vilicus, alter magister pecoris.»

Ciceron, *De officiis*, III, 15.

«*Uterque* si ad eloquendum venerit, non plus quam semet eloqueretur.»

Paulo en la L. 10, §. 13, D. *de gradibus*.

«Frater quoque per *utrumque* parentem accipitur, id est, aut per matrem tantum, aut per patrem aut per *utrumque*.» (*Utrumque* se halla aquí en primer lugar en el sentido indeterminado, en segundo lugar como espresion de la relacion conjuntiva).

Celso, en la L. 16, D. *de leg.* 2.

«Si Titio aut Sejo, *utrique* heres vellet, legatum relictum est: heres alteri dando, ab utroque liberatur: si neutri dat, *utrumque* perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam ut stipulando duo rei constitui possunt (1) ita et testamento potest id fieri.»

Justiniano en la const. 8, §. 5, C. *de bon quæ liberis*.

«Ipsam autem filium... alere patri necesse est... et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex *utraque* parte vertitur.»

Una constitucion de Alejandro Severo se vale de la palabra *unusquisque* con la misma significacion: Const. 3, C. *de comm. dis.*

«...cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli: æstimatione justa facta, *unicuique* sociorum adjudicantur...»

En fin, *alteruter* se halla también con la misma significacion entre otros pasajes, en el de Ulpiano. L. 1, §. 3, D. *uti possidetis*.

«...aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est... Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia *alteruter* se magis possidere affirmat», etc. Lo que quiere decir que si se suscita entre ellos una contestacion relativa á la posesion, es preciso que *cada uno (uterque)* pretenda *se magis possidere*.

Veamos ahora cuál es la union de las ideas contenidas en este pasaje. Es de regla que las obligaciones se estingan del mismo modo que se han formado, de suerte que su estincion se funda en los mismos actos que su nacimiento, y no puede tener lugar ni sin que medie algun acto, ni por actos de distinta especie: por ejemplo, por un pacto en lugar de una aceptacion. Lo mismo sucede en materia de posesion. Así como se adquiere por un acto determinado (esto es, por un acto doble, fisico

(1) Resulta claramente de esta comparacion con los deudores solidarios, ordinarios, que la accion intentada por el uno excluye el derecho del otro, y que es indiferente cuál es el que persigue, por lo que no pueden accionar ambos á un tiempo.

y moral), así tambien no se pierde sino á consecuencia de otro acontecimiento contrario: lo que es cierto con respecto á los dos elementos adquisitivos; esto es, al acto corporal y al acto moral.—Es, pues, evidente que el apoyo no está en *utrumque* sino en *contrarium actum est*, pues se ha querido decir que la pérdida de la posesion no puede tener lugar ni sin un hecho nuevo, ni por un hecho de distinta especie, sino únicamente por el hecho que sirvió para adquirirla; y que esta homogeneidad necesaria comprende tanto al acto moral como al fisico.—Es verdad que hubiera podido preguntarse despues si esta relacion debe ser conjuntiva ó disyuntiva; pero no se ha tratado en el testo de esta circunstancia: la palabra *utrumque* se ha empleado, pues, en su tercera significacion, de modo que el pasaje deja indecisa la cuestion (1).

Podria sin embargo contestarse la justicia de esta interpretacion con ayuda de la economia interior de nuestro pasaje. Es evidente que se compara la pérdida de la posesion con su adquisicion; y exigiéndose la reunion del acto fisico con el *animus* para esta, es natural que uno y otro sean necesarios para la pérdida. Pero prescindiendo de que Paulo no quiere resolver de modo ninguno *esta* cuestion, este resultado de la comparacion solo existe *en apariencia*: «la adquisicion necesita á la vez *corpus* y *animus*» solo significa «que la existencia del *corpus* y del *animus* es la condicion de la adquisicion:» no puede, pues, ponerse en paralelo la adquisicion y la pérdida, sino cuando esta es la consecuencia de la *cesacion de esta coexistencia*. Mas esta coexistencia no cesa hasta tanto que el *corpus* como el *animus* han dejado de existir, y cesa del mismo modo apenas ha desaparecido cualquiera de estos dos elementos.

Hemos conseguido probar por interpretacion, que la continuacion de la posesion así como su adquisicion, debe reposar al mismo tiempo en el *corpus* y el *animus*, ó (lo que viene á ser lo mismo) que la posesion se pierde por el *animus* solo y por el *corpus* solo. Vamos á aclarar y fijar esta regla por sus aplicaciones.

Pero la continuacion de la posesion puede tambien, como su adquisicion, tener lugar por actos de personas estrañas: así, pues, el desenvolvimiento de nuestras investigaciones deberá dirigirse sobre los puntos siguientes:

A Sobre la relacion fisica, como condicion primera de la continuacion de la posesion (§. 31.)

(1) Creemos, pues, que nos hemos equivocado en las dos primeras ediciones, admitiendo que la palabra *utrumque* se encontraba en el pasaje por *alteruter*, y que cualquiera de las dos bastaba para hacer perder la posesion. Si esta palabra pudiera tener esta significacion determinada, el jurisculto Paulo hubiera sido culpado de una negligencia inconcebible, si para espresar la relacion disyuntiva hubiera elegido el término que en la mayor parte de los casos sirve precisamente para designar el conjuntivo en oposicion con el disyuntivo.—Nuestra actual esplicacion está ya consignada por Thibaut y por Hugo.

B Sobre el *animus*, como segunda condicion (§. 32.)

C Sobre las modificaciones que sufren estas reglas cuando la posesion es continuada por representantes (§. 33.)

§. 31.

DE LA PERDIDA DE LA POSESION A CONSECUENCIA DE UN ACONTECI-
MIENTO ESTERIOR Ó POR UN HECHO.

La primera condicion de la continuacion de la posesion, consiste en una relacion fisica con la cosa poseida, por la cual nos es posible ejercer sobre ella nuestra influencia. No es necesario que esta influencia sea inmediata, actual, como cuando se trata de la adquisicion de la posesion: basta con que esta relacion de poder sea de tal naturaleza, que se halle en estado de producirse conforme á la voluntad, y de este modo la posesion no se pierde sino cuando la influencia de nuestra voluntad ha venido á ser enteramente imposible. Aplicaremos esta regla tanto á las cosas muebles como á las inmuebles: no pasaremos en silencio mas que los casos cuya sencillez no necesita aclaracion alguna, tales como la pérdida de la posesion por muerte del poseedor, por esclavitud á que se vea reducido y el que tiene lugar cuando la cosa perece fisica ó jurídicamente. Lo contrario sucede en otras aplicaciones que examinaremos y determinaremos con mas cuidado.

La posesion de una cosa se pierde en primer lugar, cuando otra persona se apodera de ella, bien sea á viva fuerza, ya clandestinamente: en este caso, la exclusion del poder que teniamos sobre la cosa no admite la menor duda. Es del todo indiferente que haya adquirido ya el otro realmente la posesion; cuando por ejemplo, el esclavo del otro sustrae la cosa sin orden de su señor, ni el esclavo ni el dueño adquieren la posesion; lo que no es causa de que dejemos de perderla, puesto que la posibilidad fisica de disponer de la cosa no por esto ha dejado de sernos quitada aun cuando la otra persona no tenga el derecho de posesion. No así cuando el esclavo del mismo poseedor roba la cosa: pero en este caso, la continuacion de la posesion se funda en que el mismo ladrón y por esta causa tambien la cosa robada, están en nuestra posesion. La posibilidad del ejercicio de nuestro poder fácilmente es escluida sin hecho de un extraño, cuando el sitio en que se encuentra la cosa es inaccesible para nosotros ó nos es desconocido. Sin embargo, este último punto exige una observacion particular: el que conserva una cosa en su casa ó entierra un tesoro en un campo, no pierde la posesion por no encontrar inmediatamente la cosa; porque la medida especial que se ha tomado para la conservacion (*custodia*) da al poseedor la certeza de volver á encontrar mas tarde lo que ocultó. Será, pues, preciso ó que el poseedor conozca exactamente el sitio en que está

la cosa, ó que la conserve muy especialmente: la *custodia* no es una condicion generalmente requerida para la continuacion de la posesion, y el que, por ejemplo, olvida una cosa en un bosque y despues se le recuerda distintamente, no ha perdido la posesion.

Esto lo explicará el siguiente texto:

L. 3. §. 13. D. de poss.

«Nerva filius, res mobiles,.....quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: Idem quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus.»—Lo que quiere decir: «Nerva dice que la continuacion de la posesion puede operarse por la *custodia*; el mismo (Nerva) dice que tiene igualmente lugar cuando el poseedor está en posicion de adquirir la detentacion natural apenas lo quiere.»—El que conserva la cosa en su casa, sin poder hallarla al instante, no está en tal posicion que *si velit naturalem possessionem nancisci potest*; y el que recuerda el sitio en que debe encontrarse en el bosque no puede pretender que se diga «SUB CUSTODIA ejus est.» Estas dos frases no tienen por objeto servir de aclaracion una á la otra (motivo que debe hacer desechar la version florentina *id est*); indican por el contrario dos modos diferentes de continuacion de la posesion: tambien los ejemplos siguientes en nuestro texto muestran hasta la evidencia que no se juzga pérdida la posesion en ninguno de los casos que hemos presentado.

Hé aquí la aplicacion de estas reglas á la posesion de los animales.

A Se poseen los animales *domésticos* como todas las otras cosas muebles; es decir que la posesion cesa con respecto á ellos desde que no pueden volver á ser encontrados.

B Los animales *salvajes* no estan en nuestra posesion sino cuando hace ya mucho tiempo que hay una medida especial (*custodia*) que nos coloca en posicion de apoderarnos de ellos en cualquier tiempo. Así no toda *custodia* basta: el que guarda, por ejemplo, animales salvajes en un parque ó peces en un lago, ejecuta un acto en verdad para conservarlos; pero no depende de su voluntad el apoderarse en cualquier instante de ellos; muchos obstáculos pueden oponerse, y por tanto la posesion no está conservada: no así cuando los peces están encerrados en un vaso ó los animales en una jaula, porque pueden ser cogidos cuando se quiera.

C Los animales *salvajes por naturaleza pero domesticados por arte*, se equiparan á los animales domésticos mientras conservan la costumbre de volver al lugar en que los guarda el poseedor (donec animum i. e. consuetudinem revertendi habent.)

Relativamente á los *inmuebles*, la pérdida de la posesion está sujeta á las mismas reglas. En ellos perdemos la posesion tambien apenas nos hallamos en la imposibilidad de ejercer nuestro poder sobre la cosa: continuamos poseyendo tanto tiem-

po como subsiste esta posibilidad: sin embargo, esta posibilidad no se exige en tanto grado como para la adquisicion de la posesion.

Así es que se pierde la posesion de un fundo por cualquier acto que prive al poseedor de la posibilidad de ejercer su influencia sobre la cosa. Semejante hecho puede consistir *en primer lugar* en tratar al poseedor como esclavo en el fundo, o encerrarle en él: *en segundo lugar* en hacer imposible la presencia del poseedor en el fundo; caso que es el mas frecuente (1). Poco importa en este caso que el que pone obstáculos á la presencia del poseedor, quiera poseer por sí, o limitarse á hacer cesar la posesion que ha tenido lugar hasta su hecho; por ejemplo, con el objeto de interrumpir la usucapion comenzada. Mas dificultades ofrece la cuestion cuando se trata de saber si se ha perdido la posesion, cuando el poseedor abandona los fundos por temor, sin haber sido espulsado. Algunos pasajes declaran espresamente que la posesion está perdida en tal caso.

L. 33, §. 2, D. de usarp.

«Si dominus fundi, homines armatos venientes extimuerit, atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur.»

L. 9, pr. D. quod metus.

«.....non videor vi dejectus, qui dejeci non expectavi, sed profugi. Aliter atque si postquam ingressi sunt, tunc discessi.»

Cicero *pro Cæcina*, cap. 16.

«.....usitatum, cum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos, quamvis præcul conspexissent..... optime sponsonem facere possent, ni adversos edictum prætoris vis facta esset.»

L. 3, §. 5, D. de vi.

«Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant..... profugerit, non videtur dejectus.....»

Otros textos parece que se declaran al contrario por la continuacion de la posesion.

L. 9, pr. D. quod metus.

«Denique tractac (Pomponius), si fundum meum dereliquero audito quod quis cum armis veniret, an huc edicto locus sit? et refert, lambeonem existimare, edicto locum non esse, et unde vi interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejeci non expectavi, sed profugi.....»

L. 1, §. 29, D. de vi.

«Idem Labeo ait, eum qui metus turbæ perterritus fugerit, (vi) videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ergo etiam eum qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.»

(1) La expresion técnica de este caso es *dejectio*.

L. 3, §. 7, D. de vi.

Paulo V, 6, §. 4.

Muchos autores han querido hacer desaparecer esta contradiccion, entendiendo los pasajes de la primera clase como respectivos al peligro presente, y los de la segunda, del peligro futuro. Pero por muy exacta que sea esta distincion, no puede referirse sin error á la continuacion de la posesion, puesto que no es cierta sino para la *dejectio*: en efecto, los textos de la última clase no hablan de la continuacion real de la posesion, no hacen mas que negar la *dejectio*, y rehusan en consecuencia el interdicto *de vi* (así como tambien la accion *quod metus causa*): tal es el unico sentido de estos pasajes; pero en todo caso la posesion está perdida, si *no corpore*, al menos *animo*.—Pero en todos estos casos es demasiado indiferente el modo por el cual se ha hecho imposible la presencia en los fundos; esto es, que importa poco que el poseedor haya sido realmente obligado á salir, o que se haya visto imposibilitado para entrar.

Por otra parte, conservamos la posesion de un fundo en tanto que la posibilidad del ejercicio voluntario de nuestra influencia subsista: el poseedor de modo ninguno tiene necesidad de estar siempre físicamente presente; lo que en la mayor parte de los casos es imposible. Es de mucha importancia el considerar esta proposicion bajo el punto de vista de que hemos partido para establecerla, esto es, como simple consecuencia de la regla general de la continuacion de la posesion, y de modo ninguno como estensiva á esta regla. Solo bajo este aspecto se puede concebir una *extension* que se ha dado á esta proposicion y que establece realmente una escepcion á la regla que sentamos anteriormente con respecto á la pérdida de la posesion de los inmuebles.

Hemos considerado la proposicion de que la separacion del poseedor de la cosa en cuya posesion se halla, no hace que cese dicha posesion, como la consecuencia de un principio general; porque aunque la ausencia cambia la posibilidad física de tratar la cosa segun nuestra voluntad, en una posibilidad menos inmediata, tampoco hace que deje de subsistir. Cuando á esta ausencia se une otra cosa que hace realmente cesar esta posibilidad, sería preciso, para aplicar la regla en toda su extension, pronunciar sin distincion la pérdida de la posesion. Pero en casos de esta naturaleza es en los que se limita la regla por una notable escepcion. En efecto, cuando otra persona ocupa, durante nuestra ausencia, el fundo que poseemos, y está dispuesta á impedir por medios violentos nuestro regreso, es cierto que nos ha sido quitada la posibilidad física de ejercer nuestra influencia sobre la cosa; del mismo modo que si un ladrón hubiese arrebatado de nuestra casa una cosa mueble; mas no obstante, la ley quiere que la posesion continúe en este caso

hasta tanto que el poseedor ausente tenga conocimiento de la ocupacion.

Antes de pasar á la prueba de la proposicion que acabamos de anunciar, fijaremos la atencion en algunos otros puntos cuya verdad está igualmente fuera de duda si es verdadera la proposicion.

A El que ocupa el fundo en ausencia del poseedor, no adquiere aun por este solo hecho la posesion jurídica (1).

B Para que la posesion de bienes raices se pierda á consecuencia de los *actos* de otro (2) es absolutamente preciso que intervenga el *animus* (3); no queremos decir por esto que el poseedor deba voluntariamente ceder el derecho de posesion; no se exige para la pérdida real de la posesion mas que un cambio de su intencion; cambio que la *regla* general sobre la pérdida de la posesion no necesita, y que no se requiere para las cosas muebles á las que se aplica la regla en toda su pureza sin modificaciones. En el párrafo siguiente haremos uso de esta observacion.

C No puede haber lugar á la posesion *clandestina* de un fundo cuando el adversario (aquel cuya posesion se quiere adquirir clandestinamente) le posee. En este caso se entiende por *clandestina possessio* la que se empieza ocultando á propósito la aprehension á la persona á quien se quiere desposeer. Cuando un fundo está ocupado de esta manera, la proposicion cuyas consecuencias consideramos ahora, dá lugar á muchas eventualidades.

La ocupacion por sí sola no hace adquirir ninguna posesion ni como consecuencia de adquisicion clandestina. Cuando el poseedor tiene conocimiento de la ocupacion, pueden presentarse tres casos: ó bien ejerce él su posesion rechazando al ocupante, y entonces nunca habrá perdido su posesion, y el ocupante no ha sido verdadero poseedor; ó ha tenido que ceder á la violencia del ocupante, y entonces éste tendrá la posesion desde aquel momento, pero una posesion que es violenta, no clandestina; ó bien no tiene lugar ninguno de los dos casos; esto es, que aquel á cuya posesion se atenta, no ejecuta acto alguno para conservarla, aunque no se lo impida el temor; en este caso la

(1) Se puede pues decir que el antiguo término técnico «*possessionem vacuum tradere*» tiene alguna relacion con esta proposicion. Es muy posible que se haya hecho uso de esta expresion técnica antes de haber introducido en la teoria de la posesion la modificacion positiva de que aquí se trata, con el objeto de escluir la posesion aparente que podia tener lugar durante la ausencia del poseedor, aunque no existiese nada que pudiese impedir á éste ejercer su poder arbitrariamente sobre la cosa.

(2) Porque ningun cambio de voluntad es necesario cuando acontecimientos naturales, por ejemplo, la irrupcion de un rio que ha tomado diferente curso, privan del objeto de la posesion.

(3) Para toda posesion, cualquiera que sea, á escepcion de la continuacion ejercida por representantes; caso especial de que hablaremos en el §. 33.

posesion no es viciosa (*non est vitiosa possessio*), puesto que el nuevo poseedor comienza á poseer por voluntad de aquella misma persona cuya posesion ha sido robada; pero no haciendo relacion esta voluntad mas que á la posesion, admite bien la intencion de recuperar de otro modo las cosas perdidas, por ejemplo, por la reivindicacion. En este caso la posesion no se ha perdido *animo*, sino *corpore*.

Hasta ahora no hemos hecho mas que desenvolver las consecuencias de esta proposicion escepcional que hemos enunciado antes: ahora vamos á probar la proposicion en sí misma, sin cuya prueba no tendrían realidad alguna tales consecuencias. No nos limitaremos á demostrar que los juriconsultos romanos la han reconocido, sino que determinaremos tambien con la exactitud que nos sea posible, la época en que se introdujo.

L. Papiniano, Paulo y Ulpiano consideran esta proposicion como una regla fuera de toda duda.

L. 46, D. de *poss.* (Papin. lib. 23. qu.)

«*Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamen priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.*»

L. 3, §. 7, 8, D. de *poss.* (Paulo lib. 54 ad ed.)

«*.... si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet, domum à latronibus occupatam, et dominus, timore contreritus, noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.*»

L. 6, §. 1, D. de *poss.* (Ulpiano lib. 70 ad ed.)

L. 71, D. de *poss.* (Paulo lib. 54 ad ed.)

II. Celso, Neracio y Pomponio hacen tambien mencion de esta proposicion, pero de modo que dejan conocer que ni ha sido considerada en su tiempo en toda su estension, ni mirada por los juriconsultos como regla generalmente reconocida (1).

L. 18, §. 3, 4, D. de *poss.* (Celso, lib. 23, Dig.)

«*Si dum in alia parte fundi sum alius quis clam animo possessoris intraverit: non desiisse illico possidere existimandum, facile expulsurus finibus, simul atque sciero. Rursus, si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit obtinet (2).*»

L. 25, §. 2, D. de *poss.* (Pomp., lib. 23, ad Q. Mucium.)

(1) No tenemos de Neracio mas que una cita muy vaga de Paulo (L. 7, D. de *poss.*); así pues lo que hemos dicho no se refiere mas que á los otros dos juriconsultos.

(2) Así la ficcion de nuestra proposicion escepcional no nos conserva la posesion sino mientras es probable que rechazemos al que atenta á nuestra posesion; restriccion de que no hablan Papiniano, Paulo ni Ulpiano: en los demás casos si la ficcion no nos conserva la posesion, tiene al menos de particular que la nueva posesion no se estiende mas que á la parte de fundo en que realmente se han puesto los pies. La circunstancia de la presencia de aquel cuya posesion está ocupada, no tiene mas objeto que el de hacer resaltar la posibilidad de espulsar al agresor.

•Quod autem solo animo possidemus, quæritur utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit ut potior sit illius corporalis possessio? an vero quod quasi magis probatur usque eo possideamus, donec revertentes non (1) aliquis repellat; aut nos ita animo desinamus possidere, quod suscipemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem? et (id) videtur utilius esse.

III. Habiendo enunciado Labeon una proposicion precisamente contraria á la nuestra, Ulpiano la modifica completamente segun nuestra regla.

L. 6, §. 1, D. de poss. (Ulp., lib. 70, ad ed.)

L. 7, D. de poss. (Paulo, lib. 54, ad ed.) (2).

«Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille à nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit (3). Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit (4). Unde si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegitur possidere, non clam (5).—Et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit.»

Ahora será fácil dar brevemente una idea del contenido de este párrafo, y hacer ver la union de sus diferentes partes. Para que la posesion continúe, es preciso la constante existencia de la posibilidad de reproducir la relacion inmediata que hemos presentado como condicion de la adquisicion, y por esta relacion el conocimiento del poder fisico sobre la cosa poseida: la cesacion de esta posibilidad trae consigo al mismo tiempo la pérdida de la posesion. Pero esta última proposicion tiene una escepcion en materia de inmuebles; porque entonces la posesion no se destruye por la imposibilidad fisica sino cuando la ocupacion ha llegado á conocimiento de aquel en cuya posesion tiene lugar.

(1) Donec non: en tanto que no se (nos) ha rechazado: donec nos: hasta que nos hayan rechazado. La primera version es la del M. S. de Florencia admitida tambien por Kalvander: otros muchos á quienes cita Gebauer, presentan la version segunda lo mismo que la edic. de Roma de 1476 y otras. Una y otra presentan absolutamente el mismo sentido á causa de las dos significaciones posibles de la palabra donec, y la transposicion propuesta por Brenkman es completamente inútil.

(2) Es preciso combinar estos dos pasajes, porque solo de este modo se conoce la evidencia del resultado indicado mas arriba.

(3) Esta es la opinion de Labeon que está en contradiccion con la nuestra.

(4) Aquí es donde Ulpiano comienza la rectificacion; la particula ergo no se opone á esta ligazon porque el dictámen de Labeon no está desechado como erróneo sino solamente modificado por una regla posterior.

(5) Es decir que el otro no tenia ninguna posesion hasta este momento, y que en adelante su posesion es mas bien violenta que clandestina.

§. 32.

DE LA PERDIDA VOLUNTARIA DE LA POSESION.

La segunda condicion que se requiere para la continuacion de la posesion es la voluntad del poseedor (animus) que se rige con corta diferencia por los mismos principios que la relacion fisica que constituye la primera condicion, y de que ya hemos hablado.

A fin de que la posesion continúe, es preciso, pues, por el animus como bajo el concepto corporal, solamente que subsista la posibilidad de reproducir a cada instante la intencion originaria: no es necesario ni aun posible tener en cada uno de los momentos que siguen á la adquisicion, el conocimiento de que la posesion continua realmente. Se sigue de aquí que la posesion no se pierde cuando el poseedor no piensa durante algun tiempo en la cosa y por consiguiente en la posesion; es preciso tambien estender esta consecuencia á los casos en que el poseedor no se halle en situacion de querer; lo que sucede por ejemplo cuando se encuentra acometido de enagenacion mental. Porque la imposibilidad de querer la posesion de una cosa individualmente determinada, no es en este caso sino subyectiva y accidental, y por consiguiente no importa para las relaciones que existen con cada una de las cosas poseidas, que la posesion haya sido solamente olvidada o que el poseedor se haya visto atacado de enagenacion mental. Por lo demas esto no es sino otra aplicacion de la regla que hemos sentado, y segun la cual es preciso, para que la posesion se pierda por el animus solo, una nueva intencion opuesta á la que se exige para la adquisicion (animus in contrarium actus.)

La posesion se pierde pues por el animus solo, luego que en un momento cualquiera el poseedor quiere renunciar á su posesion; porque en este momento la direccion opuesta dada á nuestra voluntad trae consigo la imposibilidad absoluta de reproducir la voluntad originaria, y esta imposibilidad moral lo mismo que la fisica, es la que trae por consecuencia la pérdida de la posesion. Segun esto, cuando el poseedor que pierde de este modo su posesion, se decide en seguida á poseer de nuevo, este cambio de voluntad da lugar todo lo mas á una nueva aprehension, porque la posesion anterior ha cesado irrevocablemente.

No fundándose la pérdida de la posesion en este caso en la ausencia de la intencion de poseer, sino en una nueva voluntad opuesta al animus possidendi, es evidente que el que no puede tener voluntad, no puede perder la posesion de esta manera, así como tampoco puede adquirirla (1). De aquí se de-

(1) Las modificaciones que esta proposicion experimenta en el caso de la representacion, pertenecen al párrafo siguiente.

•Quod autem solo animo possidemus, quæritur utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit ut potior sit illius corporalis possessio? an vero quod quasi magis probatur usque eo possideamus, donec revertentes non (1) aliquis repellat; aut nos ita animo desinamus possidere, quod suscipemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem? et (id) videtur utilius esse.

III. Habiendo enunciado Labeon una proposicion precisamente contraria á la nuestra, Ulpiano la modifica completamente segun nuestra regla.

L. 6, §. 1, D. de poss. (Ulp., lib. 70, ad ed.)

L. 7, D. de poss. (Paulo, lib. 54, ad ed.) (2).

«Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille à nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit (3). Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit (4). Unde si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegitur possidere, non clam (5).—Et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit.»

Ahora será fácil dar brevemente una idea del contenido de este párrafo, y hacer ver la union de sus diferentes partes. Para que la posesion continúe, es preciso la constante existencia de la posibilidad de reproducir la relacion inmediata que hemos presentado como condicion de la adquisicion, y por esta relacion el conocimiento del poder fisico sobre la cosa poseida: la cesacion de esta posibilidad trae consigo al mismo tiempo la pérdida de la posesion. Pero esta última proposicion tiene una escepcion en materia de inmuebles; porque entonces la posesion no se destruye por la imposibilidad fisica sino cuando la ocupacion ha llegado á conocimiento de aquel en cuya posesion tiene lugar.

(1) Donec non: en tanto que no se (nos) ha rechazado: donec nos: hasta que nos hayan rechazado. La primera version es la del M. S. de Florencia admitida tambien por Kalvander: otros muchos á quienes cita Gebauer, presentan la version segunda lo mismo que la edic. de Roma de 1476 y otras. Una y otra presentan absolutamente el mismo sentido á causa de las dos significaciones posibles de la palabra donec, y la transposicion propuesta por Brenkmann es completamente inútil.

(2) Es preciso combinar estos dos pasajes, porque solo de este modo se conoce la evidencia del resultado indicado mas arriba.

(3) Esta es la opinion de Labeon que está en contradiccion con la nuestra.

(4) Aquí es donde Ulpiano comienza la rectificacion; la particula ergo no se opone á esta ligazon porque el dictámen de Labeon no está desechado como erróneo sino solamente modificado por una regla posterior.

(5) Es decir que el otro no tenia ninguna posesion hasta este momento, y que en adelante su posesion es mas bien violenta que clandestina.

§. 32.

DE LA PERDIDA VOLUNTARIA DE LA POSESION.

La segunda condicion que se requiere para la continuacion de la posesion es la voluntad del poseedor (animus) que se rige con corta diferencia por los mismos principios que la relacion fisica que constituye la primera condicion, y de que ya hemos hablado.

A fin de que la posesion continúe, es preciso, pues, por el animus como bajo el concepto corporal, solamente que subsista la posibilidad de reproducir a cada instante la intencion originaria: no es necesario ni aun posible tener en cada uno de los momentos que siguen á la adquisicion, el conocimiento de que la posesion continua realmente. Se sigue de aquí que la posesion no se pierde cuando el poseedor no piensa durante algun tiempo en la cosa y por consiguiente en la posesion; es preciso tambien estender esta consecuencia á los casos en que el poseedor no se halle en situacion de querer; lo que sucede por ejemplo cuando se encuentra acometido de enagenacion mental. Porque la imposibilidad de querer la posesion de una cosa individualmente determinada, no es en este caso sino subyectiva y accidental, y por consiguiente no importa para las relaciones que existen con cada una de las cosas poseidas, que la posesion haya sido solamente olvidada o que el poseedor se haya visto atacado de enagenacion mental. Por lo demas esto no es sino otra aplicacion de la regla que hemos sentado, y segun la cual es preciso, para que la posesion se pierda por el animus solo, una nueva intencion opuesta á la que se exige para la adquisicion (animus in contrarium actus.)

La posesion se pierde pues por el animus solo, luego que en un momento cualquiera el poseedor quiere renunciar á su posesion; porque en este momento la direccion opuesta dada á nuestra voluntad trae consigo la imposibilidad absoluta de reproducir la voluntad originaria, y esta imposibilidad moral lo mismo que la fisica, es la que trae por consecuencia la pérdida de la posesion. Segun esto, cuando el poseedor que pierde de este modo su posesion, se decide en seguida á poseer de nuevo, este cambio de voluntad da lugar todo lo mas á una nueva aprehension, porque la posesion anterior ha cesado irrevocablemente.

