

DISERTACIÓN DE AGUSTÍN RIVERA SOBRE LA POSESIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Por el interés que reviste su reedición, a casi ciento cincuenta años de haberse publicado por primera vez, vale la pena comentar algunas cuestiones sobre el trabajo de Agustín Rivera, sobre la posesión, leído en la Academia de Derecho-Práctico de Guadalajara, el 11 de mayo de 1847.¹

Esta obra se inscribe dentro del amplio rubro de “obras jurídicas menores”.² Este es el tipo de obras que se publica en las décadas posteriores a la independencia, y que de alguna manera permite establecer un hilo de continuidad entre la producción jurídica colonial, y la de la segunda mitad del siglo XX, posterior a la consolidación del proceso codificador.³

Estas obras no constituyen un cuerpo de doctrina jurídica mexicana porque el derecho mexicano estaba apenas en formación, pero sí son obras doctrinarias escritas en México, por autores mexicanos que buscaban sentar bases para la tarea de creación legislativa que se va dando en forma paralela en las asambleas parlamentarias. Hay una gran cantidad de ellas hasta, aproximadamente, la octava década del siglo. Los temas que en ellas se abordan suelen ser de dos tipos: por un lado, los más controvertidos, como la desamortización de bienes eclesiásticos y los derechos de los ciudadanos, etcétera, y por el otro, los temas eternos del derecho, como el que nos ocupa, dedicado a la posesión, o los que se ocuparon de analizar el matrimonio.⁴

¹ Agustín Rivera, *Disertación sobre la posesión, por D.... Cursante de la Academia de Derecho Teórico-Práctico de la Universidad Nacional de Guadalajara, leída en la misma Academia el día 11 de mayo de 1847*. Reimpresa, San Juan, Tipografía de José Martín, 1872.

² Ma. del Refugio González, “El derecho y la función del abogado. (Discursos en la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de México, 1831-1862)”, *Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, México, Porrua, 1984, pp. 381-382.

³ *Idem*.

⁴ En el Fondo Lafragua de la Biblioteca Nacional hay una gran cantidad de pu-

El calificativo de "menores" para este tipo de trabajo jurídico alude más a su tamaño que a su calidad. Rara vez encontramos alguno que rebase las cien páginas; pero sí hay muchísimos de alta calidad, que muestran la buena formación jurídica de sus autores. Este es el caso de la que hoy se reedita. También con el calificativo de "menores" se busca aludir a su carácter de previas al surgimiento de la doctrina mexicana, propiamente dicha, el cual se ubica —como va quedando claro— en los años siguientes a la restauración de la República.⁵

La disertación de Agustín Rivera sobre la posesión fue leída en Guadalajara en una institución de carácter docente, dependiente de la Universidad Nacional: la Academia de Derecho Teórico-Práctico. Este hecho, por si mismo, merece destacarse, ya que por lo general las academias dependían de los colegios de abogados, aunque bien es cierto que en estos casos también su función era docente.⁶

II. LA ACADEMIA DE DERECHO TEÓRICO-PRÁCTICO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE GUADALAJARA

A raíz de la independencia de México, la todavía no muy antigua Real Universidad de Guadalajara cambió de nombre ya que se denominó Nacional, y sustituyó las armas de España por las nacionales.⁷ Pero el cambio de nombre no le significó la simpatía de los grupos progresistas de la localidad, ya que "nacional" y todo, la Universidad fue considerada —como la de México— "foco de oscurantismo", y los gobiernos liberales buscaron su clausura. El 17 de enero de 1826 se clausuró por primera vez, aunque las cátedras se mantuvieron un tiempo en funciones, mientras se formaba un nuevo plan de estudios.⁸

blicaciones de este tipo. Existe un magnífico instrumento para consultar los que se editaron hasta 1853: Lucina Moreno Valle, *Catálogo de la Colección Lafragua, 1821-1853*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, 1975, 1202 pp. El resto de las ediciones pueden ser localizadas a través del fichero del Fondo señalado.

⁵ González, "El derecho y la función...", p. 381. *Vid.* nota 5.