No fundándose la pérdida de la posesion en este caso en la ausencia de la intencion de poseer, sino en una nueva voluntad opuesta al animus possidendi, es evidente que el que no puede tener voluntad, no puede perder la posesion de esta manera, así como tampoco puede adquirirla (1). De aquí se de-

(1) Las modificaciones que esta proposicion experimenta en el caso de la representacion, pertenecen al párrafo siguiente.

duce que un furioso no puede perder de este modo la posesion, ni tampoco un pupilo sin escepcion alguna; de suerte que la restriccion particular que hemos debido establecer para la adquisicion no puede aplicarse en este caso. Pretendemos ademas que esta incapacidad existe igualmente en otro caso de la pérdida de la posesion idéntico al que nos ocupa, pero que es preciso no confundir con el. No perdemos la posesion de los fundos de tierra por la ocupacion de otro, sino desde el momento en que esta ha llegado á nuestro conocimiento. Esto se diferencia todavia mucho de la decision que pudieramos tomar de no poseer, porque admite siempre la posibilidad de tres casos: el de la conservacion de la posesion, el de la pérdida que se verifica *corpore*, y el de la pérdida que tiene lugar *ánimo*, es decir, por la voluntad. Pero el conocimiento del hecho, y la intencion de no poseer tienen de comun entre sí que son igualmente imposibles en todos los casos que escluyen el conocimiento de nuestros actos, de suerte que ni los pupilos ni los locos pueden perder los fundos de tierra por el hecho de otro: es posible que esta semejanza en la práctica haya inducido á los juriscultos romanos á designar los dos casos con el mismo nombre, no obstante su diferencia.

Acabamos de probar y aclarar el principio de que perdemos la posesion por la sola voluntad; solo nos falta decir algunas palabras acerca de su aplicacion.—Es evidente que su aplicacion no ofrece duda alguna cuando el poseedor hace una declaracion espresa de su intencion; pero semejante declaracion no puede sino raras veces decidir la cuestion, porque en el pequeño número de casos en que nos espresamos de una manera tan esplicita, por ejemplo en la tradicion, la pérdida de la posesion se verifica ya ordinariamente por otra causa, es decir, *corpore* (§. 31). Se trata pues aqui (cuando la intencion no está espresamente declarada), como en muchos otros casos, de la interpretacion de otros actos del poseedor, de los cuales pueda deducirse su voluntad: los escritos de los juriscultos romanos han conservado muchas pruebas de semejante interpretacion que aclaran mucho esta materia.

Una interpretacion de esta especie sirve de base á lo que se llama *constitutum possessorium*. El que vende una cosa y la toma al mismo tiempo en alquiler, no cambia en nada la relacion fisica en que se halla con aquella cosa, y como sin embargo cesa de poseer, debemos buscar el motivo de esta pérdida en una determinacion de su voluntad. Hemos ya examinado mas arriba (§. 27) la cuestion de si se puede en general tener por constante la existencia del *constitutum*: es verdad que le consideráramos entonces como una causa de la adquisicion y que aquí ocasiona la pérdida de la posesion; pero las condiciones son en los dos casos absolutamente las mismas.

El segundo caso en que encontramos esta interpretacion

conciérne á la *rei vindicatio*. Es regla bien conocida que esta accion debe ser intentada contra el poseedor. Ahora bien, si el poseedor mismo es el que reivindica la cosa, parece que por esto renuncia á la posesion, de suerte que se le deberia negar el interdicto *uti possidetis* si despues quisiese reclamarlo. Sin embargo el derecho consagra en términos espresos lo contrario, y el motivo de su disposicion se funda únicamente en la interpretacion de que se trata. En efecto, el que reivindica una cosa, espresa por esto que quiere poseerla, y no puede ponerse en duda que desearia igualmente tener ya la posesion que el pleito intentado por él debe asegurarle para siempre, si esta posesion fuese compatible con la cualidad de demandante en el pleito de reivindicacion. Esta reunion de ambas cualidades en una misma persona es á la verdad imposible; pero esta circunstancia no nos obliga todavia á admitir una renuncia voluntaria de la posesion, porque es muy posible que el poseedor ignore ó su posesion ó el principio de derecho en que se funda esta incompatibilidad. Ahora bien, como ni en uno ni en otro caso el poseedor ha tenido la intencion de renunciar á la posesion, no ha habido ningun hecho del cual podamos inferir con certeza semejante intencion; por consiguiente no se pierde la posesion y puede subsistir el interdicto *uti possidetis*.

En tercer lugar la intencion de renunciar á la posesion puede tambien resultar de una simple omision. En materia de fundos de tierra, el goce de ellos no tiene lugar ordinariamente sino en ciertas épocas del año; si por ejemplo el poseedor deja su campo durante una serie de años sin cultivarle y sin sacar de él beneficios, puede admitirse que *ha querido* renunciar á la posesion. En efecto no es probable que la haya olvidado, y es totalmente indiferente que no la quiera ó que haya renunciado á ella ya por simple negligencia ó ya por un hecho que le ponga en la imposibilidad de usar de su posesion, tal como un viaje, porque en todas estas hipótesis cesan los motivos de su determinacion al paso que la determinacion misma subsiste; porque en todos estos casos su decision es libre y dirigida con pleno conocimiento hácia un objeto que hace imposible el ejercicio de su posesion: comprende tambien necesariamente la renuncia de ella. Así supongamos que el poseedor haya abandonado durante algun tiempo el goce de su campo, no á consecuencia de una determinacion libremente tomada, sino por efecto del miedo; podriamos deducir de aquí que no existe ninguna voluntad de renunciar á la posesion y que esta ha sido realmente conservada. Hay todavia menos duda con respecto á la continuacion de la posesion cuando no se goza de ella sino en intervalos determinados: el que durante el periodo en que está suspenso el goce de la posesion no hace caso de ella, no por eso la renuncia. Esto nos esplica por qué los juriscultos romanos eligen casi siempre por ejemplos el *saltus hiberni* y *æstivi* cuando

determinan el derecho particular de los fundos de tierra en cuanto á la conservacion de la posesion.

§. 33.

DE LA CONSERVACION DE LA POSESION POR TERCERA PERSONA.

El único punto que tenemos todavía que examinar con relacion á la continuacion de la posesion, concierne á la relacion de la representacion por la cual podemos conservar la posesion lo mismo que adquirirla.

Preciso será que suscitemos con respecto á este modo de continuacion las tres mismas cuestiones que hemos propuesto al tratar de la adquisicion: solamente nos veremos obligados á invertir un poco el orden.

Primera cuestion. ¿Cuáles son las condiciones que se requieren en la persona del poseedor para que la posesion pueda conservarse por medio del representante, y cómo la posesion puede perderse por el hecho de aquel sin el concurso del representante?—En primer lugar el cambio de relacion física en que se encuentra con la cosa no puede por sí solo hacerle perder la posesion. Así el que tiene en arrendamiento un fundo de tierra no pierde la posesion aunque un tercero le espulse de ella, pues que su poder sobre la cosa se halla suficientemente asegurado por el arrendatario.—Lo contrario sucede con respecto al *animus possidendi*: por consiguiente el que ejerce la posesion por medio de otro, puede perderla por la sola fuerza de la voluntad (*animus non possidendi*).

Segunda cuestion. La relacion que existe entre el poseedor y su representante, puede reposar aquí, como cuando se trata de la adquisicion sobre un poder jurídico (1) lo mismo que sobre un acto de libre voluntad, y en este segundo caso no tenemos que determinar el *mandato* en que esta relacion consiste, como una forma jurídica particular. No hay tampoco nada de particular en que la representacion pueda pasar por muchas personas; pero esto se encuentra con mas frecuencia en la continuacion que en la adquisicion de la posesion. Así es que el arrendatario puede subarrendar la cosa, el depositario dársela á otro en depósito sin que la posesion sufra por esto el menor cambio. Así es tambien que recíprocamente el arrendador puede vender su cosa á un tercero y tomarla al mismo tiempo en arrendamiento, de suerte que la posesion ejercida por representantes puede como cualquiera otra ser transmitida por un simple constituto. La cesacion sola de la relacion de la representacion no impide que continúe la posesion.

(1) Aquí es de regla especial que cuando se trata de esclavos, continúe el amo en su posesion aun contra la voluntad de aquellos: por ejemplo, cuando le quieren robar la cosa poseida.

Tercera cuestion. Este punto es mucho mas importante que los dos anteriores: ¿qué condiciones necesita tener la persona del representante para que la posesion continúe por él, es decir, cómo podemos perder la posesion por él solo? Esta pérdida de posesion puede verificarse de dos diferentes maneras: en la una el representante quiere adquirir por sí mismo la posesion que hasta entonces no tenia sino en administracion (perdida *en favor* del representante); en el otro se trasmite la posesion á un tercero ó bien no pasa á nadie (perdida por el representante). Demostraremos en nuestras esplicaciones por qué hemos debido distinguir de este modo los dos casos.

La pérdida de la posesion que tiene lugar en favor del representante, es la que ofrece menos dificultades. El representante no tiene como tal el *animus possidendi*, pero se halla con la cosa en la misma relacion de dominio físico que un poseedor. No puede por consiguiente hacer cesar la posesion anterior, *sin* dar una nueva direccion á su voluntad, al paso que para semejante direccion debería poder hacerlo sin un nuevo acto, de la misma manera que hemos debido anunciarlo en la *traditio brevi manus*. La primera de estas dos proposiciones no ofrece ninguna duda. Así mientras que el representante no quiera ser poseedor, no puede tener lugar esta especie de pérdida aun cuando se negara la restitution de la cosa por otros motivos.

L. 20, pr. D. de poss.

«Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit, emptorique tradi jusserit, nec ille tradiderit: alias videbitur possessionem domini intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem cum repositenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quæpiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi non utique ejus rei possessionem intervertit.»

Sería necesario en segundo lugar, si no se debiese aplicar mas que la regla general de la adquisicion, que el *animus possidendi* fuese por sí solo suficiente para dar la posesion al representante. Pero en ningun caso esta regla puede hallar aquí una aplicacion pura y simple. En primer lugar no concierne á los fundos de tierra, porque su posesion así como la de cualquiera otra cosa no se pierde sino desde el momento en que el poseedor adquiere el conocimiento de que ha cesado su poder físico sobre la cosa. A este primer motivo debemos añadir otro y es que entonces quedaria evidentemente infringida la regla *nemo sibi causam possessionis mutare potest*: esta regla además esta desechada por un texto espreso (1).—Por otra parte esta regla no se aplica á los bienes muebles, con respecto á los cuales la regla *nemo sibi causam*, etc., le es desde luego opuesta; hay además

(1) L. 12, D. de vi: «..... quem dejecisse tunc videretur eum emptori possessionem non tradidit.»

un principio que el derecho romano ha consagrado, por un motivo que se explicará en la sección siguiente, en virtud del cual no se considera al representante como poseedor sino cuando al mismo tiempo ha cometido un *furtum*, delito cuya existencia exige para dar lugar á la posesion una *contractatio*, es decir que es preciso tocar materialmente la cosa y con el objeto de robarla. Sería á la verdad concebible que el representante no hubiese todavía comenzado á poseer por este motivo aunque la posesion de su mandante fuese perdida, porque la simple resolucion del representante ha quitado al poseedor la posibilidad física de disponer de la cosa: en este caso la cosa quedaría momentáneamente sin poseedor (1). Esta última circunstancia hará comprender perfectamente por qué se ha añadido á la escepcion que acabamos de explicar, otra escepcion por consecuencia de la cual la posesion del mandante no cesa sino cuando se han llenado todas las condiciones cuyo conjunto constituye el robo.

Es preciso guardarse de estender esta modificacion mas allá del caso para que está creada; es decir, que no debe aplicarse si no al caso de una representacion de la posesion, que cesa por la infidelidad del representante.

Así la infidelidad del representante no nos hace perder la posesion cuando se trata de bienes inmuebles sino desde el instante en que esta infidelidad ha llegado á nuestro conocimiento; y cuando se trata de bienes muebles desde el momento en que la infidelidad constituye al mismo tiempo un *furtum*.

Hasta aquí hemos hablado de la pérdida de la posesion *por* el representante y *en su favor*: examinemos ahora la pérdida de la posesion que se verifica *por* él (mas en favor de un tercero), es decir, esa especie de pérdida que destruye la relacion del poder físico en que se halla el representante con la cosa y que asegura por este último nuestra posesion. Los casos que tendremos que examinar aquí han sido casi todos de tal manera controvertidos entre los jurisperitos romanos, que será muy ventajoso para la certeza de los resultados, restringir lo mas posible el círculo de los objetos controvertidos.—Ahora bien, puede haber casos en que la posesion se haya perdido aun cuando no haya sido ejercida por un representante; en esta hipótesis la pérdida de la posesion no ofrece duda ninguna, y ninguna controversia puede suscitarse en este punto. Así como cuando el arrendatario de un fundo de tierra le vende, y el comprador le ocupa, y el arrendador no se atreve á incomodar á este comprador, no hay duda en que desde aquel momento el arrendador ha perdido su posesion. Lo mismo absolutamente sucede cuando el representante pierde una cosa mueble y ni él ni el poseedor pueden encontrarla, ó cuando confía la cosa á un tercero, porque este tercero escluye lo mismo que el ladrón la posesion precedente, sin

(1) A esta manera de ver se refiere la L. 47, D. de poss.

tener en cuenta la posesion de este poseedor anterior.—Hay tambien muchos casos de esta especie en los cuales el representante ha llegado á ser poseedor, y entonces puede indudablemente enagenar su posesion. La cuestion que tenemos que examinar puede por consiguiente establecerse de este modo: ¿puede perderse la posesion *por* el representante cuando prescindiendo de la representacion debería creerse que continuaba?

Ahora bien, la relacion de posesion natural en que se encuentra el representante con la cosa poseida puede cesar de dos maneras: *sin su voluntad*, ó *con su voluntad*.

En cuanto al primer caso no hay ninguna especie de controversia. En efecto cuando la violencia de otro es la que expulsa al representante, no hay duda en que no se pierde la posesion; y poco importa que el poseedor anterior haya ó no tenido conocimiento de la pérdida. Por otra parte es cierto que la posesion no cesa cuando por causas que nada tienen de comun con la violencia, el representante queda incapaz de ejercer nuestra posesion, como por la muerte ó por la demencia; y esto se aplica lo mismo á los bienes muebles que á los inmuebles.

No nos resta ya que examinar sino el último caso, cuando la voluntad del mismo representante hace cesar la relacion en que se halla con la cosa; este caso es tambien de dos maneras.

A Puede ser tal que no dé á nadie la posesion natural.—Algunos jurisperitos han sido tal vez de parecer que la posesion se perdía en este caso; pero no se puede probar la existencia de este parecer aunque está generalmente adoptado; muchos textos se pronuncian tambien por la opinion contraria, sin hacer la menor mencion de la controversia que pueda haber existido. Toda la decision depende de los textos siguientes:

L. 40, §. 1, D. de poss.

«Si... colonus... decessisset... non statim dicendum eam (se possessionem) interpellari... *Idem existimandum* ait, si colonus sponte possessione discesserit. Sed hæc ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.» Si debe leerse *aliud*, la controversia está probada; si por el contrario se debe leer *idem* no hay ningún motivo de controversia. La economía interior de todo el texto es favorable á la segunda version: no hay mas que estas palabras *sed hæc ita esse vera*, etc., que sean favorables á la primera version, y se las puede aplicar tambien el sentido de la segunda.

B O bien es de tal naturaleza que confiere la posesion natural á un tercero. La *tradicion* no es mas que un caso de esta especie y los jurisperitos no dan como es justo ninguna importancia á la cuestion de si la posesion natural se trasmite á un tercero directamente (por tradicion) ó indirectamente por el abandono de la cosa hecho por el representante, y sin cuidarse de quién sea el nuevo poseedor que se apodere despues de ello.—En este caso la mayor parte de los jurisperitos se pronuncian

por la posesion, pero el pasaje siguiente enseña positivamente lo contrario.

L. 3, §. 6, 7, 8, 9, D. *de poss.*

In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet intuenda est. Igitur, etc., etc.—Sed et si animo solo possideat, licet alius in fundo sit adhuc tamen possidet.— Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus, noluerit accedere; amisisse eam possessionem placet. Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam *decesserint discesserintve*, animo retinebo possessionem. Et si alii tradiderim, amitto possessionem. Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate *discesserimus* aut vi dejecti fuerimus.— Paulo determino la pérdida de la posesion de los bienes inmuebles (no se ocupa de la posesion de los bienes muebles mas que en el párrafo 13). « En esta posesion, dice, el *animus* del poseedor es el decisivo; » y desenvuelve despues esta regla en una serie de aplicaciones: *a* la posesion se pierde por el solo efecto del *animus non possidendi*; *b* no se pierde por la ocupacion; *c* pero si el poseedor ha tenido conocimiento de la ocupacion y no se atreve a conservarse por violencia en la posesion la pierde; *d* cuando el esclavo ó el arrendatario por quien ejercemos nuestra posesion muere ó abandona voluntariamente la cosa, nuestra posesion no cesa; *e* la posesion viene á cesar cuando el poseedor verifica por sí mismo la tradicion de la cosa.— En fin, en la siguiente regla general se comprenden todas estas esplicaciones: « no perdemos la posesion (de los bienes inmuebles) de ninguna otra manera sino voluntariamente ó por una *dejectio*. » Esta regla demuestra de la manera mas completa la necesidad de la version florentina y por ella la exactitud de nuestra interpretacion.

Asi se ha tratado de dos casos; en el primero el representante tenia solamente abandonada la posesion natural; en el segundo un tercero habia ocupado ademas la posesion; es posible que las opiniones de los antiguos jurisconsultos hayan sido las de otros muchos en el primer caso; pero es cierto que lo han sido en el segundo.— Como Justiniano ha establecido en una constitucion especial y en virtud de una controversia de los antiguos jurisconsultos que la infidelidad del representante no perjudica al poseedor, se ha suscitado la cuestion de si esta disposicion se refiere solamente al primer caso ó comprende los dos.

Nosotros creemos que comprende los dos casos y fundamos nuestra opinion en los motivos siguientes:

A No está probado de modo alguno que haya existido en el primer caso una controversia entre los antiguos jurisconsultos, y sin embargo Justiniano quiere decidir una disputa.

B Por el contrario la existencia de la controversia está completamente probada en lo que concierne al segundo caso, y sería tanto mas incomprensible haber dejado este punto indeciso, cuanto que tiene una relacion íntima con el primero.

C Las palabras... *definimus ut sive servus sive procurator... corporaliter nactam possessionem dereliquerit vel alii prodiderit desidia forte vel dolo ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præjudicii generetur, etc., etc.*, designan evidentemente cada uno de estos dos casos en particular; es preciso interpretarlos de una manera muy forzada; es preciso considerarlos como insignificantes y superfluos si no se encuentra en ellos esta antitesis; esta consideracion tiene mas fuerza si se atiende á la circunstancia de que los antiguos jurisconsultos no hacen distincion entre la tradicion y la dereeccion, seguida de la tradicion por un tercero.

D En fin la repeticion general: « *Hoc enim tantum sancimus ut dominus nullo modo aliquod diserimen sustineat ab his quos transmiserit.* »

Segun la otra explicacion es precisamente el acto del representante el que trae consigo la pérdida de la posesion, porque la ocupacion de un fundo de tierra sin que el poseedor haya tenido de ella conocimiento, no puede por sí sola ser causa de la pérdida de la posesion.

La interpretacion de este texto estaba ya muy controvertida entre los antiguos glosadores. Se dividian lo mismo que los jurisconsultos modernos en dos partidos principales: el primer partido, cuya opinion hemos defendido aqui, admite la continuacion de la posesion, sin distinguir si el representante abandona simplemente la cosa ó si la trasmite á un tercero: el otro partido no adopta la continuacion de la posesion sino en el primero de los dos casos. Hallanse tambien, tanto entre los glosadores como entre los jurisconsultos que les han seguido, una multitud de modificaciones de esta opinion, producidas en su mayor parte por un conocimiento incompleto del origen.

Ademas este texto se refiere lo mismo á los bienes muebles que á los inmuebles (*possessionem cujuscumque rei*): pero los primeros reuniran pocas veces las condiciones necesarias para que pueda recibir aplicacion.

SECCION CUARTA.

DE LOS INTERDICTOS.

Las fuentes particulares á que nos remitimos en cuanto á los interdictos son los títulos de *interdictis*, de la Instituta, de las Pandectas y del Código. A estas fuentes añadiremos ahora á Gayo, libro IV, §. 138 y siguientes. De su Instituta y Comentarios. Autores:

Rofrede; *Tractatus iudicarii ordinis*. Colon. 1591, en fol.—Las partes de esta obra que se refieren á la materia de los interdictos son: la segunda *De interdictis* (p. 62—109) y la octava de *constitutionibus quibus violentie puniuntur* (p. 197—435).—Este libro no tiene la importancia de las otras obras de este período: contiene menos investigaciones teóricas que reglas prácticas y formularios para la introduccion de las acciones posesorias.

Menoch, de *adquirenda, retinenda et recuperanda possessione*. Las dos primeras secciones de este libro han visto la luz pública en Colonia en 1557; la obra entera, *Ibid.* 1577, y después con frecuencia, por ejemplo en 1824 en folio en Bolonia. Ignoramos la fecha del año en que se publicó la edicion original en Venecia.—Esta obra está destinada á los procuradores, y tiene por objeto todo lo que los autores buenos ó malos han escrito sobre la materia. En vano se busca en ella alguna cosa que sea propia del autor; pero el conjunto es bastante regular para que se pueda considerar el libro como una coleccion de materiales que no deja de tener utilidad.

Doneau XV, 32—38, y en el código VIII, 4, 5, 6, 7.

Fridero Mindano, *De interdictis*.

Retes, *De interdictis*.

Haubald, *Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw.* III, p. 358 y sig.

En el día la obra mas importante sobre la materia es: Höllwg, *Handbuch des Civil processes.*, t. I, §. 37. Bonn 1834.

§. 34.

NOCION DE LOS INTERDICTOS.

Toda posesion encuentra su garantía y su proteccion en los interdictos: debemos, pues, comenzar por determinar la nocion de los interdictos en general.

La esencia de la *actio* consistia en que el pretor anunciaba en su Edicto, para los casos que daban lugar á ello, no que obraria por sí mismo, sino que constituiria é instituiria un jurado (*judex*) para decidir la contienda (*judicium dabo*). Sin embargo, el magistrado no nombraba este jurado mas que en los casos en que habia contestacion sobre los hechos; por el contrario, si se trataba de debatir un punto de derecho, ó si alguno cometia una injusticia evidente con otro sin poder apoyarse en una apariencia de derecho, ó si los hechos estaban probados por la confesion del demandado ante el pretor (*confessio*), no habia jamás lugar á nombrar un jurado, y el pretor decidia por sí mismo definitivamente la contienda.

Bajo este concepto el procedimiento en los interdictos era diferente del de las acciones ordinarias. En cuanto á aquellos, no se trataba en el Edicto de un jurado (*judex*); el pretor daba directamente una orden mandando ó prohibiendo, lo que lo prueban las espresiones usadas en estos interdictos: *vetó, exhibeas, restituas*. Cuando se presentaba un caso de esta especie previsto por el Edicto, el pretor daba inmediatamente á reclamacion del demandante la orden prometida para estos casos, sin que la prueba del hecho hubiese debido ser previamente presentada sino en presencia de las dos partes; de suerte que este procedimiento ofrecia la mayor semejanza con el que se conoce en Alemania bajo el nombre de *Mandatsprocess*. Ahora bien, dos casos podian presentarse: ó bien el demandado accedia á la pretension del demandante, y entonces toda contienda estaba terminada, ó bien el demandado negaba el hecho ó oponia excepciones; entonces se nombraba un jurado ó juez (*judex arbiter*), y la orden que el pretor habia dado desde luego tenia ya la forma de la instruccion del jurado (*formula*).

El resultado final *podia*, pues, ser en los interdictos absolutamente el mismo que en las acciones, y la diferencia que existia entonces entre unos y otras consistia mas bien en la forma y en la espresion que en la cosa misma; pero esta diferencia en las formas estaba basada sin duda en un motivo puramente de hecho, á saber: que una simple orden termina con mas frecuencia la contienda en el caso de los interdictos que en el caso de las acciones. Esta semejanza interior de los interdictos y de las acciones nos explica por qué los primeros son tambien siempre considerados como ORDINARIA *judicia*, y por qué se les oponé á

todo lo que se hace *extra ordinem*, ya consista en que se proceda delante del pretor sin jurado al examen de un hecho, ya consista en caso de un derecho notorio en la ejecucion inmediata, exactamente como acabamos de observarlo en cuanto á las acciones.

Lo que acabamos de decir nos hace tambien comprender por qué los verdaderos interdictos desaparecieron al mismo tiempo que el antiguo *ordo judiciorum*. Parece en verdad que una orden mandando ó prohibiendo emanada de la autoridad hubiera debido ser aplicable á todo procedimiento cualquiera que fué; pero no existia una idea tan general de los antiguos interdictos. Se les consideraba mas bien como órdenes *formales* destinadas á servir de introduccion al procedimiento que antes hemos bosquejado y de instruccion al jurado; estas órdenes no podian tener significacion despues que habian cesado de existir este procedimiento y este jurado. Hé aquí por qué los interdictos se transformaban entonces en medio de derecho ó en acciones ordinarias, á las cuales no quedaba otra cosa que el nombre de sus cualidades distintivas. Nosotros las encontramos ya bajo esta forma en las colecciones de Derecho de Justiniano, y así es como nos han sido transmitidas, de manera que bajo esta nueva forma se las puede tambien llamar *acciones*.

Si además de la posieion en que se hallaban las partes en los interdictos, examinamos la forma de procedimiento en todos sus pormenores, sabremos por Gayo que era muchas veces sumamente complicada, pues que podia dar lugar á esponsiones de restipulaciones, y cuando se tratase de frutos á una venta pública muy notable; de suerte que sucedia con frecuencia que el demandado era condenado á cinco prestaciones diferentes. Así, cuando la mayor parte de los juriconsultos modernos enseñan, al menos tácitamente, que el procedimiento relativo á los interdictos ha sido completamente sumario, su opinion no solo carece de fundamento sino que está directamente rechazada por los hechos. Todo lo que se les puede conceder es que los interdictos daban lugar á un procedimiento enteramente sumario cuando el demandado se conformaba inmediatamente con la orden y no habia lugar al pleito; pero cuando este ten a lugar no era mas sumario que el procedimiento de las acciones. Así poseemos en la oracion que pronunció Ciceron en defensa de su cliente Cæcina un documento que forma parte de un proceso semejante y que no parece mas sumario que los demas discursos de esta especie del mismo orador.

§. 35.

DE LOS INTERDICTOS POSESORIOS.

No hemos hecho aquí mencion de los interdictos en general sino porque la posesion está tambien protegida por acciones de

esta especie. Las acciones posesorias son pues interdictos, sin tener por esto nada de comun con los demas interdictos mas que la identidad del procedimiento; circunstancia que no tiene para nosotros importancia alguna. Vamos a determinar la nocion de las acciones posesorias, porque todas las acciones posesorias son al mismo tiempo interdictos.

En general esta definicion no dá lugar á grandes dificultades. Se llama *rei vindicatio* la accion que el demandante funda sobre su derecho de propiedad; *actio empti* la que funda en una venta (*emptio*); del mismo modo se llaman acciones posesorias las que se fundan en la posesion del demandante, es decir, las que pueden ser intentadas bajo la condicion de que el demandante ha adquirido realmente un derecho de posesion (*jus possessionis*). La aplicacion de esta nocion a los interdictos que tienden á conservar y recobrar la posesion (*interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis*) no ofrece ninguna dificultad; pero cuando se trata de interdictos que tienen por objeto la adquisicion de la posesion (*interdicta adipiscendæ possessionis*), el demandante no pretende ni poseer actualmente ni haber tenido jamas la posesion. Sin embargo, se podian imaginar dos modos de reducir estos interdictos a las mismas ideas fundamentales que las mismas acciones posesorias.

A Suponiendo la existencia de una *ficción*, en virtud de la cual se considerase la posesion que tenemos derecho a adquirir como ya efectivamente adquirida. Pero no se puede adoptar arbitrariamente semejante ficcion, y sería necesario ante todo presentar la prueba de ella: chocha además contra toda analogia; porque en los interdictos que tienden á conservar y recobrar la posesion, el fundamento de la accion consiste, además de la posesion, en una forma determinada de alteracion (como la violencia, etc.), que no es ciertamente necesaria en materia de interdictos, cuyo objeto es adquirir la posesion, de suerte que una posesion ficticia conferiria mas derecho que una posesion realmente adquirida.

B Mirando como base suya la posesion de otra persona de quien el demandante es *sucesor*. En esta hipótesis no se podría hacer valer el interdicto *quorum bonorum* sino en el caso en que el difunto hubiese tenido la posesion jurídica de la cosa; y solo á consecuencia de esta relacion con la posesion es como este interdicto llegaria á ser una accion posesoria. Pero precisamente esta relacion que se supone, es falsa: la posesion del difunto no constituye de modo alguno una condicion de la aplicacion de este interdicto, y no hay para nosotros ningun motivo para restringir el derecho del heredero á intentar esta accion. Debemos pues deducir de cuanto hemos dicho que los interdictos que tienen por objeto adquirir la posesion (*interd. adipiscendæ possessionis*) no reposan en las mismas ideas fundamentales que las demas acciones posesorias.

Sin embargo no se puede negar que los mismos romanos no colocan en la misma línea los interdictos que tienen por objeto adquirir la posesion; los que sirven para recobrarla y los que tienden á conservarla; de esta asimilacion es de la que todos nuestros juriconsultos han formado su idea general de los interdictos posesorios, que no les parecian ser entonces mas que interdictos *que tienen por objeto la posesion*.—Dar semejante definicion es no dar ninguna, porque la posesion puede encontrarse y no encontrarse *como objeto* en la mayor parte de las acciones, circunstancia que evidentemente es enteramente accidental. Así, por ejemplo, la restitucion de la posesion es el verdadero objeto de la accion pignoraticia; las acciones *empti, locati* y un gran número de otras pueden tener el mismo objeto, y ciertamente no habria razon ninguna para escluir todas estas acciones de la definicion vaga de acciones posesorias. Así el mismo texto que habla en este sentido indeterminado de medios posesorios, comprende en términos espresos los interdictos, las acciones y las excepciones; por el contrario estas tres clases no tienen la denominacion comun de posesoria *interdicta*, sino la de *interdicta rei familiaris*; se hace de ellos tambien mencion como si comprendiesen todos los interdictos; y se da como fundamental una division de interdictos que no nos permite atribuir á las tres especies una misma naturaleza y colocarlas en una misma línea. En fin, el motivo que nos parece mas decisivo contra la definicion ordinaria es este: los verdaderos interdictos posesorios tienen *delitos* por fundamento; ahora bien, si el pretor en vez de conceder un interdicto para el caso de *dejectio*, hubiese dado una accion, no hay ninguna duda en que esta *actio de vi* habria sido asimilada á la *actio vi bonorum raptorum* y otras semejantes; pero entonces tampoco habria podido nadie concebir la idea de comprenderla en la misma clase de acciones que el interdicto *quorum bonorum*; se sigue de aquí que no puede ya hacerse semejante clasificacion, porque la introduccion de un interdicto en vez de una accion es para nosotros de pequeña importancia y aun accidental segun la manera de ver de los romanos, es decir, que no era exigida por la naturaleza del derecho que se quería de este modo reclamar.