⁶ Ma. del Refugio González, "La Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de México. Notas para el estudio de su labor docente (1811-1835)", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, núm. 6, México, 1982, pp. 303-317; y "La práctica forense y la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de México (1834-1976)". *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, coordinador, José Luis Soberanes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 281-308.

⁷ Juan B. Iguiniz, *La antigua Universidad de Guadalajara*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 1959, pp. 56 y 57.

⁸ *Idem*, pp. 59 y ss.

Ese mismo año, con los bienes arrebatados a la Universidad se fundó, el 20 de marzo, el Instituto de Ciencias, el cual se inauguró el 14 de febrero de 1827. Sobra decir que su orientación era marcadamente liberal. A decir del escritor tapatio don Juan B. Iguiniz, este Instituto fue “cuna de la enseñanza laica, fuente fecunda de irreligión y del ateísmo...”. No obstante lo cual, en los siete años que tuvo vida formó a algunos hombres notables que luego figuraron en la política, en el foro y en las letras.⁹

La llegada de los conservadores al poder condujo a la reapertura de la Universidad, y a la clausura del Instituto de Ciencias. El 18 de octubre de 1834 la Universidad reabrió sus puertas. El año siguiente se reformaron las constituciones, y se estableció un nuevo plan de estudios, que se observó hasta 1843, fecha en que Santa Anna estableció un plan de estudios para toda la nación.¹⁰

Al amparo también del gobierno conservador, la reforma del plan de estudios de 1839 llevó a la creación,

a empeños del eminentе jurisconsulto doctor don Crispiniano del Castillo, de una Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica en la misma Universidad y sostenida con sus fondos, en la que se refundió la cátedra de Derecho patrio y principios de legislación.¹¹

En efecto, el gobernador constitucional del departamento de Jalisco hizo saber a los habitantes, el 9 de octubre de 1839, que la Excelentísima Junta Departamental le había hecho llegar el plan que arreglaba los estudios de teología y jurisprudencia en Guadalajara. En este plan se estableció la creación de la Academia, dependiente de la Universidad, sus atribuciones, leyes y reglamentos.¹²

La Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, al igual que otras de su tipo, tenía por objeto principal “instruir a los jóvenes en el Derecho patrio, principios de legislación y en todas las materias de práctica forense”.¹³ A ella podían ingresar los estudiantes después de haber cursado el bachillerato, y de acuerdo con el texto del artículo noveno del Plan, en la Academia aprendían lo que les hacia falta para ser “admitidos a examen y recibidos de abogado”. Su función, a este res-

⁹ *Idem*, p. 67.

¹⁰ *Idem*, pp. 70-72.

¹¹ *Idem*, pp. 83-84.

¹² Colección de los Decretos, Circulares y Ordenes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado de Jalisco, Guadalajara, Jalisco, Congreso del Estado de Jalisco, 1981, vol. VII, pp. 378 y ss. [Esta obra es edición facsimilar de la que se fue publicando en los años que se refieren.]

¹³ Artículo 7o.

pecto, no es distinto de otras instituciones de este tipo.¹⁴ Variaba, sí, en que sólo tenía un catedrático, el cual, por el hecho de serlo, quedaba como graduado de doctor en derecho civil, con todos los honores y preeminencias de los de su clase. Tras la primera designación, la cátedra debía cubrirse por oposición. Entre las obligaciones de este sujeto estaba la de prestar su patrocinio en los negocios y pleitos del establecimiento, dictaminar expedientes, dar consultas y revisar las escrituras o instrumentos que interesaban a la Academia. Todo ello sin recibir estipendio alguno.¹⁵

Para ocupar la cátedra de la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de la Universidad fue designado el licenciado D. Crispiniano Castillo, el 10 de octubre del mismo 1839.¹⁶ El Reglamento formado por el Ilustre Claustro de Doctores para los exámenes de los alumnos de la Academia fue publicado oficialmente el 12 de junio de 1841.¹⁷ Hasta esta fecha habría funcionado dependiendo de la legislación de la Universidad, que para entonces era literatura, y contaba con un reglamento provisional para su gobierno interior, de 17 de octubre de 1839.¹⁸ El artículo 38, capítulo 5º del reglamento, mandaba que se regulara la materia de exámenes en la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica.