Los interdictos que sirven para conservar y recobrar la posesion (*interd. retinendæ et recuperandæ possessionis*) son pues las únicas acciones posesorias; y los interdictos que tienen por objeto adquirir la posesion (*interd. adipiscendæ possessionis*) no tienen nada de comun con ellas. Hay mas, y es que estos últimos nada tienen de comun entre sí, lo que se prueba fácilmente por su enumeracion y resulta de su dispersion en los mas diversos pasajes de nuestras fuentes. El interdicto *quorum bonorum* no se diferencia en el derecho de Justiniano de la peticion de herencia posesoria (*hereditatis petitio possessoria*); el interdicto *quod legatorum* se funda, como toda la posesion y

tantas otras materias, en un principio de derecho enteramente particular que el Edicto habia establecido al principio: el interdicto *de glande legenda* no forma en su esencia mas que una accion *ad exhibendum* aplicada á un caso especial; el interdicto Serviano no es sino otra forma de procedimiento para la accion Serviana lo mismo que el interdicto *fraudatorium* para la accion Pauliana.

El principio sentado de que los interdictos posesorios se fundan siempre en la posesion juridica del demandante, decide tambien de la prueba que es preciso suministrar; incumbe pues al demandante probar la existencia de la posesion en su persona. La cuestion siguiente se suscita sin embargo con este motivo. La alegacion del demandante se refiere necesariamente á la existencia de la posesion en una época determinada; por ejemplo, cuando se reclama el interdicto *uti possidetis*, se refiere á la posesion existente en el momento en que se intenta la accion; cuando se recurre al interdicto *de vi*, es preciso considerar el momento de la deyeccion. Ahora bien: ¿es necesario probar la existencia de la posesion *en estos momentos*, ó basta probar que el demandante ó su autor *ha adquirido* la posesion en una época cualquiera, de suerte que se repete haberla conservado siempre hasta que el demandado pruebe que esta posesion se perdió despues? Sabido es que la misma cuestion se presenta en materia de reivindicacion, y que en este caso se resuelve afirmativamente. La analogia parece exigir que esta regla encuentre tambien su aplicacion en las acciones posesorias, pero no podemos adoptar esta opinion. Hay bajo este concepto entre la propiedad y la posesion una diferencia esencial, y es que la continuacion de la posesion, no fundándose en hechos continuos, se resiste á la observacion y es no solamente difícil sino casi imposible probarla; mientras que la posesion, resultando de una relacion fisica é incesante del poseedor con la cosa, se descubre fácilmente y es susceptible de prueba. Todo lo que puede concederse á la opinion contraria es que la relacion fisica en que acabamos de apoyarnos es de una naturaleza un poco indeterminada. Vease por qué sería necesario dejar al juez una gran latitud en cuanto al examen de la prueba de esta relacion, y tomar en consideracion la posesion anteriormente adquirida, mientras que de ella pueda deducirse la presuncion de continuacion actual; presuncion que será tanto mas grave, cuanto mas corto fuere el tiempo que haya transcurrido desde la adquisicion. Pero si quisiese admitirse que en materia de posesion se requiere solo la prueba de la *adquisicion*, como sucede en materia de propiedad, es cierto que no podría admitirse de una manera absoluta; debería siempre reconocerse una diferencia, y es que en materia de propiedad la adquisicion puede tambien verificarse en cabeza de la persona de quien somos herederos, al paso que en materia de posesion el demandante debe

probar haber adquirido por sí mismo la posesion, pues que la propiedad y no la posesion es la que se trasmite al heredero. —La cuestion que aquí examinamos se presenta en materia de usucapion de la misma manera que en los interdictos; de tal suerte que la prueba del principio de la posesion no es suficiente cuando se trata de la usucapion. —Esta cuestion por otra parte ha llamado mucho la atencion de los antiguos jurisconsultos, si bien entre los modernos casi ninguno ha tratado de ella. Placentino y Hugolino adoptaban la presuncion de la posesion anterior y la aplicaban á la posesion presente; Johannes la desechara fundándose en que la posesion se pierde mas facilmente que la propiedad. Los jurisconsultos de tiempos posteriores se declararon en su mayor parte en favor de la presuncion, pero poniendo tantas restricciones y escepciones, que en último análisis llegaban casi al mismo resultado á que nosotros nos hemos dirigido. Muchos de ellos admiten por ejemplo que la presuncion cesa cuando han transcurrido mas de diez años desde que se presentó la prueba; otros dicen con mas exactitud que una posesion antigua presenta mas probabilidades que una nueva, y que este punto debe dejarse al arbitrio del juez. Muchos eran ya de parecer que la posesion cuya existencia ha sido probada en dos épocas diferentes, tiene en su favor la presuncion de haber continuado durante este intervalo: el código francés ha consagrado esta regla.

§. 36.

CONTINUACION.

Hemos determinado ya lo que debemos entender por interdictos posesorios; pero es preciso todavia que refutemos una objecion que es de la mas alta importancia para toda nuestra esposicion. La mayor parte de los autores modernos han considerado en efecto mas ó menos explicitamente los interdictos como reivindicaciones provisorias, y esta opinion es la que examinaremos aquí. Los medios judiciales provisorios son aquellos que no deciden la causa sino provisionalmente y dejan subsistir la posibilidad de un nuevo examen y de una nueva decision *de la misma cuestion de derecho*. Así, por ejemplo, en la *missio heredis scripti* fundada en un testamento en apariencia válido, el derecho de sucesion del demandante es lo que se decide y cuya existencia se busca; pero el mismo punto puede llegar a ser de nuevo objeto del examen del juez en la peticion de herencia (*hereditatis petitio*). Los dos examenes se hallan, pues, entre sí en la misma relacion que los que han tenido lugar en primera y segunda instancia.

Si las acciones posesorias no fuesen, pues, mas que medios judiciales provisorios y relativos á la propiedad, su teoría quedaría reasumida en estos principios: el que posee es conside-

rado provisionalmente en virtud de una presunción general, como propietario: pero esta decisión que interviene en la reivindicación provisional (*en el posesorio*) puede lo mismo ser reformada que confirmada á consecuencia de un exámen ulterior (*en el petitorio*).—Cuán errónea es esta manera de ver, porque el derecho de los interdictos se funda en causas absolutamente independientes de la propiedad, es lo que establecimos al principio de este tratado (§. 2) y lo que probamos despues hasta la última evidencia, demostrando que los romanos consideraban el derecho de los interdictos como el unico derecho resultante de la posesion sola, y que la adquisicion de la posesion tiene lugar de tal manera que no puede admitirse que la posesion tenga relacion con la propiedad ú otro cualquier derecho. Es necesario aqui separar las causas que han dado origen á este error, y que siendo particulares de los interdictos no podian hasta ahora hallar su esplicacion.

Algunos presentan los interdictos *retinendæ possessionis* como *preparativos* necesarios á la reivindicacion, y llegan hasta pretender que no han sido introducidos sino con este objeto: otro texto aconseja á los propietarios que se sirvan si es posible de un interdicto con preferencia á la reivindicacion.—Pero esta medida preparatoria se distingue evidentemente mucho de la de una medida judicial provisoria, porque la esencia de esta última (el exámen de la misma cuestion de derecho) es en extremo indiferente en la primera, de suerte que hasta un procedimiento civil puede servir de medida á un procedimiento criminal. Despues otras muchas acciones, por ejemplo, las que resultan de un contrato, se encuentran en una relacion idéntica con la reivindicacion, y no hay duda que todo jurisculto aconsejará al propietario á quien compete, ademas de la reivindicacion, una accion resultante de un contrato, recurrir á esta última aunque sea una reivindicacion provisoria. En fin, y este es nuestro principal argumento, esta relacion preparatoria se encuentra solamente por casualidad en los interdictos; porque no estando basado el derecho de interdictos sino en la posesion, se les puede invocar aun cuando ninguna de las partes pretenda la propiedad.

Segun lo que acabamos de decir, el uso que se hace de los interdictos para preparar la reivindicacion, puede ser en extremo frecuente; pero esta circunstancia es accidental y no puede ser tomada en consideracion cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de estas acciones. Esta última observacion se halla principalmente confirmada en un texto sacado de Ulpiano, y del cual nos hemos mas de una vez aprovechado en el curso de esta obra. Tratábase de investigar si el poseedor perdía á consecuencia del uso de la reivindicacion la posesion, y por una consecuencia ulterior el interdicto *uti possidetis*, y nosotros respondemos aqui negativamente á esta cuestion. Ahora bien, si

el interdicto *uti possidetis* no hubiese sido accidental, y en la mayor parte de los casos una introduccion á la reivindicacion, sino mas bien segun su esencia misma una medida preparatoria, un principio del procedimiento reivindicatorio, habría debido hallarse en esta circunstancia el motivo mas decisivo para considerar el recurso a la reivindicacion como una renuncia del interdicto; véase por qué Ulpiano hace preceder su decision de la cuestion, de la observacion de que las contestaciones sobre la posesion y sobre la propiedad, son por su naturaleza independientes unas de otras; y véase por qué puede sacar de aqui la consecuencia de que la reivindicacion no implica la renuncia de los interdictos.

«*Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.*»

Los interdictos posesorios son, pues, acciones que no exigen el cumplimiento de ninguna otra condicion mas que la existencia de la posesion; y nosotros hemos justificado esta definicion dando la prueba de que no se hallan en una ligazon necesaria con la reivindicacion. Sin embargo, lo que hace que se conceda al poseedor el derecho á los interdictos no es indistintamente toda alteracion introducida en la posesion, sino la violacion que se presenta bajo ciertas formas; y estas formas son las que sirven tambien de base á la clasificacion de los interdictos. Todos los interdictos se fundan sin escepcion, ó en el empleo de la violencia, ó en el ejercicio clandestino de la posesion ó en el abuso de un *precarium*; la violencia puede ó hacer perder enteramente la posesion ó solamente alterarla, y la simple alteracion dá lugar á interdictos diferentes, segun que se ejerce sobre la posesion de los bienes muebles ó de los bienes territoriales; tendremos, pues, que tratar de los interdictos siguientes:

- I. De los interdictos *retinendæ possessionis*.
 - A. *Generalidades* (§. 37).
 - B. *Uti possidetis* (§. 38).
 - C. *Utrubi* (§. 39).
- II. De los interdictos *de violenta possessione* (§. 40).
- III. De los interdictos *de clandestina possessione* (§. 41).
- IV. De los interdictos *de precaria possessione* (§. 42).
- V. De las constituciones de los emperadores relativas á los interdictos posesorios (§. 43).

§. 37.

DE LOS INTERDICTOS RETINENDÆ POSSESSIONIS.

A. Generalidades.

A. Verginii de Bocatis à Cingulo. Jc. Romani, *trat. de interd. uti possidetis s. de manuten. in poss.*—Colon 1581, en 8.º Se halla también en los *trat. t. 3, p. 2* (Ven. 1584) en fol. y mas adelante aun con mas frecuencia.

Este autor coloca todos los interdictos *retinendæ possessionis* en la misma línea; su tratado es muy malo, y se prescinde de él muy fácilmente.

Los interdictos *retinendæ possessionis* tienen por objeto proteger al poseedor actual contra usurpaciones ejercidas con violencia en su posesión.

Para hacer comprender esta proposición necesitamos mencionar los diferentes casos en que estos interdictos pueden verdaderamente encontrarse. Son estos.

1. Cuando el poseedor ha sufrido por consecuencia de la perturbación un perjuicio de que pide actualmente reparación.

2. Cuando se teme una violación de la posesión, y el poseedor actual reclama de antemano contra ella la protección de los interdictos.

3. Cuando se quiere arreglar la instancia sobre la propiedad por una investigación previa sobre la posesión, aunque no haya tendido ni sea de temer ninguna perturbación violenta de la posesión.

Nuestros interdictos hallan incontestablemente su aplicación en todos estos casos; no es menos cierto que el mismo interdicto sirve en todos estos casos diferentes, y que el mismo texto del Edicto ha establecido su uso. De aquí la cuestión de saber de donde proviene la aplicación del mismo interdicto à estos casos diferentes.

El Edicto ha previsto espresamente el primer caso, y la prescripción del interdicto en particular no tiene sentido alguno si se la refiere à los demás casos. Así no hay duda en que este se funda en una *obligatio ex maleficio*.

El segundo caso se encuentra también en el Edicto, y puede igualmente reducirse à una *obligatio ex maleficio* con tal que no se considere el *maleficio* como ya perpetrado, sino como no cometido todavía. En efecto, es evidente que el *maleficio* que hay que evitar en este caso es el único motivo por el cual se concede el interdicto y que no hay *ningun* otro derecho que

autorice su empleo. Este caso no se halla, pues, tampoco en contradicción con la clasificación establecida en el §. 6. El primer y segundo caso tienen de común que están destinados à proteger al poseedor actual contra las alteraciones de su posesión; de suerte que la cuestión de si el demandante es realmente poseedor constituye siempre en ellos el punto principal; su diferencia considerada bajo el punto de vista jurídico no es por otra parte esencial; de suerte que no se podrá en manera alguna tildar al Edicto de haberlos colocado juntos.

El segundo caso se presentará en particular con mucha frecuencia en las contestaciones sobre la propiedad, cuando se trata de impedir durante la instancia toda especie de vía de hecho. Pero es necesario no confundirlo con el tercer caso; porque puede ser muy bien que la cuestión sobre la posesión actual esté completamente decidida, y que haya sin embargo todavía que temer alteraciones de parte de un adversario empeñado en ejercerlas: en tal caso hay necesidad del interdicto con motivo de la reivindicación, pero únicamente para evitar la violencia (n.º 2) y de *ningun modo* para distribuir los papeles en la instancia sobre la propiedad (n.º 3). Es también posible que haya al mismo tiempo contestación, y entonces es preciso, según la regla sentada mas arriba, decidir igualmente esta diferencia.

Ahora será fácil explicar también el tercer caso. En toda instancia sobre la propiedad es necesario ante todo decidir la posesión cuando es disputada. Con este objeto se habia introducido en el antiguo derecho la solemnidad de *manus consortæ*; pero esta institucion causaba tantas dificultades, y exigia que el pretor juzgase por si mismo sin *judex*, pues que la investigación sobre esta diferencia podia ser complicada; además muchas acciones reales no admitian esta forma. El expediente se ofrecia por si mismo: en efecto, si en semejante caso hubiera habido que temer al mismo tiempo vías de hecho, se habria usado el interdicto, y entonces se habria debido decidir à causa de este último la misma cuestión cuya solución se exigia para la instancia sobre el petitorio; de esta manera se habria tenido la ventaja no solamente de tener un *judex* sino de no hallarse limitado à la *vindicatio ex jure Quiritium*.

No habia, pues, mas que considerar todo caso de posesión contestado como si se tratase de impedir las vías de hecho; y con el auxilio de esta ficción es como el interdicto *retinendæ possessionis* llegaba à ser la forma jurídica que llenaba todas las exigencias. No se podia vacilar en adoptar esta ficción, porque no modificando en punto alguno esencial el resultado de la indagación preliminar, no perjudicaba ni à la una ni à la otra parte. Hemos, pues, hallado la aplicación del interdicto *retinendæ possessionis* en el tercero de los casos que hemos citado. La letra del Edicto no le contenia, porque las palabras *vim fieri veto* no le conciernen de modo alguno; pero se le ha subordinado à la re-

gla de aquel por una ficción que no era contraria á los principios. Esta ficción identifica en lo que concierne á la teoría el tercer caso con el segundo, y no podrá, pues, lo mismo que este último, servir para refutar nuestra clasificación de los interdictos.

Pasemos ahora á las condiciones de la aplicación de los interdictos *retinendæ possessionis*.

La primera condición es aquí como en todos los interdictos posesorios la existencia real de la posesión, no de la posesión civil, sino de la posesión jurídica, por oposición á la relación de hecho de la detentación.

La segunda condición exige una alteración ejercida con violencia, y hé aquí lo que se comprende por esto: la expresión *vis* se emplea en general para todo acto cometido contra la voluntad de otro. Además, era necesario para que el interdicto *quod vi aut clam* fuese concedido, que esta voluntad estuviese declarada expresamente al autor de la alteración, ó que él mismo impidiese la declaración. Pero aquí esta contradicción de voluntad contra la alteración reposa en la posesión misma, mientras que la alteración no está especialmente autorizada.

Se sigue de aquí que en el sentido de estos interdictos, la alteración existe desde que queda restringida la libre disposición de nuestra cosa, aunque sea la causa la cosa del vecino, tal como una pared inclinada sobre nuestra propiedad: en efecto, aunque sea posible que él mismo no haya ocasionado esta alteración, y que la ignore tal vez, es sin embargo cierto que posee su edificio de una manera onerosa para nosotros, lo que basta para constituir la violencia. Estos interdictos deben, pues, en este punto, ser colocados en la misma línea que la acción negatoria, paralelo reconocido formalmente por los textos. Ya hemos supuesto de qué manera debe considerarse esta alteración, violenta unas veces como ya cometida, otras como debiendo cometerse y otras como existiendo únicamente por ficción.

La alteración violenta no debe en tercer lugar haber hecho cesar la posesión, condición que resulta ya del nombre de esta clase de interdictos posesorios (*RETINENDÆ possessionis*). Hemos tratado ya en la 3.^a sección de esta obra de los requisitos ulteriores de esta condición puramente negativa, pues que hemos determinado todos los casos en que debe considerarse la posesión como perdida. Se supone que esta condición no tiene significación sino cuando se trata de una alteración ya ejercida y el poseedor adquiere en este caso el derecho á estos interdictos, tanto cuando se le impide solamente ejecutar su voluntad en algún punto con relación al objeto de su posesión, como cuando otro se permite actos que competen al poseedor sin espulsar á este de su posesión.

Toda persona á la que podamos acusar de haber turbado nuestra posesión, se halla en situación de ser demandada en

una acción posesoria; así por ejemplo, el inquilino de una casa que quiere construir ó derribar alguna cosa contra la voluntad de propietario, puede ser demandado. Podría dudarse de esto poro que el arrendador tiene la acción *locati*; pero por este motivo precisamente es por el que tiene la elección entre las dos acciones. Además, en el mismo caso tiene también otra tercera acción donde elegir, y esta analogía confirma la opinión que hemos emitido sobre las acciones posesorias; del mismo modo el incontestable que si el inquilino le espulsa de su posesión puede elegir entre la acción *locati* y el interdicto *de vi*.

El objeto de estos interdictos es de tres maneras:

1.^o En el caso de una alteración que se ha verificado ya, tienden á hacer obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios.

2.^o En el caso de amenazas de alteración ó cuando una violencia ya acometida hace temer otra nueva (circunstancia en que pueden coincidir los dos objetos), tienen por objeto evitar el acto ilegal que tememos. Es indiferente en lo que concierne al objeto general de estos interdictos que la prohibición dictada por el juez baste para impedir el acto ilegal ó que sea necesaria la ejecución material de la orden judicial, ó bien que se le asegure por caución el tranquilo goce de su posesión.

3.^o En su aplicación á las contestaciones sobre la propiedad están destinados á decidir la cuestión de saber en cual de las partes se debe actualmente reconocer la cualidad de poseedor. Este objeto puede igualmente coincidir con los otros dos.

En cuanto al resultado que producen nuestros interdictos, encontramos todavía una regla particular que es preciso explicar aquí. Se les considera como *duplicia* ó como *acciones mixtas*, y este carácter trae consigo dos consecuencias: *a* cada una de las partes puede intentar la acción, esto es, puede presentarse como demandante; *b* gozan de los mismos derechos en el procedimiento y no se hallan opuestas por funciones determinadas asignadas á cada una de ellas, como la mayor parte de las acciones lo exigen.

La consecuencia práctica más importante de esta duplicidad consiste en admitir que no se puede condenar del mismo modo al demandante que al demandado. Ahora bien, esto puede suceder de dos maneras: es posible que no sea el demandante sino el demandado el que tenga efectivamente la posesión, y entonces no hay ninguna duda en que el demandado que habría podido presentarse como demandante, no debe ganar el pleito de la misma manera que si hubiese intentado por sí mismo la acción: puede también suceder que el demandante tenga realmente la posesión, pero que deba perder el pleito por consecuencia de excepciones que le oponga el demandado, de suerte que este último, que no habría podido presentarse como demandante, gana sin embargo el pleito y la posesión. Este último resultado parece

una inconsecuencia, pero es fácil de justificar; porque el juez para negar al demandante el objeto de su accion debe, ó no decidir acerca de la posesion ó adjudicar la posesion al demandado; la primera de estas dos únicas vias posibles permitiría á cada una de las partes ejercer violencia contra la otra, y como semejante resultado está en contradiccion flagrante con la esencia de una decision judicial, no queda mas que el segundo resultado, es decir, que el interdicto debe ser considerado como *duplex*, y que debe ponerse en posesion al demandado aunque no haya ganado el pleito, si se hubiere constituido en demandante. Es necesario por otra parte guardarse de traspasar los límites de la igualdad que debemos atribuir á las partes en el procedimiento. La prueba en particular está sometida á las mismas reglas que en todas las demas acciones, y es preciso sin duda considerar bajo este concepto como demandante al que primero acude al juez. El principio que hemos establecido mas arriba en cuanto á las acciones posesorias en general, rige tambien en esta prueba. En esto hay asimismo una cuestion particular que resolver: cuando el demandado no niega de una manera absoluta la posesion del demandante, y se la concede añadiendo la restriccion de que él, el demandado, tiene la composicion, ¿á quién incumbe la prueba? Podría considerarse esta alegacion como una escepcion é imponer la prueba al demandado, pero creemos que el demandante es el que debe probar; porque pretendiendo este último hallarse en posesion de todas las partes de la cosa, y estando concedida esta posesion en ciertas partes y negada en otras, el caso presenta una litis contestacion en parte negativa, y la prueba corresponde al demandante. Podríamos todavia alegar en favor de nuestra opinion que si la composicion estuviese probada, cada una de las partes podría intentar la accion con el único objeto de imponer la prueba á su adversario el demandado.

§. 38.

DEL INTERDICTO UTI POSSIDETIS.

Fuentes particulares del *interdicto uti possidetis*.

§. 4. J. de *interdictis*.

Dig. lib. 43, tit. 17.

Código, lib. 8, tit. 6.

Carl. Albert *Weber das interdictum uti possidetis der Ræmer Halle*. 1824 en 8.^o (Esta obra es muy profunda y digna de atencion.)

Wiederhold *das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio* 1831 en 8.^o (Véase mas arriba la adic. al §. 10.)

Las reglas que hemos establecido en el párrafo precedente para los interdictos *retinendæ possessionis* en general, deben apli-

carse ahora á la posesion de los bienes raices, es decir, al interdicto *uti possidetis*.

Las condiciones generales de estos interdictos eran: posesion en general, alteracion ejercida con violencia, continuacion de la posesion á pesar de la violacion. Se ha puesto en duda que puedan aplicarse la primera y la tercera posesion al interdicto *possidetis*.—En cuanto al primer punto Cuperó exige para que se puedan conceder los interdictos *retinendæ possessionis*, que la posesion sea *civil*, pero esta opinion no es sino una consecuencia de la idea falsa que tenia de la posesion civil, idea cuya refutacion basta para rechazar su dictamen. Trata sin embargo de probar su asercion con nuestro interdicto en particular, y esta tentativa nos interesa aquí. Ulpiano dice en un texto muy conocido que el interdicto *de vi* no supone necesariamente la existencia de la posesion civil; Cuperó deduce de aquí que debe constituir una de las condiciones del interdicto *uti possidetis*.

La tercera condicion, en virtud de la cual es necesario que el demandante tenga tambien el carácter de poseedor, se impone para recurrir al interdicto *uti possidetis* en términos tan explicitos que parece imposible que haya duda en este punto. El primer motivo que se alega contra ella, se funda en la esplicacion errónea de la posesion civil en que se veia la posesion *quæ animo retinetur*, cuya continuacion sería posible al *dejectus*, y daría á este último la eleccion de recurrir al interdicto *de vi* (á causa de la pérdida de su posesion natural), ó bien al interdicto *uti possidetis* (á causa de la continuacion de su *posesion civil*). El segundo motivo se apoya en una interpretacion inexacta de la L. 11, D. *de vi*, que admite el interdicto *de vi* en el caso de una simple alteracion, é implica esta otra consecuencia de que el *dejectus* podría usar del interdicto *uti possidetis*. Otros adelantan tambien en tercer lugar que el *dejectus*, debiendo necesariamente como demandado ganar el pleito, debe tambien como demandante tener derecho al interdicto; dan á la igualdad de las partes en el interdicto *duplex* una estension demasiado grande, contra la cual hemos hablado arriba.

Así el efecto de este interdicto conveerda perfectamente con lo que hemos dicho arriba de los interdictos *retinendæ possessionis* en general.—Se trata pues en primer lugar de impedir el acto destinado á turbar la posesion. Por regla general se conseguirá facilmente este objeto á consecuencia de la sola sentencia del juez que prohíbe la alteracion; cuando esta prohibicion no basta, es necesario naturalmente como en todo juicio llegar á la ejecucion, que puede consistir entre otras cosas en que el juez imponga al que ha perdido el pleito, y que dá lugar á temores fundados de nuevas alteraciones, la obligacion de dar fianzas. Así el derecho de exigir estas fianzas se deriva ya del derecho general de ejecucion, y no necesita una sancion positiva, que no existe ni ha podido pretenderse que existiera sino por medio

una inconsecuencia, pero es fácil de justificar; porque el juez para negar al demandante el objeto de su accion debe, ó no decidir acerca de la posesion ó adjudicar la posesion al demandado; la primera de estas dos únicas vias posibles permitiría á cada una de las partes ejercer violencia contra la otra, y como semejante resultado está en contradiccion flagrante con la esencia de una decision judicial, no queda mas que el segundo resultado, es decir, que el interdicto debe ser considerado como *duplex*, y que debe ponerse en posesion al demandado aunque no haya ganado el pleito, si se hubiere constituido en demandante. Es necesario por otra parte guardarse de traspasar los límites de la igualdad que debemos atribuir á las partes en el procedimiento. La prueba en particular está sometida á las mismas reglas que en todas las demas acciones, y es preciso sin duda considerar bajo este concepto como demandante al que primero acude al juez. El principio que hemos establecido mas arriba en cuanto á las acciones posesorias en general, rige tambien en esta prueba. En esto hay asimismo una cuestion particular que resolver: cuando el demandado no niega de una manera absoluta la posesion del demandante, y se la concede añadiendo la restriccion de que él, el demandado, tiene la composicion, ¿á quién incumbe la prueba? Podría considerarse esta alegacion como una escepcion é imponer la prueba al demandado, pero creemos que el demandante es el que debe probar; porque pretendiendo este último hallarse en posesion de todas las partes de la cosa, y estando concedida esta posesion en ciertas partes y negada en otras, el caso presenta una litis contestacion en parte negativa, y la prueba corresponde al demandante. Podríamos todavia alegar en favor de nuestra opinion que si la composicion estuviese probada, cada una de las partes podría intentar la accion con el único objeto de imponer la prueba á su adversario el demandado.

§. 38.

DEL INTERDICTO UTI POSSIDETIS.

Fuentes particulares del *interdicto uti possidetis*.

§. 4. J. de *interdictis*.

Dig. lib. 43, tit. 17.

Código, lib. 8, tit. 6.

Carl. Albert *Weber das interdictum uti possidetis der Ræmer Halle*. 1824 en 8.^o (Esta obra es muy profunda y digna de atencion.)

Wiederhold *das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio* 1831 en 8.^o (Véase mas arriba la adic. al §. 10.)

Las reglas que hemos establecido en el párrafo precedente para los interdictos *retinendæ possessionis* en general, deben apli-

carse ahora á la posesion de los bienes raices, es decir, al interdicto *uti possidetis*.

Las condiciones generales de estos interdictos eran: posesion en general, alteracion ejercida con violencia, continuacion de la posesion á pesar de la violacion. Se ha puesto en duda que puedan aplicarse la primera y la tercera posesion al interdicto *possidetis*.—En cuanto al primer punto Cuperó exige para que se puedan conceder los interdictos *retinendæ possessionis*, que la posesion sea *civil*, pero esta opinion no es sino una consecuencia de la idea falsa que tenia de la posesion civil, idea cuya refutacion basta para rechazar su dictamen. Trata sin embargo de probar su asercion con nuestro interdicto en particular, y esta tentativa nos interesa aquí. Ulpiano dice en un texto muy conocido que el interdicto *de vi* no supone necesariamente la existencia de la posesion civil; Cuperó deduce de aquí que debe constituir una de las condiciones del interdicto *uti possidetis*.

La tercera condicion, en virtud de la cual es necesario que el demandante tenga tambien el carácter de poseedor, se impone para recurrir al interdicto *uti possidetis* en términos tan explicitos que parece imposible que haya duda en este punto. El primer motivo que se alega contra ella, se funda en la esplicacion errónea de la posesion civil en que se veia la posesion *quæ animo retinetur*, cuya continuacion sería posible al *dejectus*, y daría á este último la eleccion de recurrir al interdicto *de vi* (á causa de la pérdida de su posesion natural), ó bien al interdicto *uti possidetis* (á causa de la continuacion de su *posesion civil*). El segundo motivo se apoya en una interpretacion inexacta de la L. 11, D. *de vi*, que admite el interdicto *de vi* en el caso de una simple alteracion, é implica esta otra consecuencia de que el *dejectus* podría usar del interdicto *uti possidetis*. Otros adelantan tambien en tercer lugar que el *dejectus*, debiendo necesariamente como demandado ganar el pleito, debe tambien como demandante tener derecho al interdicto; dan á la igualdad de las partes en el interdicto *duplex* una estension demasiado grande, contra la cual hemos hablado arriba.

Así el efecto de este interdicto concuerda perfectamente con lo que hemos dicho arriba de los interdictos *retinendæ possessionis* en general.—Se trata pues en primer lugar de impedir el acto destinado á turbar la posesion. Por regla general se conseguirá facilmente este objeto á consecuencia de la sola sentencia del juez que prohíbe la alteracion; cuando esta prohibicion no basta, es necesario naturalmente como en todo juicio llegar á la ejecucion, que puede consistir entre otras cosas en que el juez imponga al que ha perdido el pleito, y que dá lugar á temores fundados de nuevas alteraciones, la obligacion de dar fianzas. Así el derecho de exigir estas fianzas se deriva ya del derecho general de ejecucion, y no necesita una sancion positiva, que no existe ni ha podido pretenderse que existiera sino por medio

de una interpretación errónea. Por lo que toca á la alteracion ya verificada, el poseedor tiene derecho para reclamar la indemnizacion de los daños y perjuicios, cuyo importe debe compensar todo lo que le hizo perder ó le impidió ganar la violacion de la posesion.

Esto es lo que teniamos que decir con respecto á las condiciones y al efecto general de este interdicto; pero hay algunos casos particularmente exceptuados en los cuales no se admite el interdicto ó se concede solo en parte; es preciso tambien añadir las *excepciones* que competen al demandado y que corresponden á estos casos.—La primera de estas excepciones está fundada en el modo empleado por el demandante para adquirir la posesion; cuando esta ha comenzado por consecuencia de una violencia ó clandestinamente ó bien por un *precarium*, no es el demandante sino el demandado quien gana el pleito; es preciso sin embargo para que se puedan alegar excepciones por estos vicios que los actos ilegales de los cuales resultan hayan sido cometidos entre las mismas personas que se presentan como demandante y demandado; la excepcion no es pues fundada sino cuando la *dejectio*, etc., etc., ha sido verificada por el autor del demandante ó bien contra otra persona distinta del demandado.

El motivo por el cual se ha introducido esta excepcion consiste en que el demandado tiene derecho en la mayor parte de los casos á un interdicto *recuperanda possessionis*, y que es mas natural escuir al demandante de su demanda abreviando el procedimiento y hasta poner por una razon particular al demandado en posesion en vez de hacer desde luego sucumbir en el proceso sobre el interdicto *uti possidetis* al demandado que no es poseedor y darle en otro proceso una sentencia favorable.—La segunda excepcion concierne la prescripcion del interdicto. Cuando ha pasado un año desde que tuvo lugar la alteracion, no se puede recurrir á este interdicto para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios, á no ser que el que ha cometido la alteracion haya ganado con la pérdida del poseedor.—No hay otras excepciones fuera de aquellas de que acabamos de hablar.

§. 39.

DEL INTERDICTO UTRUBI.

Fuentes particulares del interdicto *utrubi*.

§. 4. Inst. de *interdictis*.

Dig., lib. 43, tit. 31.

Cod. Teod., lib. 4, tit. 23.

Así como el interdicto *uti possidetis* protege al poseedor de bienes raíces, del mismo modo el interdicto *utrubi* está destina-

do á garantir la posesion de todos los bienes muebles, aunque segun el Edicto no concernia mas que al esclavo.

La primera condicion es aquí como en el interdicto *uti possidetis* la posesion jurídica; no hay necesidad de que esta posesion sea civil. Pero la posesion sola no bastaba, era necesario que hubiese sido ejercida en el año último durante mas largo tiempo por el demandante que por su adversario. En la computacion de este tiempo se contaba naturalmente la duracion de la posesion del vendedor, de suerte que la *accesion de la posesion* era aquí de tan gran peso como en materia de usucapion y en la prescripcion de algunas acciones.

El derecho romano moderno ha derogado esta distincion y ha colocado el interdicto *utrubi* en la misma línea que el interdicto *uti possidetis*; parece cierto que se debe á Justiniano este cambio y que el texto de Ulpiano en que está consignado está interpolado; porque ni Paulo ni Gayo ni la constitucion de Diocleciano contenida en los *Fragments del Vaticano* ofrecen la menor señal de esta innovacion.—La segunda condicion es una usurpacion violenta de la posesion; no presenta nada de particular.—Es preciso en tercer lugar que la posesion no haya cesado por consecuencia de la violacion; es preciso que continúe todavia; es un principio indudable en el derecho de Justiniano, y todo lo que se dice con respecto al interdicto *uti possidetis* halla tambien perfectamente su aplicacion al interdicto *utrubi*. ¿Pero qué es lo que debia decidirse antes de la identificacion de los dos interdictos? El interdicto *utrubi* tiene en este último caso el carácter *puro* de los interdictos *retinendæ possessionis*, es decir, se exigía tambien además de la *possessio majoris anni partis* la existencia de la posesion en el momento en que el demandante se presentaba como tal, ó bien esta existencia no tenia importancia ninguna?

Ahora estamos convencidos de que se debe decidir segun esta última opinion, aunque los motivos que nos inducen á adoptarla no tengan nada que ver con los que se han invocado hasta ahora en su apoyo. Habia en efecto la costumbre de citar como textos justificativos algunas leyes que no prueban absolutamente nada en favor de esta opinion. Son estos.

A L. 3, §. 5, D. *ad exhibendum*.

Sed et si quis *interdicturus rem exhiberi desideret* audietur. ®

B L. 3, §. 12, D. *ad exhibendum*.

Pomponius scribit, ejusdem hominis recte ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usufructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignoraturs sibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium interest exhiberi hominem.

La accion *ad exhibendum* se dice que está destinada en uno y en otro caso á servir de introduccion al interdicto *utrubi*; y se deduce de aquí que se puede reclamar igualmente por este último

la posesion perdida; pero en primer lugar no es necesario referir estos textos al interdicto *utrubi*, porque se puede tambien entender el parágrafo 5 de todo interdicto *adipiscendae possessionis* y no hay necesidad de suponer en el caso del parágrafo 12 el derecho á una accion posesoria; resulta tambien de otros textos que la accion *ad exhibendum* puede ser empleada sin que tenga ninguna relacion con un derecho cualquiera á otra accion con tal que haya *interés* y una *justa causa*, y que si estas condiciones se cumplen puede por sí mismo hacer dar inmediatamente la posesion. En segundo lugar la deduccion que se sacaba de aqui es falsa, pues aun cuando la accion *ad exhibendum* pudiese realmente ser preparatoria para el interdicto *utrubi*, no es necesario suponer en este interdicto la posesion perdida. No perdiendo tampoco el *commodans* en posesion cuando el comodatario no hace mas que negarle la restitucion si no comete al mismo tiempo un verdadero *furtum* por la *contractatio*, la accion *ad exhibendum* puede muy bien en este caso ser preparatoria para el interdicto *utrubi* como interdicto *retinendae possessionis*; la misma combinacion sería tambien concebible en el caso de la const. 14, c. *de agricolis*.

C. Const. 14, c. *de agricolis*. (c. pr. Cod. Teod. IV, 23).

« Si coloni quos bona fide quisque possidet, ad alios fugae vitio transeuntes necessitatem propriae conditionis declinare tentaverint, bona fidei possessori primum oportet celeri reformatione succurri; et tunc causam originis et proprietatis agitari. »

La version *possidet* que está ciertamente sacada de manuscritos porque el testimonio de editores tan dignos de fe habla en su favor, se encuentra confirmada en la palabra siguiente *possessori*, que no puede aplicarse de otro modo que por *ei qui possessor est*. Un motivo todavia mas poderoso y que milita en favor de esta version es el contenido mismo de este pasaje.

Los siervos (*coloni*) á quienes se trataba bajo muchos conceptos lo mismo que á los esclavos, se habian fugado, y alegaban bajo la proteccion de un tercero haber nacido libres: debia intentarse una accion contra este tercero. Este no era pues poseedor de los siervos, porque no queria serlo, y los colonos tratados como *servi fugitivi* se hallaban todavia como éstos en la posesion de su amo. Se trata por consiguiente en nuestro texto del interdicto *utrubi* y esto lo prueba tambien el epigrafe del código teodosiano; y las palabras *bonae fidei possessor* indican la misma cosa, designando las escepciones que pueden escluir lo mismo este interdicto que el *uti possidetis*; pero el interdicto mismo tiene aqui como en todas partes el carácter de los de *RETINENDAE possessionis*.

D. Petronio cap. 13.

Petronio cuenta que habiéndose perdido un vestido y sido este encontrado en tierra y recogido por uno, se habia recurrido al interdicto contra este ultimo. Este pasaje probaria en verdad el

principio, si se pudiese en general considerar á Petronio como habil en dar testimonios sobre una materia que tanto se refiere á los parmenores del derecho civil.

Ninguno de estos motivos prueba pues el principio; pero hay otros mas decisivos.

A Teofilo que debe haber conocido por sí mismo la antigua forma del interdicto, propone espresamente el ejemplo siguiente para ilustrar la materia: « cuando yo poseo una cosa durante siete meses, y otro la posee durante los cinco meses *subsiguientes*, gano el pleito, y el otro deberá restituirme la posesion. »

B Si hubiera sido de otro modo, no se habria podido decidir la diferencia en muchos casos; por ejemplo en el que Teofilo propone.

El mismo principio práctico queda pues fuera de toda duda; ¿pero cuales son las ideas teóricas que nos explican su origen? ¿Se debe considerar el *interdictum utrubi* como *RECUPERANDAE possessionis*? Este punto es de la mas alta importancia para nuestra manera de considerar los interdictos posesorios en general, porque les hacemos depender de una *violacion formal* que no se halla seguramente en el interdicto *utrubi* cuando es interdicto *RECUPERANDAE possessionis*. Ahora bien, se puede probar hasta la evidencia que los romanos no veian jamás en este interdicto un interdicto *RECUPERANDAE possessionis*. Gayo y Paulo, que no saben ni uno ni otro nada de la nueva forma de este interdicto, le llaman en términos espresos *interdictum RETINENDAE possessionis*, al lado del *interdictum UTI POSSIDETIS*. Paulo habla un poco mas lejos del interdicto de vi; establece el principio conocido de que no se puede usar de él cuando se trata de bienes muebles; cita otra accion que puede reemplazarle en este caso, y con este motivo donde deberiamos ante todo encontrar el interdicto *utrubi*, si alguna vez se hubiese aplicado á la posesion *perdida* como tal, no se hace de él la menor mencion.

Véase nuestra solucion de la cuestion. El interdicto *utrubi* es interdicto *retinendae possessionis*, pero por consecuencia de una ficcion se considera la posesion *major anni pars* como posesion *actual*. Ahora bien, si el demandante no es al mismo tiempo poseedor actual, la negativa actual de restituir la cosa constituye la violacion que se requiere. Es del todo indiferente en este caso que el adversario haya usurpado con violencia la posesion del demandante ó que la haya adquirido de una manera irreprehensible. Es posible que las dos cosas existan á la vez, que la *major anni pars* y la violencia coincidan, pero esta coincidencia no es mas que accidental, y esta circunstancia esclarece muy bien la diferencia esencial que existe entre nuestro interdicto y los interdictos *RECUPERANDAE possessionis*. Sin embargo, no negamos por eso que esta coincidencia, aunque en sí misma accidental, tenga lugar tal vez realmente en el mayor número de casos, de suerte que en cuanto al resultado práctico este interdicto presta-

rá los mismos servicios que si fuese un interdicto *RECUPERANDE possessionis*. Esta observacion se encuentra particularmente confirmada en el motivo siguiente. Cuando nos usurpan con violencia la posesion de una cosa mueble y nosotros empleamos el interdicto solamente en el año contado desde la fecha de la violacion, ganaremos necesariamente el pleito a causa de la excepcion *vittosa possessionis* que sigue inmediatamente; así no debe dar mas que un valor puramente teórico á nuestra defensa pertinaz del carácter del interdicto *RECUPERANDE possessionis* que atribuimos al interdicto *utrubi*; despues probaremos (§. 40) que este interdicto se aplicaba para el resultado práctico como sustitucion del interdicto *unde vi*, y que estaba destinado á este uso.

Hemos hablado hasta ahora de las condiciones de este interdicto; sus efectos no presentan nada de particular. Su objeto es tambien desde luego y principalmente impedir la alteracion misma de la posesion, y despues hacer obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios por el tiempo pasado.

En fin, no nos resta mas que hablar de las excepciones á que da lugar este interdicto. — La primera se funda como en el interdicto *uti possidetis*, en la *VITIOSA possessio* del demandante, y se exige tambien aqui para que pueda ser invocada que la violencia, etc., haya sido ejercida contra el demandado. Este principio no ofrece duda alguna en derecho romano moderno, y la idea de negarlo en el derecho romano antiguo es muy estraña de parte de Cuperio. Véanse las razones que alega este jurisculto en favor de su opinion: *A* Paulo no repite en términos expresos las palabras *ab adversario*; pero podría presentarse la misma prueba para el derecho romano moderno, porque estas palabras no se hallan tampoco en el texto probablemente interpolado de las *Pandectas*. *B* Un argumento *a contrario*, motivo que es evidentemente mucho peor que el primero. Pierde por el contrario enteramente de vista el testimonio expreso que dá la *Instituta* y que concierne precisamente al derecho antiguo, y no se podría imaginar ninguna razon para negar á esta fuente la fuerza de una prueba. Gayo corta decididamente esta controversia.—La segunda excepcion que podría oponerse al interdicto *uti possidetis*, se refiere á la prescripcion: no parece que se pueda invocar semejante excepcion contra el interdicto *utrubi*, porque ni el Edicto mismo ni la *Instituta* lo prescriben; pero está efectivamente comprendida en el derecho antiguo, á consecuencia de la computacion particular de tiempo que tenia lugar para este interdicto; su aplicacion en derecho moderno es una consecuencia necesaria de la identificacion absoluta de los dos interdictos.

§. 40.

DEL INTERDICTO DE VI.

Fuentes de este interdicto.

Ciceron, *Pro A. Cæcina*.

Ciceron, *Pro Tullio* (en las Orat. frag. de Ciceron. ed. Peyron Stuttgart 1824, en 4.º, p. 96—109.)

Gayo, IV, §. 154, 155.

§. 6, Inst. de *interdictis*.

Dig., lib. 43, tit. 16.

Cód. Just., lib. 8, tit. 4, 5.

Cód. Teod., lib. 4, tit. 22.

Autores:

Para la interpretacion del discurso pronunciado por Ciceron en favor de *Cæcina*, pueden ser útiles además de las ediciones que ha dado Grævio de los discursos del orador y de las publicadas en Nápoles, algunas ediciones y comentarios que han visto la luz pública separadamente: citaremos á Omfalio (París 1535, en 8.º) Bart. Latomio (Argentor. 1539, en 8.º), y Pedro Pellitario (París 1540, en 4.º).

Pero la obra siguiente es mucho mas importante y útil.

Henr. Const. Cras. *Diss. qua spec. jurispr. Ciceron exhib. S. Ciceronem justam pro H. Cæcina causam dixisse ostenditur*. Lugd. Bat. 1769, en 4.º; escrito profundo que no consiste únicamente en la interpretacion del discurso de Ciceron, sino que ilustra toda la materia del interdicto. Sin embargo, no es muy probable, ni aun para el autor de esta obra, que Ciceron defendiese una causa muy justa.

Ferd. Gotth. Fleck. *Comm. binæ de interd. unde vi et remediis spoliis*. Lipsiæ 1797, en 8.º

La primera parte del libro es la unica que nos interesa, y aun si se exceptuan algunas adiciones insignificantes, no es mas que una copia de Cras.

El que habia perdido la posesion á consecuencia de una violencia la reclamaba de una manera diferente segun que la violencia habia sido ejercida con armas ó sin ellas. Por esta razon se adoptan ordinariamente dos diversos interdictos el *de vi quotidiana* y el *de vi armata*; pero en la esencia no habia mas que un solo interdicto *de vi* que se empleaba unas veces de una manera regular (interdicto *de vi* sin adiccion), otras veces con algunas derogaciones mas rigurosas contra el demandado (interdicto *de vi*

rá los mismos servicios que si fuese un interdicto *RECUPERANDE possessionis*. Esta observacion se encuentra particularmente confirmada en el motivo siguiente. Cuando nos usurpan con violencia la posesion de una cosa mueble y nosotros empleamos el interdicto solamente en el año contado desde la fecha de la violacion, ganaremos necesariamente el pleito a causa de la excepcion *vittosa possessionis* que sigue inmediatamente; así no debe dar mas que un valor puramente teórico á nuestra defensa pertinaz del carácter del interdicto *RECUPERANDE possessionis* que atribuimos al interdicto *utrubi*; despues probaremos (§. 40) que este interdicto se aplicaba para el resultado práctico como sustitucion del interdicto *unde vi*, y que estaba destinado á este uso.

Hemos hablado hasta ahora de las condiciones de este interdicto; sus efectos no presentan nada de particular. Su objeto es tambien desde luego y principalmente impedir la alteracion misma de la posesion, y despues hacer obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios por el tiempo pasado.

En fin, no nos resta mas que hablar de las excepciones á que da lugar este interdicto. — La primera se funda como en el interdicto *uti possidetis*, en la *VITIOSA possessio* del demandante, y se exige tambien aqui para que pueda ser invocada que la violencia, etc., haya sido ejercida contra el demandado. Este principio no ofrece duda alguna en derecho romano moderno, y la idea de negarlo en el derecho romano antiguo es muy estraña de parte de Cuperio. Véanse las razones que alega este jurisculto en favor de su opinion: *A* Paulo no repite en términos expresos las palabras *ab adversario*; pero podría presentarse la misma prueba para el derecho romano moderno, porque estas palabras no se hallan tampoco en el texto probablemente interpolado de las *Pandectas*. *B* Un argumento *a contrario*, motivo que es evidentemente mucho peor que el primero. Pierde por el contrario enteramente de vista el testimonio expreso que dá la *Instituta* y que concierne precisamente al derecho antiguo, y no se podría imaginar ninguna razon para negar á esta fuente la fuerza de una prueba. Gayo corta decididamente esta controversia.—La segunda excepcion que podría oponerse al interdicto *uti possidetis*, se refiere á la prescripcion: no parece que se pueda invocar semejante excepcion contra el interdicto *utrubi*, porque ni el Edicto mismo ni la *Instituta* lo prescriben; pero está efectivamente comprendida en el derecho antiguo, á consecuencia de la computacion particular de tiempo que tenia lugar para este interdicto; su aplicacion en derecho moderno es una consecuencia necesaria de la identificacion absoluta de los dos interdictos.

§. 40.

DEL INTERDICTO DE VI.

Fuentes de este interdicto.

Ciceron, *Pro A. Cæcina*.

Ciceron, *Pro Tullio* (en las Orat. frag. de Ciceron. ed. Peyron Stuttgart 1824, en 4.º, p. 96—109.)

Gayo, IV, §. 154, 155.

§. 6, Inst. de *interdictis*.

Dig., lib. 43, tit. 16.

Cód. Just., lib. 8, tit. 4, 5.

Cód. Teod., lib. 4, tit. 22.

Autores:

Para la interpretacion del discurso pronunciado por Ciceron en favor de *Cæcina*, pueden ser útiles además de las ediciones que ha dado Grævio de los discursos del orador y de las publicadas en Nápoles, algunas ediciones y comentarios que han visto la luz pública separadamente: citaremos á Omfalio (París 1535, en 8.º) Bart. Latio (Argentor. 1539, en 8.º), y Pedro Pellitario (París 1540, en 4.º).

Pero la obra siguiente es mucho mas importante y útil.

Henr. Const. Cras. *Diss. qua spec. jurispr. Ciceron exhib. S. Ciceronem justam pro H. Cæcina causam dixisse ostenditur*. Lugd. Bat. 1769, en 4.º; escrito profundo que no consiste únicamente en la interpretacion del discurso de Ciceron, sino que ilustra toda la materia del interdicto. Sin embargo, no es muy probable, ni aun para el autor de esta obra, que Ciceron defendiese una causa muy justa.

Ferd. Gotth. Fleck. *Comm. binæ de interd. unde vi et remediis spoliis*. Lipsiæ 1797, en 8.º

La primera parte del libro es la unica que nos interesa, y aun si se exceptuan algunas adiciones insignificantes, no es mas que una copia de Cras.

El que habia perdido la posesion á consecuencia de una violencia la reclamaba de una manera diferente segun que la violencia habia sido ejercida con armas ó sin ellas. Por esta razon se adoptan ordinariamente dos diversos interdictos el *de vi quotidiana* y el *de vi armata*; pero en la esencia no habia mas que un solo interdicto *de vi* que se empleaba unas veces de una manera regular (interdicto *de vi* sin adiccion), otras veces con algunas derogaciones mas rigurosas contra el demandado (interdicto *de vi*

armata) (1). La violencia ordinaria, la que se presentaba diariamente, y que comprendía el caso regular, no tenía nombre particular precisamente a causa de este carácter: Ciceron la llama en un pasaje para mejor distinguirla *vis QUOTIDIANA*, y dá entonces al interdicto el nombre de *QUOTIDIANUM interdictum*; pero estos términos no constituyen mas que una designación descriptiva y deben ser tomados solamente como términos técnicos. La introducción antiguamente exigida á la instancia completa sobre la reivindicación es enteramente diferente; su forma se funda principalmente en una violencia simbólica, la *deductio quæ moribus fit* y las *manus consortæ* que Aulo Gelio llama *vis civilis* y *vis fectucaria*. Aquí los actos de violencia eran aparentes y fingidos, mientras que el interdicto *de vi* jamás era concedido sino con motivo de una violencia real ejercida con armas ó sin ellas. Nuestros jurisconsultos han confundido casi siempre esta *vis civilis* con la *vis quotidiana*: han considerado unas veces el interdicto *de vi* como parte de las *manus consortæ*, y otras veces la *deductio quæ moribus fit* como una fórmula perteneciente á los interdictos: no entienden por consiguiente estas instituciones jurídicas.

La distinción de los dos grados de violencia que se reconocían en el interdicto *de vi* estaba todavía en observancia en tiempo de los jurisconsultos clásicos; pero como Justiniano la pasa en silencio, no podríamos descubrir con certeza los vestigios que los fragmentos de los jurisconsultos presentan del derecho antiguo, si Ciceron no nos hubiese dejado datos exactos sobre este punto. El derecho romano moderno no establece, pues, para el interdicto *de vi* mas que un solo principio que se regula en parte según el carácter de la *vis ARMATA*, en parte según el de la *vis QUOTIDIANA* del derecho antiguo; pero como este mismo no establecía diferencias entre las dos instituciones sino en algunos principios particulares, bastará en la exposición de los principios del derecho moderno indicar las disposiciones derogadas.

La primera condición de este interdicto exige que el demandante haya tenido la posesión jurídica al tiempo de la *dejectio*. No se puede dudar, en derecho moderno, de la necesidad rigurosa de su cumplimiento, porque nuestras fuentes legales dicen con tanta precisión por una parte que la posesión jurídica es necesaria, que declaran por otra parte que para recurrir á este interdicto no se exige la posesión civil. La cuestión de lo que decretaba el derecho antiguo en cuanto á esto, es muy difícil de resolver. Ciceron pretende en términos espesos que el interdicto *de vi armata* no depende en manera alguna de la posesión, aserción que nos parece digna de algunas reflexiones.

Véase en pocas palabras lo que dice Ciceron como abogado

(1) Se pueden comparar los dos casos á un *mandatum cum clausula et sine clausula*.

del demandante. Cæcina pretende haber heredado ciertos bienes raíces cuya propiedad reclama Ebutio por otras causas: el primero quiere entrar en la tierra que dice le pertenece, y Ebutio se lo impide acompañado de una tropa de hombres armados. Parece mas que probable que Cæcina no habia entrado todavía en posesión de la tierra; porque Ciceron, que alega en efecto en favor de su cliente la existencia de la posesión, solo hace mención de esta circunstancia, que habria sido la mas decisiva de todas, al fin de su discurso y como un argumento superabundante, de modo que se comprende perfectamente su intención de no apoyarse en la posesión sino como en una circunstancia accesoria; y sin embargo, las pocas palabras que aventura, nos dan mas de un punto de apoyo para manifestar la suposición contraria, á saber, que Cæcina no fué el poseedor. Ahora bien, si Cæcina no habia tenido efectivamente la posesión, no podia ganar el pleito, á no ser que el juez creyese innecesaria la posesión para este interdicto; el abogado tenia pues la tacha de dar á este principio erróneo la mayor verosimilitud posible: véase lo que ha hecho Ciceron, pero véase tambien por qué no puede ser invocado aquí como autoridad histórica. Una expresión de que se sirve el abogado en el pasaje citado exige sin embargo una explicación particular. « Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum unde ille me vi deiecit additur, cum ego possiderem si deieci nemo potest, qui non possidet: aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quæri possederit, nec ne? » Ciceron invoca aquí la terminología de los tribunales, y como esta era generalmente conocida, parece imposible que haya sido trasladada de una manera inexacta; pero es muy probable que contuviese alguna cosa, de la cual el intérprete pudiera sacar partido por medio de una explicación falsa. Véase como se puede explicar esto: en los casos ordinarios, es decir, cuando no se habian empleado las armas, se reclamaba el interdicto *de vi* con esta fórmula: « unde ille me vi deiecit, cum ego nec vi, nec clam, nec precario ab illo possiderem » así toda la adición consistía en las tres escepciones conocidas, y las palabras *cum ego possiderem* no se hallan sino á causa de estas escepciones, ni tienen de modo alguno por objeto designar la posesión jurídica, que estaba ya claramente expresada en las palabras *unde me deiecisti*. Cuando por el contrario se habian empleado las armas, no se podían en ningun caso proponer las escepciones y se suprimía toda la adición de la fórmula *cum ego possiderem*, aunque la posesión no hubiese dejado de ser necesaria como fundamento del derecho á la acción. Parece, pues, bastante probable que Ciceron supo aprovecharse de esta supresión, sacando de ella una consecuencia tan falsa como indispensable para la causa de Cæcina.—Nuestros jurisconsultos han creído generalmente en la verdad de la aserción de Ciceron, y han deducido que la simple *detentación* sin posesión jurídica era la condición de este interdicto en los

casos de violencia con armas; pero Ciceron no hace en primer lugar ninguna mención de esta distincion, y en segundo lugar, es imposible que haya pensado en hacerla en su discurso, porque en efecto, Cæcina no era un arrendatario á quien se le habia negado la posesion jurídica; por el contrario, ó bien tenia la posesion jurídica, ó bien no tenia ni aun la simple detencion, de suerte que no habia lugar á hacer esta distincion en la defensa. El pasaje de Ciceron contiene todos los datos que tenemos acerca de nuestro objeto; por consiguiente, si se introduce la diferencia de que hablamos, será entregándose á suposiciones arbitrarias. —Westphal evita con mucha facilidad todas las dificultades: da crédito á la asercion del orador, la toma á la letra, y declara por una consecuencia necesaria, que el interdicto *de vi ARMATA* es á la vez un interdicto *ADIPISCENDÆ* y *RECUPERANDÆ possessionis*.

La segunda condicion de este interdicto supone que el poseedor haya sido desposeido por violencia. Sin embargo, no basta aquí como cuando se trataba de conceder los interdictos precedentes toda clase de violencia, cualquiera que sea; es preciso que la violencia sea *atrox*. El *atrox vis* no designa una vía de hecho particularmente grosera, como golpes ó heridas, sino una violencia que hace imposible la continuacion de la posesion. Véase precisamente por qué esta violencia se ejerce mas directamente y de una manera mas completa contra la persona, que la que introduce una simple alteracion, y que basta para dar lugar á los interdictos *retinendæ possessionis*; tambien se la puede considerar en este sentido como un grado mas alto de violencia, si bien estas dos especies de violencia tienen de comun entre sí, que determinan exteriormente la voluntad del poseedor, y perjudican por consiguiente la libertad de la persona; la violencia que se ejerce directamente contra las personas, constituye, pues, la condicion por la cual se distingue nuestro interdicto de los interdictos *retinendæ possessionis*. Es enteramente indiferente en derecho moderno que se haya empleado la fuerza armada ó no.

Tercera condicion. La violencia debe haber sido ejercida por el mismo demandado.—Esta regla tiene, sin embargo, muchas escepciones: A aquel, por ejemplo, con cuyo consentimiento se ejerció el acto de violencia, y el que dió á otro la orden de ejecutarlo, incurren en las mismas observaciones que el agente mismo.—Véase la parte histórica de este principio. El tenor del interdicto era en su origen este: unde tu... *dejecisti*; muchos demandados abusaban de esta redaccion del Edicto, pretendiendo que no eran ellos sino otros (aunque en virtud de orden suya) los que habian cometido la *dejectio*. A fin de evitar estas sutilezas los pretores añadieron una segunda fórmula al Edicto y la redactaron así: unde dolo malo tuo... *vi detrusus est*: de suerte que este caso desde entonces estaba ya espresamente previsto, y el demandante tenia la eleccion entre las dos fórmulas. Mas adelante

se interpretó el término primitivo *dejecisti*, de manera que se comprendiese tambien en el caso del *dejeci fecisti*; de suerte que la nueva fórmula esplicita del pretor llegó á ser superflua y bastaba la antigua.

B La obligacion del heredero no principia sino en tanto que ha adquirido por sí mismo á consecuencia del acto de violencia (*in id quod ad eum pervenit*) ó que haya adquirido sin su dolo. No sucede lo mismo con el que se llama *singularis sucesor*, por ejemplo, con el comprador de la casa de que alguno ha sido desposeido porque no le incumbe ninguna obligacion.—C Cuando la violencia habia sido ejercida por un esclavo y sin saberlo su amo, entonces este último tenia dos obligaciones; era preciso en primer lugar que tomase sobre sí el interdicto como toda otra accion *ex delicto*, como accion *noxal*, y despues que restituyese lo que habia ganado por consecuencia del acto de violencia ejercido por su esclavo (*id quod ad eum pervenerat*). Esta segunda obligacion recibe tambien una grande estension; nos es impuesta en todos los casos en que hemos adquirido alguna cosa inmediatamente por efecto de la violencia que otro ha ejercido, ya en nuestro nombre, ya durante el tiempo en que estaba bajo nuestra dependencia.