No sé a ciencia cierta si en algún momento entre 1839 y 1841 se hicieron estatutos para la Academia, o cuál fue el proceso que llevó a que en el reglamento que se viene comentando, en el artículo 2º, ya se hablara del regente de la facultad, del presidente de la Academia y de los catedráticos de derecho, quienes formaban una junta sinodal. A partir, pues, de 1841, quedó reglamentado el asunto de los exámenes de abogado, y el modo de acreditar cierto tipo de conocimientos, mediante ejercicios escritos e interrogatorios, ante la Academia. Las materias sobre que versaban los puntos de derecho a resolver eran el derecho canónico, el civil y el criminal.¹⁹

En 1843, el presidente Santa Anna promulgó el Plan General de Estudios de la República Mexicana,²⁰ por el que buscaba homogeneizar la enseñanza en las carreras del foro, ciencias eclesiásticas y medicina. Los avatares políticos y militares impidieron que consiguiera su objetivo. En el tránsito hacia la senda federal, el 23 de octubre de 1846,

¹⁴ Vid. *supra*, nota 6.

¹⁵ Artículos 4 y 5 del Plan citado en nota 12.

¹⁶ Colección de los Decretos..., vol. VII, p. 381.

¹⁷ Colección de los Decretos..., vol. VIII, p. 201.

¹⁸ *Idem*, vol. VII, pp. 383 y ss.

¹⁹ *Idem*, vol. VIII, pp. 202-205.

²⁰ Dublán y Lozano.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

165

se promulgó un decreto por el cual se dejaba en libertad a los estados para arreglar la instrucción pública.²¹ Poco tiempo después, se leyó en la tantas veces mencionada Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de la, otra vez, Universidad Nacional de Guadalajara, la Disertación de Agustín Rivera que hoy se reedita.

III. AGUSTÍN RIVERA Y SANROMÁN

En la ciudad de Lagos, del estado libre y soberano de Jalisco, el 29 de febrero de 1824, nació Agustín Rivera y Sanromán.²² Pocos días después de haberse firmado la primera Constitución federal de la República, nació este sabio polígrafo mexicano, quien se caracterizó por sus amplios conocimientos de derecho canónico, teología, derecho romano y literatura piadosa. Su larga vida (murió con más de noventa años), estuvo dedicada al sacerdocio y a la enseñanza. Fue hombre de seminario; y como muchos otros del mismo origen, tuvo sus escarceos con la causa liberal. Desde niño trató a dos de las figuras más significativas de la Iglesia decimonónica: Pelagio Antonio de Labastida y Clemente de Jesús Munguía.

Con ambos estuvo entregado a prácticas religiosas en escuelas de Morelia, Michoacán.

La temprana muerte de su padre dejó a la familia —de origen español— en mala situación económica. La facilidad que para el estudio tenía el joven Agustín movió a su abuela materna —de sólida posición económica— a patrocinar los esfuerzos escolares del nieto, con la intención de que abrazara la carrera religiosa. Para 1838 ya se hallaba matriculado en la Universidad de Guadalajara, en la cual cursó derecho canónico, civil y romano. Su espíritu crítico coadyuvó a la mejoría de algunas de las cátedras en las que los textos y el modo de transmitir el conocimiento eran tan atrasados que los contemporáneos los calificaban de anacrónicos.

La vocación eclesiástica de Agustín Rivera Sanromán no fue temprana. Cursó, primero, estudios de derecho civil, y tras perder la protección de su abuela, que ya lo imaginaba en las filas del liberalismo, se matriculó en la Academia de Derecho Teórico-Práctico de la

²¹ *Ibidem*.

²² El Dr. Dn. Agustín Rivera y Santromán. Biografía por el Académico de número Lic. Don Alfonso Toro. Bibliografía por el Académico de número D. Juan B. Aguirre, México, Talleres Linotipográficos de Revista de Revistas, 18917, 86 p. Los datos de su biografía proceden de esta obra, pp. 9 a 25.