Cuarta condicion. El acto violento debe haber hecho perder la posesion; es decir, que se debe poder considerarle como *dejectio*. Ya hemos investigado mas arriba en qué casos perdemos la posesion á consecuencia de un hecho fisico (*corpore*); nada se exige aquí sino que la violencia ejercida por otro haya sido causa de la pérdida, y no hay dificultad en determinar si este hecho existe. Así, por ejemplo, es del todo indiferente que la violencia haya sido realmente ejercida, ó que el desposeido la haya evitado por un temor fundado, supuesto sin embargo que el peligro haya sido actual y no solamente futuro; no importa que haya sido espulsado el poseedor de su casa ó que le hayan impedido la entrada, y la combinacion de estas dos reglas nos hace ver claramente que el poseedor, cuya casa ha sido ocupada durante su ausencia, puede como *dejectus* recurrir al interdicto, aunque tal vez no hubiese hecho tentativa alguna para mantenerse por la fuerza en su posesion. Por el contrario, jamás ha lugar al interdicto cuando la trasmision de la posesion se verifica por la tradicion; aun cuando la tradicion se haya hecho por temor, se puede tener derecho á otras acciones pero no al interdicto.

La aplicacion de los principios sobre la *deyeccion* no ofrecerá, pues, dificultades en el mayor número de casos; sin embargo, hay uno que debemos considerar en particular. El que habiendo perdido su posesion por violencia se apodera de ella inmediatamente tambien por violencia, es considerado como si no hubiese cesado de poseer: los hechos que este caso presenta no son mirados, pues, como una doble *deyeccion* sino como un

solo acto indivisible, en que el poseedor defendía su posesion por la fuerza. Esta manera de ver es de una alta importancia práctica: si los hechos comprendiesen una doble *dejectio* no podría apoyarse la demanda en la legalidad de la segunda *dejectio*, sino echando mano de una *escepcion* contra el interdicto del último poseído, y el derecho moderno no reconocia ya esta escepcion: la ley 17 *de vi* nos evita la necesidad de esta escepcion, separando el hecho (*la dejectio*) que podia únicamente dar lugar al interdicto; y la legalidad del acto de violencia empleado para la readquisicion, no es mas que una consecuencia del derecho comun de la defensa. Esta regla tiene una aplicacion importante á la posesion de los bienes raices, ocupados por otro durante la ausencia del poseedor, porque este no pierde la posesion desde el momento de la ocupacion, sino desde el instante en que se vé impedido por la violencia de volver á sus tierras, es decir, desde el instante de la *dejectio*; si por el contrario lograrse rechazar á su enemigo, no tendria lugar la *dejectio*, no habria perdido la posesion, no habria hecho mas que defenderla; de suerte que la legalidad de su acto no está sujeta á duda alguna.

La quinta condicion del interdicto se refiere al objeto de la posesion: no se concede el interdicto sino cuando se trata de bienes inmuebles. Las cosas muebles presentan, sin embargo, motivos tan poderosos como los bienes raices para que sea protegida su posesion, y seria una grande inconsecuencia que el poseedor no tuviese derecho para recurrir á un interdicto ó á otra accion que pudiese reemplazar al interdicto *de vi*. Ulpiano cita otras tres acciones que sustituyen de todo punto en las cosas muebles al interdicto *de vi*: la accion *furti*, la accion *vi bonorum raptorum*, y la accion *ad exhibendum*. Pero la accion *furti* así como el *furtum* mismo, de cuya existencia depende, suponen circunstancias que importan poco á la posesion considerada en sí misma: exigen el *lucri animus* la *contrectatio* y en el demandante un interés fundado en otro derecho: lo mismo diremos acerca de la *conditio furtiva* que el jurisconsulto romano pasa en silencio. La accion *vi bonorum raptorum* depende igualmente de la existencia de un interés semejante basado sobre un derecho, y supone tambien que el usurpador tenga la intencion de ceder este derecho (además de la posesion).

Verdad es que la accion *ad exhibendum* puede tambien ser empleada sin ninguna relacion á otra accion; pero exige igualmente la existencia del mismo interés que hemos encontrado necesario para las acciones de que acabamos de hablar. Cada una de estas tres acciones necesita, pues, del cumplimiento de condiciones que en el derecho de posesion no están comprendidas, y pueden por consiguiente figurarse casos en los cuales el derecho de posesion sea violado sin que el poseedor pueda recurrir á una accion, mientras el interdicto *de vi* debería ser concedido sin duda alguna, si el objeto de la posesion fuese inmueble. Compre-

deráse bien la razón de la existencia de esta laguna meditando sobre la tentativa que antes hemos hecho de deducir los interdictos de la historia general de la posesion. Pero muchos autores vacilarán tal vez en adoptar nuestra hipótesis y otros podrán ser de parecer que no lo explica todo, porque transformando la posesion en la institucion jurídica que se nos presenta actualmente como tal, se habria debido atender tambien a todo lo que semejante modificacion podia necesitar. Con este motivo trataremos de explicar tambien esta laguna con el auxilio de nuestras fuentes del derecho.

Estas tres acciones que Ulpiano nos cita como complementos del interdicto *de vi* para las cosas muebles son mas antiguas que los interdictos: comprendian, pues, cuando se introdujeron los interdictos, la mayor parte de los casos en que se perdía la posesion de una cosa mueble. Ahora bien los interdictos, como todo el Edicto, no eran producto del razonamiento, sino mas bien resultado de las necesidades que se espermentaban; es, pues, natural que no se haya establecido para algunos casos raros que podian encontrarse en materia de posesion de cosas muebles un interdicto *recuperandæ possessionis*, particularmente destinado á ellos, porque por una consecuencia rigurosa haya debido ser protegido tambien en estos casos escepcionales el derecho de posesion. Esta explicacion se halla confirmada en la circunstancia siguiente: el que ejerce como representante la posesion de una cosa mueble, puede cometer una infidelidad y adquirir por sí mismo la posesion; pero el derecho romano establece en términos espresos que esta adquisicion y esta pérdida de posesion no pueden ser precedidas mas que por un acto que constituye al mismo tiempo un *furtum*. Uno de los motivos de esta disposicion escepcional podria consistir en que el legislador ha querido que la posesion no se perdiese sino cuando la cosa hubiese sido sustraída á la usucapion como *res furtiva*; otro motivo mucho mas general parece de acuerdo con nuestra explicacion. En efecto el poseedor no pierde la posesion, y por consiguiente el interdicto *utrubi*, sino cuando ha adquirido una nueva accion por el *furtum* del representante, de suerte que esta disposicion tiene por objeto restringir el número de casos en que la posesion de una cosa mueble es violada sin que el poseedor tenga derecho á una accion fundada en esta violacion.

Así es como se explica este punto, aun cuando nos atengamos estrictamente á la manera de ver que establece el texto citado de Ulpiano. Pero prescindiendo de este texto y fundandose en la economia interior del derecho antiguo, se explica todo todavía mejor y de una manera mas satisfactoria por la antigua forma del interdicto *utrubi*, porque este hacia alcanzar el objeto para el cual buscamos en vano ahora un interdicto. En efecto el interdicto *utrubi* concedía la posesion á aquel que en el último año la habia tenido mas tiempo que su adversario, pero prohi-

bia que para la computacion de este tiempo se contase la posesion *viciosa*. Se sigue de aqui que si el que estaba desposeido con violencia de una cosa mueble, intentaba su accion posesoria dentro del año, estaba seguro de ganar el pleito, porque su posesion habia durado evidentemente mas tiempo que la de su adversario, á quien á causa de la violencia se le juzgaba como no poseedor. Este interdicto llegaba, pues, en realidad con respecto á las cosas muebles, el mismo objeto á que estaba destinado el interdicto *de vi* relativamente á las cosas inmuebles, con tal que se observase el tiempo de la prescripcion anual. Puede intentarse la refutacion de esta manera de ver, alegando que Ulpiano no cita en el texto de que hemos hablado arriba el interdicto *utrubi*, al cual hubieran debido referirse estos casos antes que á ninguno otro; pero habiendo recibido este interdicto en el derecho de Justiniano un carácter enteramente diferente, era muy natural que se quitase de las Pandectas todo lo que en los pasajes de los jurisconsultos recordaba su antigua forma.

Nuestra exposicion hace, pues, ver que la laguna de que se trata no existia en derecho antiguo y no tuvo su origen sino á consecuencia de la transformacion que sufrió el interdicto *utrubi* en el derecho de Justiniano. Pero ni aun esta última asercion es exacta: ya se habia tenido cuidado, mucho antes de Justiniano, de proteger de otra manera al que se veia desposeido de una cosa mueble; el interdicto *de vi* habia salido de los límites estrechos que limitaban su aplicacion á los bienes inmuebles, y el derecho de Justiniano le concede sin distincion tanto á los bienes inmuebles como á los muebles.

Valentiniano mandó que la usurpacion violenta de una cosa tuviese dos consecuencias: primera la restitution de la posesion, y segunda (como pena impuesta á causa de la violacion) la pérdida de la propiedad; ó si el que habia cometido la violencia no era propietario, el pago de una cantidad igual al valor de la propiedad. La primera de estas dos obligaciones es la que ahora nos concierne, porque hace estensivo explícitamente el interdicto *de vi* á las cosas muebles. No es solamente la ligazon en que se la encuentra con el interdicto en las mismas fuentes del derecho la que nos prueba que los legisladores mismos la miraban bajo este punto de vista, es decir, como una simple modificacion del antiguo interdicto *de vi*, sino tambien la circunstancia de que no se determinan ulteriormente las condiciones de que depende la aplicacion de esta regla, circunstancia que sería inconcebible en una disposicion tan importante y tan frecuente en otras consecuencias, si no constituyese una referencia tácita á las condiciones conocidas en el interdicto *de vi*. La opinion que acabamos de establecer relativamente á la influencia de las leyes referentes al abuso de hacerse justicia por sí mismo en el interdicto *de vi*, es exactamente la misma que hemos expuesto en las tres ediciones anteriores. Thibaud la ha contradicho últimamente en una

disertacion sobre este punto: hemos creído deber someterla á un nuevo exámen y dar cuenta detallada del resultado de nuestros esfuerzos.—Véase un extracto de lo que dice Thibaud: «Las Pandectas mandan por una parte espresamente que el interdicto *de vi* no se aplique sino cuando se trata de bienes raíces; por otra parte el Código y la Instituta colocan al lado del interdicto las penas establecidas contra el abuso de hacerse justicia por sí mismo. Pero esta última circunstancia no es importante en una legislacion compuesta con tanta negligencia como la compilacion de Justiniano, y por consiguiente solo la primera es la que parece deber decidir la cuestion: el interdicto ha conservado pues su antigua naturaleza, y solo accidentalmente se ha hecho mencion al lado del interdicto, de las penas contra los abusos de hacerse justicia por sí mismo. De aqui se deduce (continúa Thibaud) que la usurpacion violenta de las cosas muebles no dá lugar, lo mismo en el dia que antiguamente, mas que á acciones, es decir, al procedimiento ordinario, y de ningun modo á interdictos, es decir, al procedimiento sumario.»

Señalemos primero exactamente el objeto de la controversia. No podemos en primer lugar reconocer por tal la cuestion de si en los casos de que tratamos se debe proceder sumariamente, ó bien si ha de seguirse el procedimiento ordinario. Lo que el procedimiento de los interdictos presentaba de particular ha desaparecido enteramente en el derecho de Justiniano. Es verdad que originaba al principio una diferencia entre las acciones y los interdictos (aunque esta diferencia jamás haya sido la que distingue el procedimiento sumario del ordinario); pero esta diferencia era en todo tiempo muy secundaria y ciertamente no tenia importancia al lado de esta otra, á saber, si hay ó no derecho á la accion. La forma del procedimiento que se debe seguir en el caso de usurpacion de una cosa mueble no constituye, pues, en nuestro concepto, el objeto de la controversia: el objeto de la controversia es mas bien este otro. Los interdictos *de vi*, *uti possidetis* y *utrubi* pueden sin duda favorecer á aquel que no tiene ningun derecho á la cosa, á aquel que no pretende tenerlo, y aun á aquel que ha llegado de la manera mas injusta, por ejemplo, usando de la violencia, á tener la posesion y que está sobre este punto confeso. Esto no ofrece duda; esto es lo que constituye el carácter distintivo de las acciones posesorias, y lo mismo habria sucedido aun cuando estas vias judiciales hubiesen sido en todo tiempo acciones y jamás interdictos. Pero cuando nos arrebatan con violencia la posesion de una cosa mueble se suscita la cuestion de saber lo que debe hacerse en este caso. Cuando se le examina segun los principios que rigen en los interdictos posesorios, se nos devolverá la posesion aun cuando tal vez la hayamos tenido sin derecho ni pretesto. Cuando por el contrario se rechazan estos principios, no se nos restituirá la posesion ni por el procedimiento sumario ni por el ordinario; porque nos sería

preciso para reivindicar la cosa tener la propiedad de ella: para intentar la accion *furti* y *vi bonorum raptorum*, debemos igualmente ó ser propietarios, ó tener un derecho real, ó bien ser responsables para con alguno que gozase de semejante derecho (por ejemplo como inquilinos); del mismo modo para recurrir á la accion *ad exhibendum* debemos tener un interés relativo á la cosa y fundado en un derecho; todas estas acciones exigen como condicion indispensable la existencia de un verdadero derecho material relativo á la cosa, y en esto la posesion sola no basta en manera alguna. La opinion de Thibaud, si bien la comprendemos, coincide con esta última hipótesis; Thibaud rechaza con respecto á los bienes muebles los principios de los interdictos posesorios y niega al poseedor todo derecho á una accion.

Véase ahora nuestra opinion. Tenemos derecho á una accion por consecuencia de la posesion sola y sin ser investidos de ningun derecho material. Como lo hemos demostrado, el interdicto *utrubi* era hasta el tiempo de Justiniano el que para este efecto competia al poseedor; pero las leyes concernientes al abuso de hacerse justicia por sí mismo nos han dado derecho á otra accion y esto es lo que vamos á probar. La const. 7, c. *unde vi* comprende sin duda las cosas muebles é inmuebles sin distincion, como nos lo demuestra la manera general con que se expresa y la aplicacion que se hace de esta disposicion en el §. 1, J *de vi bon. rapt.* Manda tambien que el que nos arrebatara por su sola autoridad y sin derecho la posesion, debe en primer lugar devolvérsela, y despues si es propietario de la cosa perder la propiedad en nuestro favor, y si la cosa no le pertenece pagarnos su valor en moneda. La *restitucion de la posesion* (prescindiendo de la pena) tiene lugar, segun la ley, en todos los casos en que el poseedor se ha hecho justicia por sí mismo sin que se establezca distincion entre las cosas muebles y las inmuebles, ni que se examine si el desposeido tenia ó no derecho á la cosa. Por consiguiente la posesion sola violada en cierta forma, constituye, como en los antiguos interdictos, la única condicion del recurso abierto por la constitucion 7 citada, ó en otros términos, el antiguo principio del interdicto *de vi* se ha hecho estensivo á la posesion de cosas muebles. Ni aun hay derecho para hablar de estension porque en tiempo de esta constitucion se podia ya reclamar la restitucion por medio del interdicto *utrubi* aun cuando no se fuera poseedor. Nuestra opinion no se funda, pues, en que el Código y la Instituta hayan intercalado la pena con que amenazan al que se hace justicia por sí mismo en la materia del interdicto *de vi*, en una interpretacion rigurosamente conforme á la letra de la ley y contraria á su espíritu, de las palabras *possessionem quam abstulit, restituat possessori*, sino en una simple consecuencia del precepto incontestable de este texto del código. La cuestion principal era pues la de si debe atribuirse al simple poseedor que ha perdido por violencia la posesion de una cosa mueble el derecho

á una accion en restitucion. Nos hemos declarado por la afirmativa y el que admite esta opinion está de acuerdo con nosotros en el punto capital. En cuanto á la segunda cuestion, á saber, si este recurso particular, es decir, completamente diferente de la accion *furti vi bonorum raptorum*, etc., tiene la naturaleza de un interdicto ó de una accion, nosotros la reconocemos como susceptible de ser controvertida. Nos resta á la verdad la tercera cuestion, la de saber cuáles son los principios que deben regir los pormenores de este recurso abierto al simple poseedor. Nosotros que no vemos en el derecho de recurso de que se trata mas que una atencion mayor dada al interdicto *de vi*, creemos que es necesario aplicar á él toda la teoria de este último. En este caso una de las consecuencias mas importantes, consiste en que no es sino la verdadera posesion jurídica la que nos dá este derecho, y que no basta la simple detencion. Para este principio hallamos pruebas: 1.º en las palabras *possessionem... restituat possessori*; 2.º en que la constitucion está inserta en el título *unde vi*; 3.º en la circunstancia de que si fuese de otro modo no tendríamos ninguna disposicion acerca de los detalles del nuevo derecho, censura que no puede dirigirse al legislador cuando se considera el recurso tan solo como una atencion del interdicto *de vi*. Thibaud hace observar contra nuestras razones que las Pandectas restringen todavia este interdicto á los bienes raices. ¿Pero no hallamos algo perfectamente analogo en muchos otros casos que nos presentan principios de derecho sucesivamente modificados y que nadie encuentra estraños? Examinemos por ejemplo la accion *Legis Aquiliae*; se lee en un texto que el propietario solo tiene derecho á ella, mientras que un poco mas lejos se lee en otro que compete al usufructuario una accion útil.—Añadiremos ademas, antes de terminar, una observacion en apoyo de nuestra opinion. En el derecho antiguo el interdicto *utrubi* concedia al poseedor la proteccion de que aquí se trata; este interdicto ha cesado de existir en el derecho de Justiniano, y hubiera debido formarse una gran laguna en el derecho practico. No sería imposible á la verdad que haya llegado hasta este punto la negligencia de los compiladores; pero es mucho mas natural suponer que se ha modificado el interdicto *utrubi* precisamente porque se observaba desde mucho tiempo que se conseguia de otra manera el objeto á que este interdicto estaba destinado.

El efecto del interdicto se determina muy sencillamente: se debe colocar al desposeido en la misma posesion que tenia antes de la *dejectio*.—A Es preciso en primer lugar restituir la posesion perdida. Cuando el demandado tiene aun en su poder la cosa, este principio no ofrece dificultad; pero cuando no ha tenido jamás la posesion ó la ha perdido, no por eso deja de estar obligado á la restitucion, es decir, que debe pagar el valor de la posesion.—B El que ha cometido la violencia está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que la *dejectio* pueda ha-

ber ocasionado. Estas son algunas de las aplicaciones mas importantes de esta regla: *a* cuando hemos perdido por consecuencia de la *dejectio* otros bienes mas al mismo tiempo, tenemos derecho á su restitucion ó á la de su valor. El derecho antiguo permitia ya extender el interdicto bajo este concepto á las cosas muebles, y el Edicto mismo citaba especialmente este caso: ni aun se exige la posesion jurídica para estos casos é importa poco en cuanto á ellos, como en cuanto á la cosa principal, que el demandado haya tenido su posesion ó no.—*b* Los frutos de las cosas perdidas á consecuencia de la *dejectio*, deben ser tambien restituidos: su valor se calcula desde el momento de la *dejectio*, é importa poco que el demandado los haya percibido realmente ó no, con tal que el *dejectus* haya podido percibirlos.—*c* Si la cosa ha sufrido algun perjuicio despues de la *dejectio* (por ejemplo si el edificio ha sido presa de las llamas), esta pérdida debe ser reparada aun cuando no haya sido causada por culpa del demandado: solamente es necesario que el desperfecto sea de tal naturaleza que convenza al juez de que no habria tenido lugar si no se hubiese verificado la *dejectio*.—*d* Una de las cuestiones mas importantes de esta materia, es la de saber si hay obligacion de reparar el perjuicio que resulta de la interrupcion de la usucapion cuando esta habia ya comenzado á correr en favor del poseedor desposeido. El precepto general en virtud del cual el *dejectus* debe ser enteramente indemnizado, nos inclina á la afirmativa, y el texto mismo de las Pandectas que se declara por la negativa en el *furtum* puede ser considerado como confirmacion de esta decision; porque el único motivo en que se apoya, consiste en alegar que en el caso de que trata no hay interés que tenga por base otro derecho ya adquirido, y esta necesidad de la existencia de un *interés jurídico* es precisamente la que distingue la *obligatio furti* del derecho de la simple posesion. Cuando es imposible presentar la prueba de la pérdida de cada cosa en particular, el juramento del demandante decide tanto de la pérdida misma como del valor de los objetos, pero el juez debe previamente fijar segun las circunstancias del caso, un *maximum* que el demandante no puede traspasar.

Fijadas ya las *condiciones* y el *efecto* del interdicto, no nos falta mas que determinar las *excepciones* que le restringen.— La primera excepcion se referia aqui como en los interdictos *RETINENDE possessionis* al origen de la posesion de que el demandante habia sido despojado cuando esta posesion habia comenzado *vi, clam* ó *precario*, de suerte que el demandado habia sido tambien desposeido por violencia, etc. (AB ADVERSARIO *vi possidere*) entonces no habia lugar al interdicto, escepto solo en el caso del interdicto de *vi armata* al cual no se podia oponer esta excepcion. El motivo por el cual se admitió esta excepcion, fuera del caso de la violencia cometida con armas de que acabamos de hablar, consistia en la mayor parte de los casos en que el demandado habria

tenido entonces derecho á un interdicto *recuperande possessionis* que habria podido intentar con buen éxito despues de haber sucumbido en el primer proceso; al conceder una excepcion contra el interdicto de *vi*, en vez de dar un nuevo edicto, no se hacia, pues, mas que evitar las inútiles dilaciones de una doble instancia; pero el que se habia hecho culpable de violencia armada (*vis armata*) no debia gozar de la misma ventaja.— Justiniano desecha esta excepcion de la manera mas absoluta, y habla de que no es admisible como de una cosa muy sabida; acerca de esta cuestion estan divididas las opiniones de nuestros jurisconsultos. Unos pretenden que Justiniano modificó tacitamente el derecho antiguo; otros dicen que hizo esta innovacion en alguna constitucion que se ha perdido; y otros suponen en Triboniano una ignorancia completa del derecho antiguo: esta última hipótesis que defiende principalmente Hotman, nos parece mas bien el resultado de la ignorancia que la disposicion del compilador: no habia ninguna necesidad de una nueva ley, porque la derogacion del precepto antiguo resultaba de la introduccion de otro principio de derecho nuevo y muy conocido de nuestros legistas.

En efecto, segun las constituciones la *dejectio* hacia perder la propiedad aun cuando el que cometia el acto de violencia estuviese investido de este derecho real: y con tanta mas razon tenia perdido su derecho de posesion cuando no era más que poseedor. Ahora bien, la excepcion de que se trata se fundaba en un *jus possessionis*, de que anteriormente habia sido desposeido por el empleo de la violencia; era por consiguiente muy natural que no pudiera proponerse esta excepcion desde que se publicaron las constituciones de que se trata, y que no era necesario una nueva ley para excluirlas. Los jurisconsultos de Justiniano deben haber considerado el punto de esta manera; así se deduce no solamente del texto citado de la Instituta sino tambien de algunos vestigios de derecho antiguo que las Pandectas nos han conservado, sin que hayan por eso dejado de quitar muy diestramente de los textos los diversos puntos en que hubiera podido hallarse la prueba directa, es decir, obtenida de otro modo que por un argumento (*a contrario*, etc.) por una disposicion diferente del derecho antiguo. Véanse algunos pasajes que esplanaran mas nuestra asercion.

L. 1, §. 30, D. de *vi*: «Qui a me possidebat si ab alio dejectatur, habet interdictum.»

L. 18, pr. D. de *vi*: «..... emptorem quoque.... interdicto.... teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum.»

L. 17, D. de *vi*: «..... ideoque si te vi dejecero, ilico tu me, deinde ego te: unde vi interdictum utile illi erit.»

L. 14, D. de *vi*: «Sed si *vi armata* dejectus es, sicut ipsum fundum recipis, etiam si *vi*, aut *clam*, aut *precario* eum possideres: ita res quoque mobiles omnimodo recipies.»

La segunda escepcion que se puede oponer al interdicto, se refiere á la prescripcion. Cuando ha transcurrido un año, la prescripcion escluye el interdicto; pero esta regla tiene las restricciones siguientes:

A Cuando el demandado ha adquirido alguna cosa por consecuencia de la *dejectio* (*in id quod ad eum pervenit*), no tiene derecho á invocar esta escepcion. No es por consiguiente posible escaudarse con ella en los casos mas importantes que dan el recurso al interdicto, es decir, cuando el demandado tiene todavía la posesion y el demandante reclama la posesion misma y no la reparacion del perjuicio.—B Nuestra escepcion no encontraría aplicacion cuando se tratase de la *vis ARMATA*; pero las recopilaciones de Justiniano no contienen ningun vestigio de esta restriccion.—C Una constitucion de Constantino manda que no pueda oponerse esta escepcion cuando los dependientes del poseedor hayan sido desposeidos durante su ausencia. El interdicto no se limita entonces á tiempo alguno, ni distingue si el poseedor á su vuelta intenta por sí mismo su accion, ó si sus dependientes han recurrido á ella antes de este término; porque la misma constitucion ha dado á estos últimos el derecho particular de hacer uso del interdicto sin mandato espreso como procuradores del poseedor.

La una y la otra escepcion de que acabamos de hablar, tienen con el interdicto una relacion que constituye su esencia; pero en el número de escepciones que pueden encontrarse de una manera en todas las acciones, hay una de que deberemos hacer aquí mencion particular, porque su aplicacion esta restringida en nuestra materia. La escepcion *pacti* está prohibida aquí como con respecto á todos los actos ilegales, cuando el pacto es intervenido antes que el acto ilegal haya sido cometido.

L. 27, §. 4, D. de *pactis*: *Pacta quæ turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris: expedit enim timere (timeri) furti vel injuriarum poenam. Sed post admissa hæc, pacisci possumus. Item, ne experiar interdicto unde vi quatenus publicam causam contingit pacisci non possumus.*

§. 41.

DEL INTERDICTO DE CLANDESTINA POSSESSIONE.

El interdicto de *clandestina possessione* parece haber sido de todo punto semejante al interdicto de *vi*. Exigia lo mismo que este en primer lugar la existencia de la posesion jurídica; esta posesion debía ser perdida, y la forma ilegal del acto que habia causado la pérdida, daba lugar á reclamar la posesion por medio de este interdicto.—Se llama *CLANDESTINA possessio* aquella cuya aprehension ha sido ocultada á otro porque se temia que se hu-

biese opuesto á ella. Todo, pues, depende del principio de la posesion: cuando el origen da á la posesion el carácter de clandestinidad, este vicio no desaparece con el conocimiento que el desposeido adquiere de lo que ha pasado; del mismo modo la posesion no es clandestina, cuando el poseedor no principia á ocultarla sino despues de la adquisicion. Hay sin embargo una escepcion enteramente particular de esta regla, y que consiste en que el propietario de la cosa no está reputado como *CLANDESTINUS possessor*, aunque su posesion haya tenido semejante origen.—Sin embargo, esta nocion general de la posesion clandestina no recibe una significacion jurídica sino en cuanto se refiere á ella una violacion de la posesion. Verdad es que muchos autores han admitido que la posesion clandestina podia presentarse sin posesion violada, y por consiguiente solo en cuanto á la propiedad, de manera que se interrumpa la prescripcion; pero la cosa poseida clandestinamente (*res clam possessa*) no está como tal exenta de la usucapion; la *res furtiva* sola es la que se identifica frecuentemente con la primera y la que nos hace incurrir en la pérdida de estos derechos. Esta opinion ha nacido de los pasajes que mencionan una posesion clandestina, allí donde el poseedor ha comprado la cosa de un tercero, y se dice que en estos casos no es posible ninguna violacion de la posesion. Pero haremos observar que en estos casos tambien podia el poseedor perder el pleito por el antiguo interdicto *utrubi*, que no es de modo alguno favorable á aquel cuya posesion es violada, sino á aquel que ha poseido por mas largo tiempo, sin tomar sin embargo en esta comparacion la posesion violenta, clandestina y precaria en consideracion. Si pues la posesion clandestina no es mas que de una sola especie, será tambien siempre la misma, ya se la considere como base del interdicto ó de la escepcion. Aquellos mismos que admiten una doble posesion clandestina, deben sin embargo admitir la misma especie de clandestinidad sin la escepcion que en el interdicto, es decir, la que viola la posesion: este razonamiento se funda en la ligazon íntima de la escepcion con el interdicto, y en que la escepcion no debe escluir sino á aquel que posee clandestinamente *ab altero* lo que no se puede concebir sino cuando se trata de una clandestinidad que viola la posesion.

Era, pues, necesario para que el interdicto pueda ser concedido, que la posesion jurídica fuese usurpada, y que el modo empleado para este efecto hiciese considerar la posesion nueva como clandestina. Pero hay todavía mas condiciones; se exigia además que un inmueble formase el objeto de la posesion. Es cierto que no podemos invocar ningun testimonio espreso en favor de esta condicion, pero la analogia mas perfecta habla tan alto en su favor, que casi podemos prescindir de toda otra prueba. El interdicto de *vi* era en efecto negado para las cosas muebles, porque otras acciones protegian ya la posesion de ellas,

La segunda escepcion que se puede oponer al interdicto, se refiere á la prescripcion. Cuando ha transcurrido un año, la prescripcion escluye el interdicto; pero esta regla tiene las restricciones siguientes:

A Cuando el demandado ha adquirido alguna cosa por consecuencia de la *dejectio* (*in id quod ad eum pervenit*), no tiene derecho á invocar esta escepcion. No es por consiguiente posible escaudarse con ella en los casos mas importantes que dan el recurso al interdicto, es decir, cuando el demandado tiene todavía la posesion y el demandante reclama la posesion misma y no la reparacion del perjuicio.—B Nuestra escepcion no encontraría aplicacion cuando se tratase de la *vis ARMATA*; pero las recopilaciones de Justiniano no contienen ningun vestigio de esta restriccion.—C Una constitucion de Constantino manda que no pueda oponerse esta escepcion cuando los dependientes del poseedor hayan sido desposeidos durante su ausencia. El interdicto no se limita entonces á tiempo alguno, ni distingue si el poseedor á su vuelta intenta por sí mismo su accion, ó si sus dependientes han recurrido á ella antes de este término; porque la misma constitucion ha dado á estos últimos el derecho particular de hacer uso del interdicto sin mandato espreso como procuradores del poseedor.

La una y la otra escepcion de que acabamos de hablar, tienen con el interdicto una relacion que constituye su esencia; pero en el número de escepciones que pueden encontrarse de una manera en todas las acciones, hay una de que deberemos hacer aquí mencion particular, porque su aplicacion esta restringida en nuestra materia. La escepcion *pacti* está prohibida aquí como con respecto á todos los actos ilegales, cuando el pacto es intervenido antes que el acto ilegal haya sido cometido.

L. 27, §. 4, D. de pactis: *Pacta quæ turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris: expedit enim timere (timeri) furti vel injuriarum poenam. Sed post admissa hæc, pacisci possumus. Item, ne experiar interdicto unde vi quatenus publicam causam contingit pacisci non possumus.*

§. 41.

DEL INTERDICTO DE CLANDESTINA POSSESSIONE.

El interdicto de *clandestina possessione* parece haber sido de todo punto semejante al interdicto de *vi*. Exigia lo mismo que este en primer lugar la existencia de la posesion jurídica; esta posesion debía ser perdida, y la forma ilegal del acto que habia causado la pérdida, daba lugar á reclamar la posesion por medio de este interdicto.—Se llama *CLANDESTINA possessio* aquella cuya aprehension ha sido ocultada á otro porque se temia que se hu-

biese opuesto á ella. Todo, pues, depende del principio de la posesion: cuando el origen da á la posesion el carácter de clandestinidad, este vicio no desaparece con el conocimiento que el desposeido adquiere de lo que ha pasado; del mismo modo la posesion no es clandestina, cuando el poseedor no principia á ocultarla sino despues de la adquisicion. Hay sin embargo una escepcion enteramente particular de esta regla, y que consiste en que el propietario de la cosa no está reputado como *CLANDESTINUS possessor*, aunque su posesion haya tenido semejante origen.—Sin embargo, esta nocion general de la posesion clandestina no recibe una significacion jurídica sino en cuanto se refiere á ella una violacion de la posesion. Verdad es que muchos autores han admitido que la posesion clandestina podia presentarse sin posesion violada, y por consiguiente solo en cuanto á la propiedad, de manera que se interrumpa la prescripcion; pero la cosa poseida clandestinamente (*res clam possessa*) no está como tal exenta de la usucapion; la *res furtiva* sola es la que se identifica frecuentemente con la primera y la que nos hace incurrir en la pérdida de estos derechos. Esta opinion ha nacido de los pasajes que mencionan una posesion clandestina, allí donde el poseedor ha comprado la cosa de un tercero, y se dice que en estos casos no es posible ninguna violacion de la posesion. Pero haremos observar que en estos casos tambien podia el poseedor perder el pleito por el antiguo interdicto *utrubi*, que no es de modo alguno favorable á aquel cuya posesion es violada, sino á aquel que ha poseido por mas largo tiempo, sin tomar sin embargo en esta comparacion la posesion violenta, clandestina y precaria en consideracion. Si pues la posesion clandestina no es mas que de una sola especie, será tambien siempre la misma, ya se la considere como base del interdicto ó de la escepcion. Aquellos mismos que admiten una doble posesion clandestina, deben sin embargo admitir la misma especie de clandestinidad sin la escepcion que en el interdicto, es decir, la que viola la posesion: este razonamiento se funda en la ligazon íntima de la escepcion con el interdicto, y en que la escepcion no debe escluir sino á aquel que posee clandestinamente *ab altero* lo que no se puede concebir sino cuando se trata de una clandestinidad que viola la posesion.

Era, pues, necesario para que el interdicto pueda ser concedido, que la posesion jurídica fuese usurpada, y que el modo empleado para este efecto hiciese considerar la posesion nueva como clandestina. Pero hay todavía mas condiciones; se exigia además que un inmueble formase el objeto de la posesion. Es cierto que no podemos invocar ningun testimonio espreso en favor de esta condicion, pero la analogia mas perfecta habla tan alto en su favor, que casi podemos prescindir de toda otra prueba. El interdicto de *vi* era en efecto negado para las cosas muebles, porque otras acciones protegian ya la posesion de ellas,

cuando se introdujeron los interdictos. Estas mismas acciones, exceptuando solamente la de *vi bonorum raptorum*, se aplicaban también a la *clandestina possessio* de las cosas muebles, de suerte que parece tanto más inverosímil que se haya creado un interdicto particular para este caso, cuanto que no se adoptaba semejante medida para la *violenta possessio*, caso que se consideraba ciertamente como mucho más interesante.

Las condiciones de este interdicto están ya enteramente determinadas, pero nos falta todavía examinar otra cuestión, la de si semejante interdicto existe todavía realmente en el derecho de Justiniano. Ahora se verá por qué hemos dejado para este lugar el examen de esta cuestión.

No podemos apoyarnos para pretender la existencia del interdicto sino en un testimonio único y aislado y que es más que equitativo. Ulpiano dice en otro lugar diferente que Juliano adopta también un interdicto particular aplicable a la posesión clandestina, sin comunicarnos su propia opinión. Por otra parte no se hace mención de este interdicto en toda la exposición que de ellos hacen la *Instituta* y las *Pandectas*, y no podría imaginarse ningún caso al cual fuese aplicable, porque todos aquellos en que se ha podido recurrir a él con el tiempo, ó confieren el derecho del interdicto *de vi*, ó no hacen perder la posesión. Las investigaciones históricas que hemos hecho tratando de la pérdida de la posesión, explican muy bien lo que se acaba de decir. Los bienes raíces quedan en nuestra posesión por tanto tiempo cuanto haya trascurrido desde la ocupación por un tercero hasta que hayamos tenido conocimiento de ella; de aquí se sigue que no es ya posible una *clandestina possessio* de bienes raíces, pues que no es otra cosa en general más que la clandestinidad con respecto al poseedor actual.

Ahora bien, el interdicto no tenía por objeto más que los bienes raíces; luego su aplicación ha llegado desde entonces a ser imposible. El principio en cuya virtud conservamos la posesión, no obstante la ocupación, hasta que hayamos tenido conocimiento de esta última, no estaba consagrado aun en tiempo de Labeon; se podía pues establecer semejante interdicto en la época anterior a la de este jurisperito, en que tuvo lugar la introducción de los interdictos; en tiempo de Papiniano, de Ulpiano y de Paulo, el principio de que hablamos estaba ya generalmente adoptado: por consiguiente estos jurisperitos no podían considerar el interdicto como todavía vigente, y era imposible insertarle en las *Pandectas*: a principios y a mediados del segundo siglo todavía no se habían decidido probablemente los legisladores por este principio y no habían ciertamente deducido aun todas sus consecuencias, de forma que Juliano podía muy bien mencionar el interdicto como derecho en vigor. —No sucede lo mismo con la excepción *clandestinae possessionis*. Cuando una persona ocupaba clandestinamente un fundo

de tierra é intentaba contra mí el interdicto *uti possidetis*, de tal suerte que yo no tenía conocimiento de esta ocupación sino por la acción, no podía decidirse la controversia más sencillamente que conservando la antigua excepción *clandestinae possessionis*.

La mayor parte de nuestros jurisperitos han pasado en silencio este interdicto, y por ello merecen serias reconvenciones, no solo a causa de la mención hecha accidentalmente por Juliano, sino también por la ligazón en que se hallan en todas partes la *clandestina* y la *violenta possessio*. El autor de los antiguos estatutos de Pisa, que Grandi atribuye al siglo XII, habla del interdicto en esta misma ligazón. Cuyacio no menciona solamente el interdicto sino que pretende también que debe aplicarse en el derecho de Justiniano: la explicación que dá del caso de su aplicación parece naturalmente poco satisfactoria.

§. 42.

DEL INTERDICTO DE PRECARIO.

Fuentes particulares del *precarium*.

Paulo, lib. 5, tit. 6, §. 10.—12.

Dig. lib. 43, tit. 26.

Cod. lib. 8, tit. 9.

Autores.

Christ., Rans., Aug., Corn., Stockmann., *Diss. de precario*. Lips. 1774.

J. G. Vogel, *Diss. de precario* Goett. 1786.

Estos dos opúsculos son insignificantes.

Para transmitir a otro el simple ejercicio de un derecho se pueden elegir formas jurídicas muy diferentes; el arrendamiento, el comodato, etc., constituyen diversos modos por medio de los cuales se separa ordinariamente por un tiempo determinado el simple ejercicio de la propiedad, de la propiedad misma. En todos los casos la misma forma jurídica asegura el derecho de la demanda de restitución; pero no sucede lo mismo cuando la transmisión del ejercicio del derecho ha sido hecha *sin ninguna forma jurídica*, por ejemplo, en virtud de un simple *pactum*. El derecho romano ha concedido sin embargo para dos casos de esta especie un derecho particular a la demanda de restitución. El que concede a otro el ejercicio de la propiedad, es decir, la posesión natural ó el ejercicio de un servicio, y se reserva el derecho de revocar a voluntad este favor, goza efectivamente de este derecho particular, y la relación jurídica que nace de esta manera entre las dos partes lleva el nombre

de *precarium*. Esta denominación proviene de que es en general una *súplica* la que la ocasiona; pero esta *súplica* no es absolutamente necesaria; basta un permiso tácito. Solo uno de los dos casos, el que concierne al ejercicio de la propiedad, es el que pertenece á nuestro objeto.

Así cuando se trasmite la *detentación* de esta manera, es regla general que la posesion jurídica se confiera al mismo tiempo con ella, y es necesario para que esta regla no se aplique, que las partes se hayan convenido en lo contrario. Pero que semejante convenio sea ó no intervenido, el favor puede siempre ser revocado á voluntad, y si entonces el detentador no devuelve la cosa, desde aquel momento su posesion es *injusta*, *viciosa* (*injusta*, *vitiata possessio*), y puede ser reclamada por un interdicto, de la misma manera que la posesion usurpada por el empleo de la *violencia*. Véase por qué el *precarium* no debe tener lugar aquí, porque la *vitiata possessio* es la única causa que produce la relacion jurídica, y no se considera jamás el *precarium* sino como un contrato. Se sigue de aquí que la facultad de exigir la restitucion no se pierde aun cuando el que confiere el ejercicio de la propiedad renuncie al derecho de reclamar la restitucion, mientras que la accion resultante de un contrato puede siempre ser escluida ó restringida por una *exceptio pacti*.

El interdicto de *precario* no se aplicaba primitivamente sino á los fundos de tierra, ya segun la analogia del interdicto de *vi*, ya segun los testimonios espresos que nos lo prueban; en tiempo de los juriconsultos clásicos ya se le habia hecho extensivo á las cosas muebles.

La *obligatio* pesa solamente sobre aquel á quien el *precarium* ha hecho adquirir la posesion, ya se le haya concedido el favor á su instancia, ó ya el mismo haya sido instado para admitirle.—El heredero rigorosamente hablando no posee la cosa como un *precarium*, pero la cuestion de si podia contra él usarse el interdicto, era muy controvertida entre los juriconsultos romanos. Algunos se declaraban de una manera absoluta por la negativa y adoptaban mas bien la existencia de una *clandestina possessio* acompañada sin duda del interdicto de *clandestina possessio*. Otros admitian el interdicto contra el heredero. Nosotros debemos considerar esta última opinion como dominante en nuestras fuentes de derecho, porque los textos mas explicitos se declaran en su favor, mientras que la otra opinion no encuentra apoyo sino en un pasaje oscuro y susceptible de mas de una interpretacion.—No se puede usar el interdicto contra el *propietario* de la cosa, porque la ley no reconoce en este caso ningun *precarium*: ya se han espuesto mas arriba los pormenores que conciernen á este principio.

La *obligatio* cuyo cumplimiento se exige por medio del interdicto, tiene primero por objeto la restitucion de la cosa: no puede exigirse el pago de su valor cuando se ha perdido ó cuan-

do ha sido destruida, á escepcion de aquellos casos en que se prueba el dolo ó la falta grave del demandado. Pero desde el momento en que se intenta la accion, el demandado se encuentra *in mora*; está obligado como lo estaba en los otros interdictos, á resarcir el perjuicio resultante de toda falta cualquiera que sea; debe restituir los frutos de la cosa; en una palabra, debe poner al demandante en el mismo estado en que se hallaria si no le hubiese sido negada la restitucion voluntaria.

No hay escepciones establecidas particularmente para este interdicto, y sobre todo no las hay fundadas en la prescripcion; la misma prescripcion general introducida por el derecho nuevo no tiene aplicacion en este caso, sino cuando la posesion ha continuado todavía por espacio de treinta años despues de haber sido negada la restitucion.

Hemos espuesto la teoria del *precarium* tal como la encontramos en nuestras fuentes de derecho; pero no podemos negar que este interdicto presenta mas de un enigma. En primer lugar ¿cómo los romanos, que por naturaleza no eran muy inclinados á la liberalidad, llegaron espontaneamente y aun en tiempos muy anteriores á conocer la necesidad de esta institucion jurídica, que ciertamente ha sido de un grande uso en la vida comun? ¿Por qué no habian de considerar el *precarium* como un contrato verdadero, ya como *commodato*, ya al menos como un contrato innominado, basado sobre la fórmula *do ut des*?

Se verificaba sin contradiccion la tradicion de la cosa, y se convenia en su restitucion, y esto solo basta para que exista un contrato verdadero.

Además ¿cómo las opiniones de los juriconsultos romanos podian estar divididas en este punto? ¿Como los unos podian negar la existencia de una *civilis obligatio* y deducir de ella la necesidad de recurrir al interdicto, al paso que los otros concedian la accion *præscriptis verbis*? ¿Por qué la culpa sigue aquí otra regla que la que deben asignarle los principios generales? ¿Por qué el interdicto no comprendia primitivamente mas que los bienes raices, y por qué se ha cambiado el derecho en este punto? En fin ¿cómo es posible que hubiese controversia sobre la obligacion del heredero?

Todos estos enigmas se aclaran cuando se adopta el origen del *precarium* tal como lo hemos indicado arriba. Primitivamente era una relacion de feudalismo entre el cliente y su patrono á causa del *goce* que este habia concedido al primero de un *ager publicus*. Dábanse siempre estos bienes con la cláusula de revocacion á voluntad, y el interdicto de *precarium* competia contra el cliente que no queria ceder la cosa cuando se revocaba la concesion. Como los vínculos que unian al patrono con su cliente se asemejaban á los que unen á los individuos de una familia, por ejemplo, al padre con sus hijos, no se suponía

una *obligatio* propiamente dicha ó un contrato, aunque sin duda se había adoptado la existencia de él tratándose de decidir un caso semejante entre personas estrañas una á otra. Con esto no encuentran ya dificultad ni la restitucion que exime de la obligacion al heredero, ni la escepcion que se hace de los principios ordinarios seguidos en los contratos relativamente á la culpa, ni la aplicacion del *precarium* á los bienes raices solamente. Así, pues, el *precarium* no cesaba al mismo tiempo que el *ager publicus*, y esto por motivos semejantes á aquellos que hacian conservar la institucion de la posesion. Una vez introducido y formado con este objeto especial, pudo ser aplicado sin perder su carácter particular á otros objetos para los cuales no se le había creado, y esta estension que recibió fué la única cosa que quedó del antiguo *precarium* cuando desapareció el *ager publicus*. Véase por qué se le empleaba también entonces para las cosas muebles, y véase como podian nacer las controversias entre los jurisconsultos romanos, de los cuales los unos se atenan á la letra del antiguo *precarium*, y los otros fundaban en las modificaciones que había sufrido, las reglas nuevas á que nuestros libros de derecho parecen haber dado la preferencia.

Tal vez el *precarium* habría desaparecido como superfluo si no hubiese adquirido una importancia accidental con la introduccion de otra institucion juridica. La forma mas antigua de posesion pignoraticia consistia en la mancipacion inmediate de la cosa al acreedor, bajo la cláusula de remancipacion (*fiducia*). Pero no se tenía en manera alguna por objeto privar al deudor del goce de la cosa, y no se sabe por tanto bajo qué forma juridica se proporcionaba este uso al no propietario. El *precarium* ha servido sin duda para este objeto de la manera mas conveniente, lo cual probablemente ha ofrecido una importancia bastante grande en tiempo de los jurisconsultos clásicos. Esta aplicacion no existe tampoco en el derecho de Justiniano.

§. 43.

La teoria de los interdictos posesorios tal como la hemos supuesto hasta ahora, se fundaba enteramente en ciertas formas bajo las cuales debía haberse verificado una violacion de posesion, y que daban origen por sí solas á la obligacion de recurrir á los interdictos. Muchos jurisconsultos consideran toda esta teoria como una cosa anticuada, y son de parecer que las constituciones han introducido un sistema judicial general, la *actio momentariæ possessionis*, por la cual se puede reclamar toda posesion perdida, cualquiera que sea el modo con que se haya perdido; añaden que este sistema de accion general, no tanto ha derogado los interdictos como los ha hecho superfluos. Segun esta manera de ver, el derecho nuevo que rige en las acciones posesorias tendria un

carácter tan indeterminado y arbitrario, como exacto y bien coordinado en todas sus partes es el derecho antiguo; consideracion que nos impone el deber de examinar con mucho cuidado y rigor la exactitud histórica de esta opinion.

No se dice que este derecho nuevo haya sido introducido por una ley espresa; se pretende que muchas constituciones le suponen existente de la manera mas absoluta. Es muy fácil refutar victoriosamente esta asercion, aun sin haber interpretado tales constituciones. Justiniano no se contentó con insertar el derecho antiguo todo entero en las Pandectas, sino que le inserta también en sus instituciones, y añade las modificaciones que hasta entonces había sufrido y que él mismo había creado en parte; lo cual prueba hasta la última evidencia que este emperador no nos enseña meramente una cosa anticuada, sino que comunica el derecho práctico. Hay mas: una de las constituciones mas modernas que se invocan en apoyo del pretendido derecho nuevo, supone por el contrario exactamente que el derecho antiguo está todavía en vigor; introduce en un caso enteramente especial el derecho á una nueva accion, porque los antiguos interdictos no lo habían previsto. Queda pues demostrado que el pretendido derecho nuevo no puede estar contenido en las instituciones de que se habla y que vamos á interpretar.

A. C. 5, C. unde vi.

Invasor locorum pæna teneatur legitima: si tamen vi loca eadem invassisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt: sine pæna possessio restitui debet.

Se dice que aquí está establecido el derecho de exigir la restitucion de la posesion aun cuando no haya sido perdida por el empleo de la violencia. Pero el propietario también pide la posesion por la reivindicacion, y el término *domini* nos prueba muy claramente que se trata de esta. Todo este texto se refiere á otra cosa diversa de la que aquí tratamos; Triboniano le ha insertado como tantos otros en un pasaje donde no debía encontrarse.

B. C. 8, C. unde vi.

Momentariæ possessionis interdictum quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam mox audiri interdum etiam sine inscriptione meretur.

Así hay casos que dan lugar al interdicto sin autorizar una *accusatio ex lege Julia*: fácil es á la verdad comprender estos casos: supongamos por ejemplo que uno ocupa los bienes raices de otro durante su ausencia y sin violencia, y que este otro no se atreve á volver á su posesion; en este caso no se ha cometido un *crimen vis* y sin embargo se puede recurrir al interdicto.

C. C. 11, C. unde vi.

Cum quærebatur inter Illyticianam advocacionem quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium judiciali sententia detinuerunt quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad re-

cipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam minime præcedente, nisi domino tantum modo in rem exercere permittentes nos non concedentes alicquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessionem uti prædonem intelligi et generali jurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus... si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.»

Véase como debe comprenderse el motivo de haberse dado esta ley. Uno habia perdido la posesion de una cosa por la ausencia sola y otro habia ocupado la posesion vacante de este modo. No era aplicable a este caso ninguna accion posesoria ni ninguna otra, a escepcion de la reivindicacion. Justiniano quiere que dé lugar al interdicto *de vi*: esta disposicion contiene a la verdad algo nuevo; pero desde luego la innovacion no concierne mas que a un solo caso muy bien determinado, y además no modifica ninguna regla que haya sido aplicable a las acciones posesorias. En efecto, habiendo sido perdida la posesion antes de la ocupacion, no se trata ya de una violacion, de una alteracion introducida en la posesion, de suerte que aun la decision de este caso especial no parece de modo alguno analogo al principio cuya cualidad de regla general se quiere probar por nuestro texto.

D. C. 12, C. de poss.

Este texto ha sido ya interpretado arriba. Dispone para ciertos casos que *no se pierde* la posesion por la infidelidad del representante; pero no trata de ningun derecho a una nueva accion, y mucho menos de una nueva accion *recuperande possessionis*, sino que tiene por unico objeto la continuacion de la posesion.

E En fin, debemos tambien contar en el número de los argumentos de nuestros adversarios la simple inscripcion que lleva un título, y que puede haber contribuido poderosamente a crear la opinion errónea de que se trata. Dice así: «*si per vim vel alio modo perturbata sit possessio.*» Lo que debe hacerse en estos dos casos de una *perturbata possessio* (*per vim vel alio modo*), no se anuncia aquí y no puede deducirse de otra parte mas que de las constituciones del mismo título. Ahora bien, la *primera* de estas constituciones no habla mas que de una *possessio per vim perturbata* y véase el contenido de la *segunda*: la posición en que se encuentran las partes relativamente a la posesion no puede cambiarse en una causa ni por un rescripto del emperador, ni por un decreto del juez, cuando una de las partes está ausente. Esta disposicion se refiere pues solamente al procedimiento, aunque se ha insertado por los compiladores en un lugar en que no debia encontrarse. Así la alteracion introducida en la posesion contra la cual se ha establecido nuestra ley *possessio alio modo quam per vim perturbata* no constituye mas que una nulidad de procedimiento, y no se parece en nada a la violacion que pudiera dar lugar a un interdicto.

De aquí se sigue que el derecho antiguo de los interdictos no está derogado por las constituciones, ni tampoco estas le han hecho superfluo, y que esta manera de considerar el interdicto que servia de base a estos interdictos no ha variado en la legislacion de Justiniano.

SECCION QUINTA.

DE LA JURIS QUASI POSSESSIO.

§. 44.

El derecho de la posesion se funda en la proteccion concedida al simple ejercicio de la propiedad contra violaciones cometidas bajo formas determinadas. Estas formas de violacion, así como esta proteccion, son concebibles de la misma manera con respecto á otros derechos que forman las partes constitutivas de la propiedad, y están separados de esta última (*jura in re*): aplicacion que el derecho romano ha hecho efectivamente. Ya hemos expuesto arriba las relaciones que existen entre la *juris quasi possessio* y la verdadera posesion. Tenemos que resolver aqui las mismas tres cuestiones que hemos examinado al tratar de la posesion, es decir, que hablaremos de la *adquisicion*, de la *juris quasi possessio*, de su *pérdida* y de la proteccion que se le concede en los *interdictos*. Debemos hacer separadamente este exámen; por consiguiente esta seccion se compondrá de tres partes:

- 1.º De las *servidumbres personales*.
- 2.º De las *servidumbres reales*.
- 3.º De los *jura in re*, que no pertenecen al número de las *servidumbres*.[®]

Debemos tambien hacer preceder la materia especial de una observacion general. La adquisicion y la continuación del derecho, tanto en la *juris quasi possessio* como en la posesion propiamente dicha, se fundan en la coexistencia de la relacion fisica y del *animus*. Esta última condicion sigue inmediatamente, en lo que se refiere á todos los derechos reales, los mismos principios que en la posesion. No hay *juris quasi possessio* sino *animus possidendi*, y el *animus possidendi* por sí solo suspende siempre los derechos que resultan de la posesion. Esta observacion ge-

neral nos dispensará de hacer mención del *animus possidendi* en el exámen á que vamos á someter los diversos derechos reales.

§. 45.

DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES.

Las servidumbres personales (es decir, principalmente el usufructo y el uso) tienen de particular el no poder ejercerse sin la posesion natural de la misma cosa. Por esto su *quasi possessio* se parece mas á la posesion propiamente dicha que la de ningun otro derecho real, y esta semejanza no se manifiesta solamente en la adquisicion y en la pérdida, sino tambien en los interdictos.

La adquisicion de esta especie de posesion se verifica por los mismos trámites que la posesion propiamente dicha; especialmente por la tradicion de la cosa, ó bien introduciendo el propietario en su tierra á aquel á quien quiere dar la posesion, ó bien dándosela al usufructuario, con tal que todo esto se refiera de un modo determinado al interdicto.

La *juris quasi possessio* continua como cualquiera otra posesion, por la no interrupcion de la posibilidad de reproducir el poder primitivo; y se pierde por la cesacion de esta posibilidad. Véase, sin embargo, otro modo particular de perder la quasi posesion de que se trata. Extinguiéndose la servidumbre por sí misma á consecuencia del no uso, al cabo de cierto tiempo la posesion debe haber sido perdida durante él, aunque la reproduccion de nuestro poder pueda siempre haber sido posible. Pero no puede decirse por otra parte que el no uso, aunque sea de corta duracion, hace cesar la posesion, porque en esta hipotesis no serian ya posibles ni la conservacion de la posesion, ni la usucapion. Es preciso, pues, adoptar la opinion de que la posesion queda en suspenso durante el no uso (naturalmente cuando no está ocupada por otro) y que solo la renovacion del uso ó la espiracion de todo el tiempo son los que deciden si la posesion ha existido ó no mientras tanto. Esta incertidumbre provisional es precisamente la que hace que esta especie de cesacion de la posesion no ejerza ninguna influencia en los interdictos.

La posesion de que aqui tratamos es análoga á otra cualquiera, en que se la puede hacer continuar por medio de un representante, por ejemplo, un arrendatario, y solo cuando se trate de la aplicacion de estas reglas es cuando tendremos necesidad de aclarar algunos casos particulares. A. El derecho á estas servidumbres es inherente á una persona determinada, y por consecuencia inenagenable; su enagenacion á titulo de venta ó de donacion no produce, pues, en los puntos esenciales mas resultado que el de un simple arrendamiento: concede un derecho

puramente personal contra el usufructuario, y solo la forma de esta *obligatio* es diferente. Una de las consecuencias que deducimos de este principio en cuanto á la posesion, consiste en que en todos los casos en que la posesion de una cosa se trasmite válidamente, la del usufructo queda constantemente en favor del usufructuario, de suerte que este último la conserva de la misma manera, ya arriende su usufructo, ya le venda, ya le dé ó le ceda á otro por *precarium*.—El usufructo puede tambien ser cedido en arrendamiento al propietario de la cosa, de suerte que este es el que hace entonces que continúe la posesion en favor del usufructuario. Pero cuando el propietario de la cosa la vende sin reservar el usufructo, ó la arrienda en su propio nombre, sin reservarle tampoco, entonces cesa la posesion del usufructuario.

En fin, los interdictos son exactamente los mismos en la quasi posesion que esponemos aqui, que en la posesion propiamente dicha, y esta circunstancia será probablemente la que mas haya contribuido á confundir el uno con el otro de estos derechos. Dependiendo el ejercicio de estas servidumbres como el de la propiedad, de la posesion natural de la cosa misma, la alteracion se comete en ambos casos de la misma manera, y la proteccion que la ley concede contra la violacion, está tambien determinada de igual modo.

I. Cuando el objeto es un inmueble, y cuando la *juris quasi possessio* no ha sufrido mas que una alteracion sin haber cesado, puede aplicarse el interdicto *uti possidetis*, y véanse los casos que rigen: (A) cuando muchas personas tienen pro indiviso el usufructo de una misma cosa, y se perjudican reciprocamente en su posesion; (B) cuando el usufructuario quiere defenderse contra la usurpacion del propietario y reciprocamente; (C) cuando un tercero que no tiene ningun derecho á la cosa, altera la posesion del usufructuario; (D) cuando hay derechos diferentes á una misma cosa, independientes el uno del otro, y que competen á personas diversas, por ejemplo, el usufructo á una, y el derecho de uso á otra, y cuando se trata de proteger su ejercicio contra los perjuicios que se irrogan mutuamente.

II. De la misma manera que se aplica el interdicto *uti possidetis* á los bienes inmuebles, debe aplicarse el interdicto *utrubi* á la *juris quasi possessio* en los bienes muebles: nuestras fuentes de derecho no nos dan espresamente este precepto, pero puede esplicarse facilmente el motivo, considerando que en general hacen poco caso del interdicto *utrubi*.

III. Cuando la posesion no solamente ha sido turbada, sino que ha cesado por causa de violencia, el desposeido tiene derecho al interdicto *de vi*. En derecho antiguo este interdicto no era aplicable á los bienes muebles, sino cuando se perdian con los bienes raices los objetos muebles (*que ille tunc habuit*): la extension á las cosas muebles que las constituciones han dado á

esta *obligatio* se adapta tambien á la cuasi posesion. La accion tiene por objeto en primer lugar la restitucion de la cosa, porque la posibilidad del ejercicio de estos derechos depende de la posesion natural, y en segundo lugar la reparacion completa del daño ocasionado. Esta reparacion será tambien en muchos casos el único objeto de la accion, por ejemplo, cuando el mismo derecho á la servidumbre ha cesado por la muerte del usufructuario, por su disminucion de cabeza (*capitis diminutio*) ó bien por el no uso: en los dos primeros casos citados, la reparacion comprende solamente el tiempo pasado, porque la pérdida siempre habria tenido lugar aun cuando no se hubiese verificado la *dejectio*; pero cuando el usufructuario ha perdido su derecho por el no uso, la *dejectio* comprende en si misma la causa de la pérdida, y la reparacion debe por consiguiente comprender tambien el tiempo futuro.

IV. No puede tratarse aquí del interdicto de *clandestina possessione*, y esto es natural, porque ni aun en la posesion propiamente dicha se ha conservado su nombre sino accidentalmente.

V. En fin, el ejercicio de semejante servidumbre puede tambien ser concedido á otro por el *precario*, y entonces, segun la letra del Edicto, se reclama la restitucion de la cosa por el interdicto de *precario*.

§. 46.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES.

La posesion de las servidumbres reales no es tan sencilla como la de las servidumbres personales: es necesario distinguir en ella cuidadosamente muchos casos que dan lugar á multitud de controversias.