Universidad de Guadalajara, para estar en posibilidad de optar por un título de abogado. Debe recordarse que sin esta práctica se podía ser licenciado o doctor en derecho, pero no abogado.²³

En el seno de la Academia, a los veintitrés años, dio lectura al texto que nos ocupa, el 11 de mayo de 1847.²⁴ Poco tiempo después de este acto de estatuto, realizado por así ordenarlo el artículo 8 del Plan que arreglaba los estudios de Teología y Jurisprudencia, de 9 de octubre de 1839,²⁵ de abogado se recibía Agustín Rivera, y casi simultáneamente abandonaba la práctica de la profesión para abrazar de lleno la carrera eclesiástica. El 23 de abril de 2848 recibió las sagradas órdenes del presbiterado. Para ese entonces ya profesaba cátedra en el seminario.

Su carrera eclesiástica y su vocación por la docencia marcharon juntas por un tiempo largo. En el primer terreno se desempeñó como cura y familiar interino del obispo de Guadalajara. Entretanto, como catedrático llegó a cobrar gran fama, y obtuvo en 1852 la cátedra y el doctorado en derecho civil.

En 1853 dejó su tierra de origen y pasó a vivir a México, aunque no por mucho tiempo. Para fines del año fue nombrado cura interino de Guadalajara y después primer promotor fiscal de la mitra de esta misma ciudad.

Corría el año de 1859 cuando, acusado de abrazar ideas liberales y conspirar contra el gobierno conservador antirreformista, se vio obligado a vender sus pertenencias para exiliarse voluntariamente a Europa. Sólo le fue posible llegar a Veracruz; enfermo, hubo de volver a México, y de ahí a Lagos. Por más de un lustro trabajó y estudió en pequeñas poblaciones o haciendas, en las cuales fungía como capellán. Sin embargo, en 1866, a pesar de su vida aparentemente tranquila, hubo

²³ *Vid. supra nota 6.*

²⁴ En la obra citada en nota 22 da cuenta Iguiniz de las ediciones de la Disertación, en los términos siguientes:

52A. Disertación sobre la Posesión, por D. Agustín Rivera, Cursante de la Academia de Derecho Teórico-Práctico de la Universidad Nacional de Guadalajara, leída en la misma Academia el dia 11 de mayo de 1847. México, 1855. Imprenta de José M. Lara, calle de la Palma No. 4.

En 40., de 31 págs. Se publicó por vez primera a solicitud del Lic. D. Crispiniano del Castillo, en *Variedades de Jurisprudencia*, México, 1847.

52B. Disertación sobre la Posesión, por D. Agustín Rivera, cursante de la Academia de Derecho Teórico-Práctico de la Universidad Nacional de Guadalajara, leída en la misma Academia el dia 11 de mayo de 1847. Reimpresa. San Juan. Tipografía de José Martín, 1872.

En 40., de 33 págs.

Esta última es la edición que tengo a la vista.

²⁵ *Vid. apartado II.*

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

167

de salir para Europa. La restauración de la República lo llevó a regresar a su Lagos natal, en 1868.

Ya no salió más de su país. Alternó su vocación docente y literaria con su carrera eclesiástica, y en ellas fue apreciado y respetado por sus conciudadanos. Al inaugurarse la Universidad Nacional fue nombrado doctor *Honoris Causa*. Entre 1868 y 1910 publicó una gran cantidad de obras, presidió asociaciones, fue declarado huésped distinguido de distintas ciudades y miembro honorario de varias corporaciones. Los propios miembros del Partido Liberal lo invitaron a pronunciar un discurso en Aguascalientes, en 1906.

El levantamiento de noviembre de 1910, y los hechos que de él se derivaron, llenaron de tristeza los últimos años de vida de Agustín Rivera, ya que perdió una "humilde pensión" que le había sido concedida, y atravesó por graves estrecheces pecuniarias, hasta su muerte, ocurrida el 6 de julio de 1816, poco tiempo antes de que se promulgara la Constitución de la República que había surgido al fragor de la Revolución mexicana.