Todas las servidumbres reales constituyen escepciones de la regla general de la propiedad de otro: ó aquel á quien compete el derecho á la servidumbre tiene la facultad de hacer alguna cosa que podria estarle prohibida si la servidumbre no existiese (*servitus quæ in patiendõ consistit*), ó bien el propietario debe abstenerse de hacer alguna cosa que tendria derecho á hacer si la propiedad no estuviese restringida por la servidumbre (*servitus quæ in non-faciendõ consistit*) (1).

Las servidumbres de la primera especie se llaman servidumbres *positivas* ó *afirmativas*; las de la segunda especie se llaman servidumbres *negativas* ó derechos de abstinencia. En las servidumbres positivas lo que se permite hacer en virtud de la servi-

(1) Las servidumbres *personales* no admiten esta distincion porque todas pertenecen á la primera clase.

dumbre, es ó un acto independiente que no tiene mas que una relacion *mediata* con un fundo (por ejemplo el derecho de paso, *jus itineris*), ó bien un acto que se halla en una relacion *inmediata* con otro fundo (por ejemplo, el derecho de apoyar una viga sobre la pared inmediata, *jus tigni immittendi*). Tenemos, pues, tres clases de servidumbres reales que importa no confundir.

Primera clase. Servidumbres positivas (servitutes quæ in patiendõ consistunt), cuyo ejercicio constituye un acto independiente.—Véase cómo puede en general determinarse el modo de adquisicion de la *juris quasi possessio* de estas servidumbres: el acto que forma el objeto del derecho debe ser *ejercido* una vez cualquiera, y es preciso que lo sea como un derecho. Por ejemplo, el que atraviesa el fundo de su vecino con el objeto de hablar á este, no ejerce mas que el derecho de paso (*jus itineris*); pero el que tiene intencion de ejercer este derecho y ejecuta su designio con violencia á pesar de la oposicion del propietario, adquiere efectivamente la posesion, de suerte que no se exige la *patientia* del propietario para que se pueda adquirir esta especie de posesion. La *cesacion* de la posesion sigue aquí los mismos principios que hemos establecido arriba hablando de las servidumbres personales; solamente debemos añadir, que puede conservarse la posesion por los actos de toda persona cualquiera que sea, aunque no sea representante, con tal que obre *fundi nomine*. L. 5; L. 6, pr.; L. 20; L. 24, D. *quemadmodum servit.*—L. 1, §. 7, L. 3, §. 4, D. *de itinere*. La pérdida de la posesion tiene aquí importancia para los interdictos, á causa de muchas disposiciones particulares de estas servidumbres.—En fin, los interdictos son rigidos en esta clase de una manera que les es propia exclusivamente, y no pueden emplearse las acciones posesorias comunes. El interdicto *de vi* no es aplicable porque una *dejectio* propia no es conveniente: el interdicto *de precario* es al menos supérfluo; pues el que despues de haber concedido *precario* á otro el permiso de atravesar sus tierras, revoca despues este favor, puede hacer eficaz su defensa por medio del interdicto *uti possidetis*; el interdicto *de precario*, segun sus términos mismos, no tiene por objeto mas que la restitucion de una cosa dada, lo cual es inconcebible aquí. El interdicto *uti possidetis* sería, pues, el único cuya aplicacion podria aquí concebirse, y sin embargo las leyes no le conceden: han dado interdictos particulares para los casos mas importantes de esta clase; por consiguiente, solo hay derecho á una accion en estos casos determinados, y solo en las formas espresamente prescritas que vamos á esponer.

I. *Jus itineris, actus vice.*

Fuentes: Digesto, lib. 43, tit. 19.

C. Aibent. *Weber den Besitz unkörperlicher Sachen.*

N.º I. *Darstellung des possessorischen int. de itinere* ataque privado. Leipsig 1826.

J. C. Althof. *Das iut. de itinere actuque privato*. Rinteln 1836.

La primera condicion de este interdicto es la *posesion* de la servidumbre; esta posesion debe en primer lugar hallarse mas especialmente determinada. Tiene de comun con toda *juris quasi possessio* que el derecho debe haber sido *ejercido como un derecho* por el demandante mismo ó por otro en su nombre: así el que por otro motivo pasa por las tierras de otro, por ejemplo, porque el camino ordinario está inundado, no por eso ha obrado como poseedor, y aun se tiene cuidado de distinguir muy exactamente de la *precaria possessio* la relacion en que se encuentra. —El ejercicio solo de la servidumbre no basta tampoco: se exige cierta *medida* como condicion del interdicto. El que quiere recurrir al interdicto debe haber ejercitado el derecho por lo menos treinta dias en el año último á contar desde el dia de la accion intentada. Existe, sin embargo una restitucion contra esta especie de computacion: por ejemplo, cuando ha sido impedido el ejercicio del derecho en el año último por empleo de la violencia ó por otras causas suficientes, el año ante último puede entonces servir de fundamento á la computacion. Observaremos finalmente con respecto á esta condicion que la *accessio possessionis* tiene lugar para computar el término del ejercicio: es indiferente que el demandante mismo ó su autor (el vendedor, el testador, el donador, etc.), ó en fin, uno y otro hayan ejercido el derecho durante treinta dias en el último año. Si es el autor solo el que ha cumplido el término, el interdicto tiene relativamente al demandante el carácter de los interdictos *adipiscendæ possessionis*. —La segunda condicion del interdicto es la alteracion violenta, cuya nocion debe ser determinada de la misma manera que en el interdicto *uti possidetis*. El interdicto se dirige contra todo individuo que ejerce la violencia; poco importa que sea el propietario limitado por la servidumbre en el ejercicio de sus derechos, ó bien cualquier otro; no se funda, pues, únicamente en las relaciones que tiene la servidumbre con la propiedad.

El demandante reclama en este interdicto que cese la alteracion de la posesion, y en segundo lugar que se le indemnice completamente. El efecto de este interdicto es pues enteramente semejante al del interdicto *uti possidetis*.

En fin, las *excepciones* se refieren solamente á la manera con que ha sido ejercida la servidumbre; porque no hay necesidad de la excepcion fundada en la prescripcion, puesto que el hecho en el cual debe el demandante apoyar su accion, comprende ya una limitacion de tiempo. Véase la regla que rige en estas excepciones: no puede ponerse en cuenta para la computacion de estos treinta dias ninguno de los dias en que se ha ejercido la servidumbre, ya *violentamente*, ya *clandestinamente*, ya *precario*. Esta es la única tendencia de las excepciones: si pues la ser-

vidumbre ha sido ejercida sin uno de estos tres vicios por espacio de treinta dias, no hay fundamento para alegar la excepcion del ejercicio que puede aun haber tenido lugar, ya violentamente, ya clandestinamente, ya *precario*, pero pasados los treinta dias. Por otra parte es completamente indiferente que se haya ejercido la violencia, etc., contra el demandado mismo ó contra sus representantes, ó bien contra un poseedor precedente: del mismo modo el que compra una tierra ó la hereda, adquiere las excepciones á que tenia derecho el poseedor antiguo de quien es sucesor jurídico.

L. 3, §. 2, D. *de itinere*.

«Si quis ab auctore meo vi, aut clam, aut precario usus est; recte a me via uti prohibetur, et interdictum ei inutile est; quia a me videtur vi, vel clam, vel precario possidere, qui ab auctore meo vitiose possidet. Nam et Pedius scribit, si vi aut clam, aut precario ab eo sit usus, in ejus locum hereditate vel emptione alio quo jure successi, idem esse dicendum...»

La version florentina es muy poco verosimil, porque Ulpiano diría dos veces la misma cosa, como si quisiera enunciar cualquiera otra; nos apoyamos principalmente en las palabras *idem esse dicendum* que no pueden indicar bien mas que un *segundo* caso que se quiere decidir de la misma manera que el *primero*. La version que nosotros hemos adoptado aquí, hace desaparecer completamente la dificultad; se trata ahora *en primer lugar* de un acto de violencia contra mi *albor* (es decir el esclavo á quien está confiada la vigilancia de un campo) *en segundo lugar* de un hecho de semejante naturaleza que ha sido cometido contra mi *auctor* (el vendedor, el testador, etc.); en el primer caso se me concede la excepcion á que dá derecho el acto de violencia, y el segundo se decide del mismo modo (*idem esse dicendum*). La version de Hervag hace igualmente desaparecer la dificultad, pero de una manera diversa: segun él se trata en la primera frase de un *successor* jurídico (*ab auctore*) y en la segunda de un *successor* no jurídico (*non ejus in locum... JURE successi*); pero entonces la segunda frase no solo estaria mal espresada, sino que chocaria contra toda analogía.

II. Otro interdicto hace relacion á las mismas servidumbres que el que precede, pero tiende á la *reparacion* del camino cuyo uso aseguraba el interdicto precedente.

Fuente: Digesto, lib. XLIII, tit. XIX (L. III, §. 11, etc.) Así el demandante pide en este interdicto que el propietario no le impida poner el camino en estado practicable.

Este interdicto, por razones muy faciles de comprender, está sometido á mas restricciones que el precedente: en efecto, el demandante debe prestar fianza por el perjuicio que podía resultar de su trabajo: debe además probar que tiene el *JUS reficiendi* (punto por el cual se distingue este interdicto de todas las demás acciones posesorias), y en tercer lugar debe tener la po-

sesion de la misma manera que se exigía para el interdicto de que acabamos de hablar. Siendo considerado el *ius reficiendi* como consecuencia de la servidumbre misma, mientras no se presente la prueba de una escepcion de esta regla, el demandante está obligado á probar tambien, además de la posesion de la servidumbre, su derecho á la servidumbre.

Sin embargo, el derecho á la servidumbre, no es solamente la condicion, sino tambien el objeto de este interdicto, el cual no solo protege de esta manera al demandante contra toda alteracion de su trabajo, sino que hace que se le adjudique el derecho mismo á la servidumbre si presenta la prueba. Véanse las relaciones en que se encuentra el interdicto con la accion confesoria. El que puede probar su derecho á la servidumbre, puede recurrir á la accion confesoria para que se le mantenga en el ejercicio integro de su derecho; pero en el caso particular que nos ocupa, siempre que pueda probar además del derecho á la servidumbre, el derecho a la posesion, puede elegir entre la accion y el interdicto. Ahora bien, no siendo este mas que una accion confesoria en la forma de un interdicto, no puede tratarse de este último desde que el procedimiento que le distingue de la accion ha cesado de existir.

III. *Ius aquæ quotidianæ vel festivæ ducendæ.*

Fuente: Digesto, lib. XLIII, tit. XX.

La primera condicion de este interdicto es la posesion de la servidumbre. La servidumbre debe al mismo tiempo ser ejercida con la conviccion de que el derecho mismo existe (*bonæ fidei possessio*). En fin, debe haber sido ejercida en el año último, ó bien cuando no se usa el aqüeducto mas que en verano ó en invierno, en los últimos diez y ocho meses.—El recurso á este interdicto supone tambien una alteracion violenta, introducida en la posesion por el propietario ó por otro cualquiera. Cuando muchas personas pretenden un mismo aqüeducto, la accion tiene como el interdicto *uti possidetis* la cualidad de *interdictum duplex*.

El objeto de la accion es en primer lugar quitar todo obstáculo al ejercicio libre de la posesion, y además reparar el daño ocasionado por la alteracion y que puede consistir, en esta como en todas las servidumbres, en la pérdida del derecho mismo por consecuencia del *non usus*.

El demandado tiene derecho para alegar la escepcion de que la servidumbre ha sido ejercida de una manera injusta, es decir, *vi, clam, ó precario*.

IV. Tambien se ha concedido un interdicto particular el *de rivis* para la separacion del aqüeducto.

Fuente: Digesto, lib. XLIII, tit. XXI.

Este interdicto depende absolutamente de las mismas condiciones que el anterior: así, pues, lo que importa señalar aquí, no es el derecho á la servidumbre, sino la posesion. Sin em-

bargo, es necesario tambien prestar fianza por el daño que los trabajos podrian causar.

V. Otros dos interdictos hay, destinados de la misma manera y bajo las mismas condiciones que los dos anteriores, á proteger contra toda alteracion el *ius aquæ HAURIENDÆ*.

Fuente: Digesto, lib. XLIII, tit. XXII.

Así el que ha ejercido este derecho en el año último, pero sin violencia, etc., puede hacer uso del primero de estos interdictos á fin de asegurarse del ejercicio de su derecho para en adelante; y del segundo con el objeto de poder reparar el pozo, etc., sobre que pese la servidumbre.

Segunda clase de servidumbres reales: servidumbres *positivas* que tienen relaciones inmediatas con la posesion de un fundo.

La adquisicion y la conservacion de esta clase de posesion de servidumbres reales son muy fáciles de determinar, porque consisten siempre en un objeto exterior y continuo, cuya existencia constituye el ejercicio positivo del derecho. Cuando se trata, por ejemplo, del derecho de poner una viga sobre la pared del vecino (*ius tigni immittendi*) la *juris quasi possessio* depende únicamente de la realidad de la *immissio* misma.

Los interdictos no pueden explicarse sino con la exposicion de la tercera clase.

Tercera clase. Servidumbres negativas.

Aquel á quien compete semejante derecho puede exigir que el propietario se abstenga de cierto acto, que su cualidad de propietario le permitiría hacer, si no existiese la servidumbre. ¿Cómo se adquiere la posesion de semejante derecho?

Se tiene costumbre, aunque sin motivo, de suponer esta cuestion relacionada con la adquisicion del derecho mismo. Preténdese que á este efecto es necesaria la tradicion, así como en materia de propiedad, aunque el derecho antiguo no haya exigido mas que la *in jure cessio*, y aunque el contrato solo baste en derecho de Justiniano para que se verifique esta adquisicion. La cuestion es importante: (A), para el derecho á los interdictos; (B), para la usucapion; (C), para la *publiciana actio* que no tomó igualmente nacimiento aquí sino en la tradicion; pero de la cual solo hay necesidad en el caso en que no se ha concedido una servidumbre por aquel cuya cualidad de propietario está demostrada.

No conocemos mas que un solo caso en el cual la adquisicion de la posesion sea incontrovertida: este se verifica cuando el acto contrario á la servidumbre ha sido intentado, pero impedido, ya por la simple contradiccion del adversario, ya por violencia ó ya por mandato judicial. Fuera de este caso todo es controversia. Unos exigen que en virtud de la analogia con el caso indicado, se haga al menos en apariencia un ensayo de ejercicio y de impedimento por una prohibicion. Pero semejante

acto simbólico no se aviene con la naturaleza de la posesion; no podemos invocar ninguna prueba positiva en su favor, y solo la necesidad y la falta de otros medios han podido inducir á los juriscultos á adoptarlo. Otros pretenden, por el contrario, que basta para adquirir la posesion de la servidumbre negativa, que el adversario se abstenga de todo acto, de suerte que, por ejemplo, todo propietario de una casa tendria contra todos sus vecinos la posesion de un *jus altius non tollendi* para que sus casas no pudieran pasar de la altura que tuviesen. Esta opinion no es tampoco mas que el resultado de la necesidad, porque desde luego parecia contra la naturaleza de las cosas que todo propietario de bienes inmuebles debiese poseer realmente y á cada momento innumerables servidumbres contra todos sus vecinos.— Creemos que debe buscarse la decision en el mismo principio que hemos establecido arriba hablando de las servidumbres afirmativas. Su posesion no se adquiria por cualquier clase de ejercicio, sino solamente porque se las ejercia como un derecho (*tam quam id suo jure facere*). Distinguese, pues, el uso puramente accidental del uso que se funda en motivos jurídicos y en una especie de necesidad, y el motivo de esta diferencia se apoya únicamente aquí, como en las servidumbres que hemos mencionado arriba, en que de otro modo el *animus possidendi* careceria de base. Aplicando esta misma diferencia á las servidumbres negativas, refutamos por ella la segunda de las dos opiniones mencionadas. En efecto, si mi vecino no ha levantado su edificio mas que hasta cierta altura, yo no gozo de esta ventaja sino de una manera enteramente accidental y como un simple hecho que no está revestido del caracter de derecho; no tengo, pues, la posesion. Este principio nos explica tambien por qué una tentativa que nosotros hacemos seriamente, pero que se nos ha impedido llevar á cabo, debe dar la posesion: porque no se puede ya atribuir á la casualidad que el propietario deje de ejercer el acto para el cual ha encontrado oposicion, sino que debe considerarse la omision como producto de la resistencia. Debemos conceder el mismo efecto al título que confiere la servidumbre. En efecto, cuando nuestro vecino nos concede por contrato ó por testamento el *jus altius non tollendi*, no es ya por efecto de la casualidad por lo que no se levantan los edificios á mayor altura, sino que esta circunstancia es mas bien el resultado de la necesidad, es decir, del contenido del contrato ó del testamento; por consecuencia, este acto que podia darnos el derecho mismo, nos procura igualmente la posesion sin que sea necesaria la prohibicion ficticia de que hemos hablado arriba. La única diferencia que hay entre la adquisicion del derecho mismo y de la posesion es que solo el propietario puede proporcionarnos la primera, mientras que el mismo poseedor no puede darnos la segunda.

De aquí se sigue que puede adquirirse la posesion de las servidumbres negativas de dos maneras: 1.º oponiéndose al acto, cuyo ejercicio es contrario á la servidumbre; 2.º por todos los actos jurídicos capaces de transmitir el derecho á la servidumbre, siendo indiferente que esta sea transmitida ó no.

Se pierde la posesion de las servidumbres negativas, cuando el adversario acaba el acto contrario á la posesion: si pues la casa de un vecino contra la cual pretendemos un *jus altius non tollendi* ha sido realmente elevada á mayor altura, nuestra posesion de la servidumbre se halla naturalmente escludida.

Restanos finalmente, tratar de los interdictos por los cuales se protege el ejercicio de la segunda y de la tercera clase de servidumbres reales. Cada una de estas servidumbres, no es propriamente hablando mas que una *cualidad* de la posesion de la cosa principal: por ejemplo, el que posee el *jus ligni immittendi* ó *altius non tollendi* no tiene efectivamente mas que la posesion de una casa, modificada de tal ó tal manera. No era pues necesario introducir interdictos particulares para la posesion de estas servidumbres, porque toda alteracion de la posesion de ellas constituye al mismo tiempo una violacion de la de la cosa principal. La única accion que se concede para el mantenimiento de la posesion de todas estas servidumbres, no es por tanto el interdicto *de vi*, porque la violacion mas grave de esta especie no destruye la posesion de los bienes del fundo, sino el interdicto *uti possidetis*. Esta regla se manifiesta con la mayor evidencia en un caso escepcional. Creyóse conveniente determinar en el *jus cloacae* la accion posesoria de un modo algo diferente de como estaba en el interdicto *uti possidetis*; no se dió solamente un interdicto particular para esta servidumbre, sino que se escludió espresamente el interdicto *uti possidetis*. Esta manera de ver parecerá todavia mas plausible cuando se comparen las dos clases de servidumbres de que aquí tratamos con la primera clase, la de servidumbres reales que consiste en actos independientes. Estas últimas servidumbres son tambien cualidades de los fundos, es decir, que el *derecho* que conceden es una cualidad de la propiedad del fundo; pero no sucede lo mismo respecto á su posesion. En efecto, como esta tiene por base actos completamente independientes de la posesion de la cosa principal, no puede decirse que las servidumbres sean poseidas al mismo tiempo que la cosa principal, y que la alteracion que esperimenten sea esensiva á la posesion del fundo. Por esta razon se han creado interdictos particulares para los derechos mas importantes de esta clase, sin que se haya creído necesario exceptuarlos espresamente del interdicto *uti possidetis*; y por lo mismo debimos decir mas arriba que estas servidumbres no son protegidas por interdictos sino en casos particulares.

§. 47.

DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

El último caso de la *juris quasi possessio* es relativo á la superficie (§. 23.), único *jus in re* que además de las servidumbres dá lugar á la *quasi-possessio*.

Fuente particular para el derecho de superficie: Digesto, lib. XLIII, tit. XVIII.

Todo edificio es considerado como parte del suelo sobre que reposa, y su propiedad lo mismo que su posesion no pueden separarse de la propiedad y posesion de este suelo. La única separacion consiste en una especie particular de *jus in re* que el propietario puede transmitir á otro. Aquel á quien compete este *jus in re* no es poseedor ni propietario de la casa, pero tiene una *juris quasi possessio* y en virtud de ella acciones posesorias. La *juris quasi possessio* de este derecho, es muy semejante á la de las servidumbres personales, porque depende lo mismo que ella de la posesion natural de la cosa. Así es, que no hay diferencia entre una y otra en lo que concierne á la adquisicion y pérdida de la posesion, y si la hay en cuanto á los interdictos, puede asegurarse que no es mas practica.

I. La alteracion violenta de la posesion no da lugar, como el usufructo, etc., al interdicto *uti possidetis*, sino á un interdicto particular que tiene todos los derechos del *uti possidetis*. La diferencia no consiste pues mas que en el nombre, y véase cómo puede esplicarse: la *superficie* era institucion pretoriana y por tanto debia adquirir su existencia jurídica con la insercion en el Edicto; parece que por un efecto de la casualidad se le señaló su lugar al lado de los interdictos en vez de colocarla al lado de las acciones reales. No sucedia lo mismo con el usufructo: todas las superficies se fundaban ya en el derecho civil y por lo mismo no habia necesidad respecto á ellas mas que de la simple aplicacion de los interdictos posesorios comunes.

II. Cuando la posesion natural ha cesado por defecto, puede aplicarse el interdicto *de vi* como en la posesion propriamente dicha.

III. Cuando el superficiario ha concedido *precario* el ejercicio de su derecho á otro, y este se niega á restituírsele, ha lugar al interdicto *de precario*; porque á este interdicto se puede recurrir en reclamacion de todos los derechos susceptibles de restitucion, y la superficie debe ser contada lo mismo que las servidumbres en el numero de los *jura (in re)*.

SECCION SEXTA.

MODIFICACIONES QUE HA ESPERIMENTADO EL DERECHO ROMANO.

§. 48.

Hemos espuesto en las cinco primeras secciones de esta obra la teoría de la posesion, preseiñdiendo enteramente de lo que en los tiempos modernos podia haberse añadido al derecho romano; esta abstraccion nos ha parecido necesaria para evitar que de la confusion del derecho romano antiguo con el derecho de nuestros dias resultase la ignorancia de uno y otro.

La exposicion de esta teoría está ya terminada, pero falta saber las modificaciones que en ella modernamente se han hecho. Hay al mismo tiempo un motivo particular que nos obliga á examinar esta cuestion; y es que de todos los errores importantes que se han estendido acerca de las ideas romanas relativas á la posesion, no hay tal vez uno que no tenga su origen en el derecho canónico ó en el derecho alemán. Refutando las opiniones falsas por medio del derecho romano, habremos pues ganado en la práctica; podria creerse, no obstante que se aprobáran nuestras deducciones, que no hemos hecho mas que demostrar lo que hay de erróneo en las pruebas en que se ha querido fundar ciertos principios de derecho y que estos pueden todavía ser justos é incontestables. Para que sea aplicable la teoría de la posesion deben examinarse y exponerse las disposiciones legislativas posteriores que la modifican: los párrafos siguientes están destinados á indicar al menos estas relaciones; si quisiésemos estendernos nos sería necesario partir de cinco puntos de vista históricos enteramente diferentes y salirnos de los límites de esta obra.

Hay tres puntos que debemos examinar: el primero se refiere á la nocion de la posesion (§. 49), el segundo y el tercer-

§. 47.

DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

El último caso de la *juris quasi possessio* es relativo á la superficie (§. 23.), único *jus in re* que además de las servidumbres dá lugar á la *quasi-possessio*.

Fuente particular para el derecho de superficie: Digesto, lib. XLIII, tit. XVIII.

Todo edificio es considerado como parte del suelo sobre que reposa, y su propiedad lo mismo que su posesion no pueden separarse de la propiedad y posesion de este suelo. La única separacion consiste en una especie particular de *jus in re* que el propietario puede transmitir á otro. Aquel á quien compete este *jus in re* no es poseedor ni propietario de la casa, pero tiene una *juris quasi possessio* y en virtud de ella acciones posesorias. La *juris quasi possessio* de este derecho, es muy semejante á la de las servidumbres personales, porque depende lo mismo que ella de la posesion natural de la cosa. Así es, que no hay diferencia entre una y otra en lo que concierne á la adquisicion y pérdida de la posesion, y si la hay en cuanto á los interdictos, puede asegurarse que no es mas practica.

I. La alteracion violenta de la posesion no da lugar, como el usufructo, etc., al interdicto *uti possidetis*, sino á un interdicto particular que tiene todos los derechos del *uti possidetis*. La diferencia no consiste pues mas que en el nombre, y véase cómo puede esplicarse: la *superficie* era institucion pretoriana y por tanto debia adquirir su existencia jurídica con la insercion en el Edicto; parece que por un efecto de la casualidad se le señaló su lugar al lado de los interdictos en vez de colocarla al lado de las acciones reales. No sucedia lo mismo con el usufructo: todas las superficies se fundaban ya en el derecho civil y por lo mismo no habia necesidad respecto á ellas mas que de la simple aplicacion de los interdictos posesorios comunes.

II. Cuando la posesion natural ha cesado por defecto, puede aplicarse el interdicto *de vi* como en la posesion propriamente dicha.

III. Cuando el superficiario ha concedido *precario* el ejercicio de su derecho á otro, y este se niega á restituírsele, ha lugar al interdicto *de precario*; porque á este interdicto se puede recurrir en reclamacion de todos los derechos susceptibles de restitucion, y la superficie debe ser contada lo mismo que las servidumbres en el numero de los *jura (in re)*.

SECCION SEXTA.

MODIFICACIONES QUE HA ESPERIMENTADO EL DERECHO ROMANO.

§. 48.

Hemos espuesto en las cinco primeras secciones de esta obra la teoría de la posesion, preseiñdiendo enteramente de lo que en los tiempos modernos podia haberse añadido al derecho romano; esta abstraccion nos ha parecido necesaria para evitar que de la confusion del derecho romano antiguo con el derecho de nuestros dias resultase la ignorancia de uno y otro.

La exposicion de esta teoría está ya terminada, pero falta saber las modificaciones que en ella modernamente se han hecho. Hay al mismo tiempo un motivo particular que nos obliga á examinar esta cuestion; y es que de todos los errores importantes que se han estendido acerca de las ideas romanas relativas á la posesion, no hay tal vez uno que no tenga su origen en el derecho canónico ó en el derecho alemán. Refutando las opiniones falsas por medio del derecho romano, habremos pues ganado en la práctica; podria creerse, no obstante que se aprobáran nuestras deducciones, que no hemos hecho mas que demostrar lo que hay de erróneo en las pruebas en que se ha querido fundar ciertos principios de derecho y que estos pueden todavía ser justos é incontestables. Para que sea aplicable la teoría de la posesion deben examinarse y exponerse las disposiciones legislativas posteriores que la modifican: los párrafos siguientes están destinados á indicar al menos estas relaciones; si quisiésemos estendernos nos sería necesario partir de cinco puntos de vista históricos enteramente diferentes y salirnos de los límites de esta obra.

Hay tres puntos que debemos examinar: el primero se refiere á la nocion de la posesion (§. 49), el segundo y el tercer-

ro á las acciones posesorias, *el remedium spoli* (§. 50) y el *possessorium summarium* ó *summariissimum* (§. 51.)

§. 49.

NOCION DE LA POSESION.

Lo primero que vamos á examinar aquí es, como hemos dicho, la nocion de la posesion. El derecho romano no admitia la posesion mas que para la propiedad y para los *jura in re*; pero despues se la ha debido hacer estensiva á *todo derecho posible principalmente por la autoridad del derecho canónico.*

Toda la teoría de la posesion consistia en el principio de proteger contra la violacion cometida en cierta manera el ejercicio solo de un derecho, sin tomar en consideracion la existencia de este último; de aquí se sigue que esta proteccion no podia alcanzar mas que á los derechos susceptibles de ser violados de esta manera, y no conocemos otros mas que la *propiedad* y los *jura in re*. Pero la constitucion de la iglesia cristiana y de los estados europeos ha creado y unido á la posesion y goce del *suelo* derechos que los romanos no conocian ó que estaban lejos de considerar como pertenecientes á particulares. Así es como el ejercicio del poder episcopal depende de la posesion de la iglesia episcopal y de sus bienes; así es tambien como se descubre una dependencia análoga entre los poderes supremos del estado ó bien entre una y otra de sus ramas en la soberania de los príncipes y en la jurisdiccion de los propietarios territoriales; finalmente, lo mismo sucede con las cargas reales que han tenido su origen en el derecho alemán, como las rentas, los diezmos, etc. Puede concebirse perfectamente para todos estos derechos una proteccion concedida al simple ejercicio y semejante á la creada para el ejercicio de la propiedad; y la posesion que de este modo se estableciese para los derechos, sería siempre fácil de reducir á la del suelo, esto es, al ejercicio de la propiedad de este último. La exactitud de nuestra observacion es evidente en muchos casos; por ejemplo, cuando un obispo es espulsado con violencia de su diócesis, la alteracion de la posesion del suelo vá inseparablemente unida á la alteracion en los derechos episcopales, y la misma union existe tambien por necesidad en la proteccion concedida contra esta alteracion. Los mismos casos en los cuales se impidiese con violencia tan solo el ejercicio de uno de estos derechos, por ejemplo, el de la jurisdiccion, admiten, no en verdad la relacion de que hablamos con el suelo, si no una cosa análoga, exactamente como en la *juris quasi possessio* romana. Una alteracion violenta de estos derechos es tan posible como lo era en las servidumbres, y la aplicacion de la proteccion que el derecho romano concedia ya al simple ejercicio de estas servidumbres es la justa consecuencia de aquella.

Pero no solo es concebible la relacion que acabamos de describir, sino que existe ya hace mucho tiempo. Con frecuencia se trata en derecho canónico de la posesion, de los derechos diocesanos, y de otros derechos eclesiásticos así como de los diezmos á ellos anejos; nadie ha dudado tampoco que la jurisdiccion y otros derechos de la misma clase deben ser protegidos lo mismo que la propiedad contra las alteraciones violentas de su ejercicio, aunque los romanos no hayan podido pensar jamás en la proteccion de ninguno de estos derechos. Nuestro dictámen está confirmado en una restriccion notable con que el derecho canónico, modifica esta nueva especie de posesion. Cuando personas eclesiásticas poseen diezmos en otra parroquia distinta de la suya y el *parochus* les desposee, no pueden, segun las leyes canónicas, esperar ninguna proteccion para su posesion; es preciso que prueben el derecho mismo, porque el *ius commune*, es decir, la regla de la *constitucion de la iglesia*, les es contrario.