Su obra fue muy amplia. Entre libros, folletos, opúsculos y artículos periodísticos, Iguíniz registra más de ciento cincuenta títulos.²⁶ A decir de este autor, Agustín Rivera tuvo un carácter contradictorio, ya que fue sacerdote católico y liberal. No es tan desacertada la opinión de Iguíniz, porque este tipo de personalidades proliferaron en las décadas anteriores a la Revolución de Ayutla, pero se hicieron menos frecuentes en los tiempos de la República Restaurada. Sin embargo, Agustín Rivera Sanromán se habría decidido por el liberalismo en la época previa a 1854. Por mi parte, me pregunto si no se trata más bien de un caso de pensamiento ilustrado tardío, que además, por la longevidad de Rivera, se prolonga a lo largo de toda la segunda mitad del siglo XIX. La revisión de los títulos de la obra del clérigo y escritor tapatio no parece indicar que tras el hábito se hallaba una personalidad con hondas convicciones liberales; pero sí, estos mismos títulos muestran a un ilustrado, lector de Benthan, Rousseau, Jovellanos, Feijoo, por un lado, y el derecho canónico, el romano, y la teología, por el otro.

IV. LA DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN²⁷

El trabajo sobre la posesión fue elaborado para ser leído en un acto

²⁶ Bibliografía citada en nota 22, pp. 27 a 84, y un apéndice de Manuel Aguirre Berlanga, en el que se incluyen otros treinta títulos. *Idem*, pp. 83 y 84.

²⁷ El ejemplar que tengo a la vista es el citado en nota 24, con la entrada 52F. Se localiza en el Fondo Lafraguá de la Biblioteca Nacional, LAF, 1942.

público, por el que Agustín Rivera tenía que demostrar a sus escuchas que conocía la teoría y la práctica del derecho. En el tema de la posesión, la teoría era necesariamente romana, enriquecida con la visión de Savigny sobre el particular, y la práctica debía reflejarse en su conocimiento de las peculiaridades locales de la defensa judicial de la posesión. Con el dominio de ambos planteamientos, Agustín Rivera debía mostrar que su paso por las aulas de la Academia no había sido infructuoso, sino que la disertación sobre la posesión es una pieza jurídica espléndida que muestra el profundo conocimiento que sobre la materia tenía su autor.

El trabajo está dividido en seis secciones, que en palabras de Rivera Sanromán son: de la naturaleza de la posesión; de sus especies; de cómo se adquiere; de cómo se retiene; de cómo se pierde y de sus efectos.

Cualquier estudiante de derecho sabe que el tema de la posesión, en el curso de derecho romano, es siempre complejo y espinoso. En palabras de algún distinguido jurista: "uno de los signos por los que el jurista se distingue de todo hombre, es la diferencia radical que establece entre propiedad y posesión". Otro, en sentido opuesto, opina que la difícil tarea de estudiar la posesión en las fuentes del derecho romano "ha atormentado a las sucesivas generaciones de juristas", sin llegar a conclusiones definitivas por falta de métodos críticos para hacerlo. Los romanistas contemporáneos tienen, pues, opiniones distintas sobre la importancia y el interés del estudio de la posesión, pero todos se dedican a analizarla pormenorizadamente.

Rivera, en su tiempo, se ocupó en el estudio de la posesión, inclinándose abiertamente por las explicaciones que sobre el particular expresó en 1804 Federico Carlos von Savigny.²⁸ Sigue la versión francesa de la obra, realizada en 1840, o quizás antes.

En la sección primera se ocupa en exponer la naturaleza de la posesión, distinguiendo las leyes romanas de las leyes españolas. Las primeras —dice— dividen a la posesión en natural y civil; en tanto que las segundas, en verdadera y no verdadera. En esta sección deja sentado que la posesión, propiamente dicha, requiere —siguiendo a Savigny— el *corpus* y el *animus*, y que este último no puede ser unilateral, sino pactado.

Sobre si la posesión es un hecho o un derecho, sigue a Heineccio,

²⁸ Friedrich Karl von Savigny, *Reclits des Besitzes*, 1804. Es evidente la influencia de este autor; sin embargo, las citas son a la edición francesa, probablemente de 1840. No dispongo de datos para proporcionar la fecha de la primera traducción francesa.

Antonio Gómez y Savigny, en el sentido de que la posesión es un hecho, con consecuencias jurídicas. En esta perspectiva es un derecho. Considera a la posesión como un derecho *in re*, absoluto, restringido por el uso y el modo. Así pues, para este autor, la posesión es un derecho *in re* que consiste en usar absoluta y exclusivamente una cosa corporal. Todo esto, respecto de la posesión civil, que es la posesión propiamente dicha, ya que la natural es detención.

Pasa a enlistar las especies de posesión, que —a su juicio— son veinte:

1. La del propietario
2. La del enfiteuta
3. La del poseedor, *ad usucaptionem* (después del año y el dia)
4. La del asentado, un mes respecto de cosas o muebles y dos de cosas raíces
5. La del incapaz de poseer
6. La del ladrón
7. La del poseedor *ad usucaptionem* (antes del año y 1 día)
8. La del asentado, antes del término legal señalado en 4
9. La del propietario
10. La del acreedor pignoraticio
11. La del mandatario
12. La del *negotiorum gestor*
13. La del comodatario
14. La del precario
15. La del arrendatario
16. La del socio en las cosas de su consocio
17. La del que tiene una servidumbre real positiva
18. La del usufructuario
19. La del usuario
20. La del habitador

Congruente con lo que se explica a lo largo de la sección primera, afirma que sólo las cuatro primeras son posesión civil, y el resto, dice, solamente natural.

En la sección segunda pasa a ejemplificar todas las especies de posesión enunciadas en la primera sección. Salvo la del precario, de la que no encuentra sino legislación romana y canónica, las otras diecinueve especies de posesión civil y natural están explicadas sobre la base de la legislación española, fundamentalmente leyes de *Partidas* y, en menor medida, *Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá* y *Leyes del Estilo*.

Respecto de la posesión natural, afirma que se subdivide de diversas formas. Por el uso, en simple y cualificada; por el ánimo, en nombre propio y nombre ajeno; por el título, en viciosa y no viciosa; por la buena o mala fe, justamente en, de buena y de mala fe.

En la tercera sección se ocupa de la adquisición de la posesión, civil en primer lugar, y luego, la tenencia o natural. En primer término refiere la necesidad de que estén presentes el cuerpo y el ánimo. Por lo demás, señala que son necesarias seis circunstancias para adquirir la posesión: a) capacidad de la persona para poseer; b) capacidad en la cosa para ser poseída; c) buena fe; d) ánimo de adquirir la posesión absoluta y exclusiva; e) título traslativo de posesión —dice— y no de dominio; f) aprehensión material.

En todos los casos exemplifica con leyes sacadas de la legislación española, fundamentalmente de *Partidas*.

Respecto de la tenencia, afirma que para adquirirla basta la ocupación.

En la sección cuarta explica cómo se retiene la posesión. A saber: con el ánimo, la civil, y con la ocupación, la tenencia.

En la sección quinta expone los modos de perder la posesión. A su juicio, se pierde de un modo contrario al que se adquiere. Así, si la posesión civil se obtuvo por el ánimo y el cuerpo, se pierde por un acto espiritual y un acto corporal, contrarios. A saber, por tradición y por abandono.

En el caso de la tenencia, explica que se pierde cuando se hace imposible la ocupación de la cosa. Cita cuatro casos: a) pérdida de la cosa mueble; b) inundación de la cosa raíz; c) cuando la cosa es ocupada por otro; y d) por hurto o robo.

Sus ejemplos, en casi todos los casos, provienen de la legislación española.

Por último, en la sección sexta se ocupa de los efectos de la posesión, los cuales cataloga de la siguiente manera: a) hacer al poseedor de una condición muy favorecida; b) hacer posible la percepción de los frutos; c) derecho de repeler al injusto invasor y el de expeler al injusto poseedor; d) los interdictos, y e) la usucapión.

Todos y cada uno de estos efectos son analizados por Rivera con detenimiento; pero los interdictos lo son, con prolíjidad. Jorge Adame ha estudiado la evolución de los interdictos posesorios de México,²⁹

²⁹ Jorge Adame Goddard, "Evolución de los interdictos posesorios en México durante la primera mitad del siglo XIX". *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 483-492.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

171

y señala que en esta cuestión pueden encontrarse peculiaridades derivadas del contexto sociopolítico novohispano, y mexicano.