¿En que relaciones se encuentra, pues, esta especie de posesion con el derecho romano? No se funda en su aplicacion inmediata, porque los objetos de ella son estraños al derecho romano; pero es el resultado de una aplicacion muy natural y muy logica de los principios de este derecho. La nocion de la posesion no ha experimentado por consiguiente modificaciones; lo único que se ha hecho ha sido extenderla á derechos, á los cuales los romanos mismos la habrían aplicado si los hubiesen conocido.

Pero además de estos derechos, en que no puede desconocerse una estension del derecho romano, y en conformidad con el espíritu de éste, se citan principalmente otras dos clases de derechos, para los cuales se cree establecida la cuasi posesion, á saber, los derechos relativos al estado de las personas y á las obligaciones. El exámen de esta opinion bastará para refutar suficientemente las ideas demasiado generales y vagas que se han querido sustituir á las que en derecho romano tan perfectamente determinan la posesion.

Preténdese, pues, en primer lugar, la existencia de la posesion en materia de *derechos de familia*; y para el *matrimonio*, es decir, para el caso mas importante que estos derechos pueden presentar, se invoca el testimonio de los textos espresos del derecho canónico. Esto se comprenderá fácilmente si comparamos este caso con otro de la posesion propiamente dicha.—Si hubiese contestaciones sobre la *propiedad* de un fundo, podrian muy bien resolverse aun cuando el derecho positivo no contuviese ninguna disposicion sobre el derecho que resulta únicamente de la posesion: tambien sería posible y aun podría ser necesario en este caso que el juez arreglase previamente la posicion en que se hallan las partes respecto á la posesion; pero una medida provisional de esta especie se diferenciaría siempre mucho de una proteccion concedida á la posesion como á derecho particu-

lar é independiente. Para hacer mas manifiesta y comprensible la diferencia que separa esta proteccion de la medida provisional de que se trata, supongamos que ninguna de las dos partes tiene realmente la propiedad, sino que antes una de ellas ha sido desposeida con violencia por la otra: la medida provisional nada podría modificar en este caso porque en el hecho la posesion es tranquila y manifiesta; pero la *obligatio* que constituye el único derecho que resulta de la posesion nos autorizaria á exigir la restitucion de la posesion que el adversario destruyó con violencia en época anterior.—Volvamos á los derechos de familia cuya posesion se quiere que proteja el juez. La proteccion que se concede á su ejercicio, no es mas que una medida provisional relativa á este ejercicio que se encuentra en la decision definitiva á intervenir sobre el derecho mismo. Cuando la forma del matrimonio, por ejemplo, no es disputada, sino que se alegan otros motivos contra su validez, es preciso presentar estos motivos y juzgar si son ó no admisibles; pero hasta que intervenga la decision, debe continuar el matrimonio, segun el derecho canónico, con tal que la continuacion no sea pecado por razones particulares. Semejante disposicion no contiene, pues, un derecho que resulte únicamente de la posesion, es decir, un *ius obligationis* por el cual se asegure el ejercicio de otro derecho sin considerar en manera alguna si este último existe realmente.

Todo lo que acaba de decirse aquí contra la posesion de los derechos de familia se aplica con mas razon á la posesion de las obligaciones. En la mayor parte de los casos no se concibe posibilidad alguna de poseerlas, y ha sido gran casualidad que haya podido tratarse de ellas en un caso solamente. El que recibe los intereses de un capital adquiriria por esto la *posesion* del derecho al capital y á sus intereses futuros. Podemos dispensarnos de probar que en este caso menos que para los derechos de familia puede adoptarse un verdadero derecho resultante solo de la posesion; pero no es necesario en este caso adoptar una medida provisional para el ejercicio del derecho al capital y á los intereses, aunque muchos han sido de contrario parecer fundandose en textos del derecho romano que á todo se refieren menos á semejante disposicion.

Creemos haber probado que la manera con que los romanos consideraron la posesion, mas que modificada, ha sido desarrollada en sus consecuencias. Faltanos ahora investigar cuánto se ha modificado el derecho de las acciones, resultante solo de la posesion, es decir, las formas que toma la proteccion concedida á la posesion.

§. 50.

DE LA ACCION SPOLII.

Autores sobre el *remedium spoli* (*Spolienthage*):

C. Ziegler. *Ad can. redintegranda*. El opúsculo ha sido reproducido con notas en Woltæ, *Observ. ad jus civ. et Brand.* fasc. 2. Hal. 1779, 8.º Obrero 35.

J. H. Böhmer en su *Jus eccles. protest.*, lib. II, tit. XIII. El mismo, *Notæ in c. 3. C. 3. q. 1.*, etc., etc., en su edicion del *Corp. jur. can.* Hal. 1744.

Fleek, *De interdictis unde vi et remedio spoli*, p. 83.—136.

Entre las decretales apócrifas, por medio de las cuales la coleccion *Pseudo-Isidoriana* minaba la autoridad de los arzobispos y sinodos provinciales, se encuentra una série del tenor siguiente: «cuando un obispo ha sido espulsado de su sede ó privado de sus bienes personales no se le podrá juzgar ante el sínodo por crimen ninguno, hasta que se le haya restablecido en la posesion de los bienes perdidos.» El mismo falsario que forjó estas cartas de los obispos de Roma, no pudo imaginar que uno de sus textos serviria algun dia para apoyar un sistema nuevo del derecho de acciones posesorias y aun de la posesion. Véase el pasaje que por casualidad ha recibido este honor:

«Redintegranda sunt omnia exspoliatis, vel ejectis episcopis presentialiter ordinatione pontificium, et in eo loco unde abcesserant, funditus revocanda quæcumque conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quas quæcumque injustas causas, res ecclesie vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum et rel.»

Si es cierto lo que nos aseguran todos los prácticos, que este texto ha hecho supérfluo todo cuanto el derecho romano ha determinado sobre la posesion, debe contener por lo menos las disposiciones siguientes:

1.º El derecho á las acciones existe independientemente de la posesion *jurídica* del demandante.

2.º Se aplica igualmente para cosas muebles.—En la exposicion del derecho romano (§. 40) hemos dicho ya lo bastante sobre este punto.

3.º Sirve tambien para las cosas incorpóreas, es decir, como proteccion concedida al ejercicio de todo derecho cualquiera que sea. (V. el §. 49).

4.º No es necesario que se haya alterado la posesion con *violencia*; basta para tener este derecho una pérdida cualquiera de la posesion sin motivo legal.

5.º Tambien puede ejercerse contra todo tercer poseedor.

6.º No se limita su duracion á un año.—Ya hemos examinado este punto en el §. 40.

La primera, cuarta y quinta disposicion merecen fijar particularmente nuestra atencion; si estuviesen efectivamente contenidas en el texto, importaria poco que no se tratase en él mas que de los obispos; los obispos podrian ser propuestos como ejemplos, ó bien nosotros podriamos en virtud de la analogia, aplicarnos á nosotros mismos lo que el autor de este texto y Graciano que en él se funda, han querido atribuir á los obispos solos.

Los juriconsultos bien versados en su ciencia no se han dejado engañar, ó al menos no han caido en graves errores; todos son de parecer que el texto no ha introducido un nuevo derecho en las acciones posesorias, y que su autor ha querido hablar del derecho romano, es decir, del interdicto *de vi*, aunque muchos de ellos parece que se inclinan á admitir que nuestro pasaje del decreto ha introducido leves modificaciones en el interdicto.

Pero todavia se pueden refutar estas proposiciones de una manera mas concluyente. El texto no dice en ninguna parte que sea necesario conceder la restitucion á un obispo desposeido, sino solamente que no está permitido formarle causa mientras no se le conceda la restitucion; no dice *redintegranda sunt omnia episcopis*, sino *redintegranda sunt omnia episcopis ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum*. Si este pasaje hubiese tenido la forma de otro, del cual solo difiere por casualidad y que es este: *«nullus episcopus exspoliatus debet accusari priusquam integerrime restauretur»*, seguramente que á nadie habria ocurrido la idea de buscar en él un derecho particular á las acciones posesorias. No se trata, pues, en todo el texto de un derecho á las acciones, sino de una escepcion contra la acusacion ante el sínodo; de donde sacamos dos consecuencias. En primer lugar es imposible hacer estensiva á todos los demás hombres esta distincion establecida en favor de los obispos; porque se puede concebir que todo el mundo tiene derecho á la misma accion para la restitucion de la posesion usurpada, pero nuestra escepcion no tiene sentido alguno si no es en la relacion particular del obispo con el sínodo.—En segundo lugar es evidente que el texto no ha introducido un derecho nuevo á las acciones posesorias sino que todo lo mas le supone existente.

Pretendíase que el derecho de las acciones posesorias habia recibido especialmente tres disposiciones nuevas; debia haber creado un derecho á las acciones sin posesion juridica, sin alteracion violenta y competente contra todo tercer poseedor. La primera de estas tres innovaciones no encuentra apoyo en el texto; mas este parece que contiene en efecto algunos motivos para la segunda y tercera. Para la segunda, porque las palabras

«aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quascumque injustas causas» prueban un gran cuidado de no limitar el precepto á los casos en que el obispo hubiese sido desposeido con violencia, y las palabras indeterminadas *redintegranda sunt* no hacen ninguna distincion entre las diversas personas que podrian tener la posesion. Parece, pues, verosimil que el autor de este texto y Graciano con él han creido que habria derecho á una accion, aun sin estas dos condiciones (la violencia y el recurso contra el autor de ella). Pero ¿á qué accion? ¿A una accion resultante únicamente de la posesion? El texto no presenta ninguna señal de semejante disposicion. El obispo que por *injusta causa* no está en posesion de su diócesis debe, sin embargo, segun nuestro pasaje, ser considerado como obispo; los bienes que ha perdido por *injusta causa*, deben ser considerados como suyos: su derecho á una accion petitoria no está por consiguiente sujeto á dudas en este caso, aunque no pueda tal vez tenerle para una accion posesoria.

Reasumiremos brevemente toda esta interpretacion. El texto no establece disposicion ninguna sobre el derecho á una accion, no hace mas que suponerla. Este derecho á una accion será en el mayor numero de casos un interdicto romano (1) y en otros (2) la reivindicacion. Puede, pues, ser explicado perfectamente en toda su estension por el derecho romano, y no es necesario admitir á causa de esta suposicion la introduccion de un derecho nuevo á la accion posesoria.

Pero si es cierto que la letra de nuestro pasaje no contiene un derecho nuevo de la posesion, y que ni su autor ni Graciano han pensado en introducir por medio de él semejante derecho, ¿cómo es que se ha dado esta interpretacion inventada, no por un solo juriconsulto, como podria creerse, sino por el mayor número de los prácticos? No podemos responder á esta pregunta sino con una hipótesis, pero hipótesis cuya verdad parece muy probable. No se conocia á fondo el derecho romano concerniente á la posesion; en muchos casos de posesion perdida se carecia de un derecho á una accion, que se habria ofrecido sin dificultad, si hubiese habido mas instruccion en la materia. No habia, pues, cosa mas cómoda que inventar una nueva via judicial, cuya generalidad y cuya vaguedad pudiesen dispensar del estudio penoso de los ramos mas áridos del derecho romano. ¿Es de admirar que los prácticos hayan acogido tan de buena gana esta invencion, y que lejos de dudar de su valor, se hayan apresurado á ensalzarlo y ponderarlo hasta lo sumo? La novedad necesitaba, sin embargo, el apoyo de una autoridad, y fué casualidad chistosa que se escogiera por fundamento de este bello sistema un texto de la coleccion *Pseudo-Isidoriana*.

(1) *Exspoliatis vel ejectis episcopis captivitate aut violentia.*

(2) *Aut per quascumque injustas causas.*

Ademas de estas innovaciones importantes que el derecho canónico *no contiene*, hay otras dos de menos entidad que introduce realmente y que se refieren ambas al derecho de la posesion usurpada con violencia.

La *primera* de estas innovaciones es relativa al derecho mismo de accion. El derecho romano no concedia accion contra el tercero, aun cuando este hubiese recibido la cosa del autor de la violacion y tuviese noticia de la usurpacion. Pero Inocencio III, conociendo que el alma de este tercero corria tan gran peligro como la del mismo poseedor violento, admitió la accion contra él. Es pues evidente que aquí hay una verdadera estension dada al interdicto *de vi*, aunque esta estension no sea grande.

La *segunda* innovacion se refiere á la *exceptio spoli*. Esta escepcion, que al principio no era relativa mas que á las acusaciones contra los obispos, parece que ha sido considerada por el uso, como admisible en todo antes que fuese declarada disposicion legislativa. Compete á los que han sido despojados de sus bienes con violencia, y dá por resultado que no se admita al despojador ninguna accion civil que pudiese intentar, hasta que se haya efectuado la resolucion; no es sin embargo admisible cuando se trata en la accion del derecho ó de la cosa de una iglesia, en la escepcion, del derecho ó de la cosa de persona particular ó *vice versa*. Se puede oponer esta escepcion en las causas criminales aun cuando el acusador no sea el *spoliatus* sino un tercero; pero entonces el *spolium* debe subir á mas de la mitad de todos los bienes, y el acusador tiene derecho para pedir que se fije al acusado un término para uso del interdicto, finalizado el cual cese el efecto de la escepcion (1); la prueba del *spolium* en la cual se funda la escepcion debe ser presentada, tanto en materia civil como en materia criminal, en el término de quince dias.

La *exceptio spoli* tiene pues desde luego una importancia de puro procedimiento; ¿pero cuáles son las relaciones que tiene con el interdicto *de vi* cuando es intentado por el *spoliatus*? Distinguiremos el caso en que la accion y la escepcion conciernen á objetos diferentes, del caso en que ambas son relativas á un mismo objeto. En el primero el interdicto será provisionalmente escludido lo mismo que cualquiera otra accion por nuestra escepcion dilatoria; pero el demandado tiene derecho para recurrir á su interdicto en vez de proponer la escepcion del *spolium*, y entonces se instruyen y juzgan las dos causas á un mismo tiempo. En el segundo caso, es decir, cuando el demandante que reclama la restitution de la posesion perdida ha espulsado antes al demandado de la misma posesion, nuestra escepcion no puede tener lugar como escepcion dilatoria; cualidad que debe sin em-

(1) Escusado es decir que no puede usarse esta escepcion en materia criminal, sino en los países que siguen el procedimiento acusatorio en toda su pureza, es decir, que ha caído casi enteramente en desuso.

bargo tener siempre segun el derecho canónico; el derecho romano no la admite como escepcion perentoria y esto es lo que debe todavía seguir de regla en el dia.

§. 51.

DEL POSSESSORIUM SUMMARISSIMUM.

Desde el siglo XIII se formó en Italia, España, Francia y Alemania otro distinto procedimiento posesorio que se llamaba *possessorium summarium* ó *summariissimum* (1) para distinguirle de las acciones posesorias que el derecho romano habia ya introducido. La glosa no hace mencion ninguna de esta via judicial, pero la encontramos ya en Durantis y Juan Andrea si bien no la dieron nombre alguno. Véase como puede esplicarse el origen de esta institucion segun lo que unánimemente nos dicen los antiguos autores acerca de su uso. El procedimiento habia llegado á ser mas largo y complicado, cuanto mas corto debiera haber sido para poner término á la costumbre general de hacerse justicia por sí mismo; un pleito sobre la posesion sola, cuya terminacion habria exigido muy pocos dias en la misma Roma, podia durar largos años, y atendiendo á esto las partes no creian injusto apoderarse con violencia de lo que esperaban recibir despues en virtud de sentencia judicial. Este uso de la propia fuerza era igualmente de temer en la reivindicacion ó en las acciones resultantes de contratos; mas para evitar este inconveniente se prescindia entonces de una institucion jurídica particular: en todos estos casos la posesion era decidida entre las partes, y la incertidumbre misma en que se estaba sobre la posesion daba con frecuencia ocasion al empleo de la violencia porque podia usarse de ella bajo pretexto de propia defensa. Con el interdicto *de vi* sucedia lo mismo que con la reivindicacion: la cuestion de la posesion estaba decidida conforme á la asercion del mismo demandante porque este pretendia en virtud de una *obligatio* tener derecho á la restitution de la posesion. Pero el interdicto *uti possidetis* no se hallaba en las mismas circunstancias; casi siempre era reclamado en litigios sobre la posesion actual: el objeto de los litigios que habia que decidir, constituia, pues, lo que daba ocasion al uso de la violencia, y era necesaria una institucion jurídica particular, para impedir que los justiciables se hiciesen justicia por sí mismos durante el largo tiempo que podia transcurrir hasta que se decidiese la posesion. Con este objeto se creó el *summariissimum* cuyo carácter es ahora fácil de determinar. No tiene relacion mas que con un interdicto *uti possidetis*, sobre el cual no hay todavía decision,

(1) Los antiguos autores le dan diversas denominaciones: en Italia se llamaba *mandatum de manutendo*; en España *initio de interim*, en Francia *recredentia*, etc.

y solamente es necesario cuando el peligro de violencia es tan inminente que solo una sentencia provisional del juez puede impedirlo; en este caso se le considera como interdicto *uti possidetis* provisional, es decir, que se examina y decide exactamente la misma cuestion de derecho que en el interdicto *uti possidetis*, no habiendo entre ambos mas que una diferencia y es que la necesidad de una pronta decision domina á todas las consideraciones hasta á la de la certeza completa de los hechos.—La primera condicion de que dependia el interdicto *uti possidetis* era la de tener la posesion jurídica, y no han tenido fundamento varios juriscultos para decir que el *summariissimum* exige solo la simple detentacion y no la posesion propiamente dicha. Aquí á la verdad será mas fácil al que tiene la simple detentacion enganar al juez haciéndola pasar por posesion; pero el objeto de la instruccion y el motivo del fallo es siempre la posesion jurídica y no es posible imaginar ninguna razon para haer seguir al *summariissimum* principios diversos á los del interdicto *uti possidetis*; porque el objeto particular á que se dirige el *summariissimum* (el de evitar crímenes) se logra con la continuacion del estado de posesion, y mas allá de este objeto no es posible concebir otro motivo de decision sino aquel en que se apoya el fallo en el interdicto *uti possidetis*.—Sin embargo, no era suficiente cualquier clase de posesion en este interdicto, pues las tres escepciones conocidas rechazaban la *injusta possessio*. Así en el *summariissimum* estas escepciones deben tener su influencia en el fallo, pero las partes no podrán fácilmente gozar del beneficio de este principio, porque es imposible en el mayor número de casos presentar la prueba de estas escepciones con la prontitud que el nuevo procedimiento posesorio exige.

La esposicion que acabamos de haer nos muestra que el objeto de la institucion del *summariissimum* era evitar crímenes y que se le puede considerar como una disposicion que la policia creyó conveniente establecer bajo la forma de via judicial. Esta opinion está confirmada en la forma en que la legislacion la introdujo en Alemania, y aunque la disposicion que la estableció no fue dada como ley obligatoria para toda Alemania, es indudable que en la esencia constituye la *norma* mas segura de la decision judicial, siempre que no se oponga á las leyes del país sino solamente a una jurisprudencia de decretos que no esté todavía generalmente adoptada.—Véase lo que dispone esta ley: cuando súbditos inmediatos del imperio germánico disputan entre sí la posesion y la decision ofrece dudas, y cuando las circunstancias son tales que pueden temerse rebeliones é insurrecciones (estos términos significan aquí alteracion de la paz del país), la cámara imperial tiene derecho para secuestrar la posesion, ya de oficio ya á peticion de las partes, y para decidir inmediatamente despues sin prévia instruccion judicial ni otros largos trámites á cual de las partes conviene conceder la *momentánea*

possessio vel quasi y á cual debe prohibirse que la pretenda *in possessorio* ni *in petitorio* hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. La ley añade que esta medida no perjudique al derecho ni á la posesion de ninguna de las partes.

Segun esta disposicion legislativa fácil es determinar la manera en que debe aplicarse nuestra institucion jurídica. El primer motivo de su consignacion en la ley consiste evidentemente en que ni aun el *possessorium* (ordinario) puede recibir una decision bastante pronta; pero lo que ha hecho establecer esta disposicion no es solamente la larga duracion de los pleitos sino el peligro que corria la tranquilidad pública. Cuando no puede probarse la existencia de este peligro, no ha lugar al *summariissimum* aunque una de las partes desee que se le ponga provisionalmente en posesion á causa de los largos trámites del procedimiento posesorio ordinario. Si el *summariissimum* pudiese ser concedido por esta sola causa, no habria motivo para dejarle de admitir en todos los demás pleitos, por ejemplo, en los litigios sobre la propiedad, porque la larga duracion de estos es igualmente desagradable. Es tambien natural que el uso frecuente que se hiciera de esta institucion prolongase los litigios posesorios de modo que fuese necesario otro *summariissimum* para evitar la duracion desmesurada del primero. Cuando por el contrario se aplica esta institucion con arreglo á su objeto y á lo que disponen las leyes del imperio, raras veces habra que haer uso de ella en Alemania, pues ya no es de temer la alteracion de la pública seguridad en los diversos estados de nuestra patria. Si pues el caso de que se trata llena las condiciones que exige la ley del imperio, no hay duda que debe observarse en el procedimiento del *summariissimum* todo lo que se ha dicho arriba; porque no diciendo la ley á quien debe concederse la posesion, no podemos decidir esta cuestion sino con arreglo á principios generales y como arriba lo hemos hecho. El resultado que debe producir el *summariissimum* se encuentra claramente determinado en la ley; no perjudica ni aun á la posesion jurídica, y cuando del *possessorium ordinarium* resulta despues que quien tenia la posesion jurídica no es el que ha obtenido sentencia favorable en el *summariissimum* sino su adversario, la sentencia dada en el *summariissimum* no ha hecho entonces perder la posesion jurídica, y la posesion concedida por esta sentencia no es ya considerada sino como una simple detentacion por medio de la cual se ha ejercido provisionalmente la posesion jurídica. ®

Hasta ahora solo hemos hablado del *possessorium SUMMARIUM* sin haer mencion del *ORDINARIUM*; porque este último solo tiene esta denominacion por oposicion al primero, y no es otra cosa sino el antiguo interdicto *uti possidetis*; fácil es conocer que el *summariissimum*, medida de policia destinada á asegurar el sosiego público, no podia tener ninguna influencia en esta institucion. Algunos juriscultos opinan que hay una relacion in-

versa entre las dos vías judiciales, y de esta opinión se encuentran diferentes aplicaciones en muchos autores: según ellos el *summarius* es el antiguo interdicto, un poco modificado cuando más, y el *ordinarium* les parece una especie de término medio establecido por el derecho canónico entre el *possessorium* y el *petitorium*. Con solo dirigir una ojeada á los antiguos autores y á la ley citada del imperio se descubre la falsedad histórica de esta proposición. Estos autores declaran unánimemente que el *summariissimum* (la *recredentia*, el *interim*, etc.) es una innovación que la práctica de los tribunales ha introducido en el derecho romano, y el decreto de la cámara imperial que determina exactamente las condiciones de que depende la aplicación de esta institución, dice en términos expuestos que la decisión previa del *summariissimum* no debe tener ninguna influencia en el derecho ni en la posesión misma, y no puede haber querido hablar sino de lo que el derecho romano había establecido acerca de la propiedad y de la posesión. El pasaje del derecho canónico que ha ocasionado la creencia errónea de que existía un *possessorium ordinarium* nuevo se encuentra en el C. 9, X. *de probat.*, y se citan dos cualidades características de esta supuesta vía judicial que se dice la distinguen del derecho romano. Quiérese en primer lugar que la posesión en que se funda el *ordinarium* sea justa: si por esto se entendiese que no deba ser injusta (es decir, que no sea adquirida *ni vi, ni clam, ni precario*) admitiríamos esta proposición; pero entonces nada diría que el derecho romano no diga expresamente; diría que se podían oponer al interdicto las tres excepciones conocidas. Pero aquí se vé en la justa posesión la que ha tomado origen en un acto jurídico (*justus titulus*). Se exige en segundo lugar para el recurso al *ordinarium* que la posesión haya existido por más de un año. El texto de las decretales no establece, sin embargo, una nueva vía judicial, sino que supone el interdicto *uti possidetis* y examina en una especie particular la prueba presentada. Dos observaciones generales dan mucha probabilidad á esta manera de considerarlo: observaremos en primer lugar, que el pasaje está inserto en el título *de probationibus*; y en segundo lugar que la diferencia entre las dos vías posesorias, debería de ser importante en derecho canónico, y que por el contrario es completamente ignorada. Nuestra opinión adquiere completa certeza, si se examina el contenido del texto mismo. El caso que Inocencio III iba á decidir, se refería no solo á la posesión de un distrito, sino á la posesión de la jurisdicción y de otros derechos en él. Cada una de estas partes había presentado una multitud de testigos; una y otra habían probado que habían ejercido estos derechos durante muchos años: el punto de la posesión era, pues, muy dudoso. Véase cómo el Papa salió de esta dificultad: cómo una de las partes posee hace sesenta años el distrito con todos los derechos de soberanía, habiendo probado

al mismo tiempo que tiene un título justo á su posesión; y cómo la otra no ha ejercido sino durante cincuenta años la posesión de algunos derechos de soberanía; no habiendo podido presentar título justo para este ejercicio, debe mantenerse á la primera en su posesión por medio del interdicto *uti possidetis*. Ambos motivos de decisión están perfectamente de acuerdo con la teoría romana del interdicto. El interdicto exigía: 1.º la posesión actual. Era dudosa en la especie á causa de las pruebas contradictorias; pero por otro lado era cierto que una de las partes había tenido la posesión diez años antes que la otra; y como la pérdida de esta antigua posesión no estaba demostrada, y como al lado de esta última no era posible otra (*duo in solidum*, etc.) se presume á falta de prueba en contrario que esta posesión continúa todavía: 2.º una posesión no viciosa. Como una de las partes se apoyaba en privilegios otorgados por los emperadores y soberanos pontífices, y la otra no podía invocar ningún título semejante, era muy verosímil que la posesión de aquella no fuese viciosa mientras que la de la parte contraria, si existía, lo fuera sin duda alguna; de suerte que esta última habría debido perder en todo caso por las excepciones que para la otra no eran temibles. Véase por qué se hace mención del justo título. Los términos elegidos en la parte dispositiva del texto, demuestran hasta la evidencia que tal era la opinión del Papa; así se expresa Inocencio III: «Nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus: uti possidetis, ita possideatis; cum probationes Ecclesie longe sint potiores: et ideo sit in interdicto superior. Commune faventis sibi condemnamus... quo ad possessorium judicium, quo tantummodo actum est, ut neque per se neque per alios super his præsumat Ravenn. Ecclesiam... molestare.»

§. 52.

DE LOS RESULTADOS DE ESTA SECCION.

Tal es el resultado general de nuestras investigaciones sobre el derecho moderno: este contiene á la verdad principios que el derecho romano no conocía, pero estos principios lejos de derogar por completo la teoría romana, no pueden tener sentido en sí mismos sino cuando se les considera como adiciones á esta teoría, cuya autoridad encuentra evidentemente su confirmación en esta misma circunstancia.



INDICE.

SECCION PRIMERA.

NOCION DE LA POSESION.

	PAGS.
1.º De la detentacion.	5
2.º De los derechos de la posesion.	7
3.º Continuacion.	10
4.º Continuacion.	13
5.º La posesion es al mismo tiempo derecho y hecho.	16
6.º Clasificacion del derecho de posesion.	20
7.º Posesion civil y natural.	33
8.º <i>Possessio justa, bonæ fidei, etc.</i>	52
9.º Idea material de la posesion.	56
10. Historia literaria de la idea de la posesion.	74
11. <i>Possessio plurium insolidum.</i>	93
12. Explicacion de la <i>juris quasi possessio.</i>	102
12 a. Historia de la posesion.	106

SECCION SEGUNDA.

ADQUISICION DE LA POSESION.

13.	111
14. De la aprehension.	112
15. De la aprehension de cosas inmuebles.	115
16. De la aprehension de cosas muebles.	117
17. Continuacion.	122
18. Definicion mas exacta de la aprehension.	128
19. De la adquisicion por la aprehension anterior.	131
20. Del <i>animus possidendi.</i>	133
21. Del <i>animus possidendi</i> de personas incapaces.	134
22. De la posesion de las partes de una cosa.	139
22 a. Continuacion.	144
23. De la posesion derivada.	148
24. Continuacion.	154
25. Continuacion.	157

	PAGS.
S. 26. De la adquisicion de la posesion por un tercero.	159
S. 27. Del <i>constitutum possessorium</i>	166
S. 28. De los resultados de esta seccion.	169

SECCION TERCERA.

PERDIDA DE LA POSESION.

S. 29. Regla para la pérdida de la posesion.	171
S. 30. Continuacion.	172
S. 31. De la pérdida de la posesion por consecuencia de un acontecimiento exterior.	176
S. 32. De la pérdida de la posesion por la voluntad.	183
S. 33. De la conservacion de la posesion por un tercero.	186

SECCION CUARTA.

DE LOS INTERDICTOS.

S. 34. Nocion de los interdictos.	194
S. 35. De los interdictos posesorios.	195
S. 36. Continuacion.	199
S. 37. De los interdictos retinendæ possessionis.	202
S. 38. Del interdicto <i>uti possidetis</i>	206
S. 39. Del interdicto <i>utrubi</i>	208
S. 40. Del interdicto <i>de vi</i>	213
S. 41. Del interdicto <i>de clandestina possessione</i>	226
S. 42. Del interdicto <i>de precario</i>	229
S. 43.	232

SECCION QUINTA.

DE LA JURIS QUASI POSSESSIO.

S. 44.	237
S. 45. De las servidumbres personales.	239
S. 46. De las servidumbres reales.	240
S. 47. De la superficie.	248

SECCION SEXTA.

MODIFICACIONES QUE HA ESPERIMENTADO EL DERECHO ROMANO.

S. 48.	249
S. 49. Nocion de la posesion.	250
S. 50. De la accion <i>spolii</i>	253
S. 51. Del <i>possessorium summarissimum</i>	257
S. 52. De los resultados de esta seccion.	261

FIN DEL INDICE.

SAN

PO

OTE
KM
S2
C. 1