Quizá un estudio minucioso sobre otras cuestiones arrojará resultados semejantes. La reedición de las obras doctrinarias del pasado jurídico mexicano hará posible un conocimiento más pormenorizado de nuestras instituciones.

Antes de poner punto final a esta nota introductoria conviene añadir algo sobre las fuentes que utiliza Rivera en la Disertación sobre la posesión. A partir de las notas de pie de página no se pueden averiguar todos los datos de la bibliografía; esto es común en los textos jurídicos de esta época, y de épocas anteriores. Quedaron, pues, algunas incógnitas, pero el lector dispondrá de la mayor parte de los títulos citados. Conviene señalar que no en todos los casos doy el pie de imprenta de la edición príncipe, ya que me he valido incluso de ediciones recientes para identificar las citas. En primer lugar se da el indicador que Rivera proporciona, y luego se adicionan los datos completos de la obra.

DOCTRINA

1. Álvarez, tom. 3o. edic. de Nueva York de 1827.
Álvarez, José Ma., *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias, por el Dr. D...., Catedrático de Instituciones de Justiniano de la Universidad de Guatemala. Segunda edición de la obra. Adicionada, aumentada, revisada y corregida.* 4 vols., Nueva York, en Casa de Lanusa, Mendoza y C. Impresores libreros, 1827.
2. Anotador de las Recitaciones de Heineccio, Edit. París, 1837. Puede tratarse de la primera edición de: Heineccio, Jo. Gottlieb, *Recitaciones del Derecho civil según el orden de la Instituta*, traducción de Vicente Salvá, 2a. ed., París, Librería de don Vicente Salvá, 1847-1849. [El primer traductor fue Luis de Collantes, Salvá la revisó y la adicionó.]
3. Bacon, aforismos. Bacon, Francis, *The works of.... lord Chancellor of England. A new edition by Basil Montagu, Esq.* XVI vols. London, William Pickering, 1828. Aforismos en: Liber Octavus. Exemplum tractatus de justitia universalis sire de fontibus iuris, in uno titulo, per aphorismos.
4. Berardi, Carlo Sebastiano, *Commentaria in ius ecclesiasticum universum*, 4 vols. Matriti, ex. tip. Antoni i de Sancha, 1780. Hay una edición decimonónica hecha en México en: S. Gregori, 18[s.a.]
5. Escriche, Joaquín, *Diccionario*, 2a. ed., México, Galván a cargo

de M. Arévalo, 1834; otra edición se publicó por Librería de Galván de 1842.

6. Gómez, Antonio, *Ad Leges Tauri commentarius*, Lugduni, Sumpt. Antonii Servant, 1733; o bien, *Opus paeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, Salmanticae, Apud Joannem et Andrea, Renaud, 1598. Había una edición española desde antes de 1795. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro....* Escrito por Pedro Nolasco de Llano, 3a. impresión, nuevamente corregida, Madrid, Imp. Real, 1795.
7. González, Comentarios. Puede tratarse de: González Téllez Emmanuel, *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregori IX*, Lugduni, Joanes Posuel, 1715.
8. Heineccio, Elem. Iur. Civ. secundum ordin. Pandect. *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionem*, en Jo. Gottlieb Heinecci, Iure cons. Quondam Celeb. ac., Consil S. Reg. Mai. Borussiae intimi. *Opera Omnia*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1771.
9. Heineccio, Recitaciones. *Recitaciones in illa Elementa*, o bien, *Recitaciones in elementa iuris civilis*, en el mismo compendio citado en nota 8.
10. Murillo, De caus. poss. et. prop. Parece tratarse de: Murillo Velarde, Pedro. *Cursus iuris canonici hispani et indicij*, 2 vols. Matriti, Ex-Typ. Emmanuelis Fernández, 1743, y no de la muy conocida *Práctica de Estamentos*, México, Imp. del Nuevo Rezado de los herederos de Doña María de Rivera, 1755.
11. Pérez, Diego, Glosa a la lei 4 del Fuero Real. Pérez de Salamanca, Didacus, *Commentaria in quator priores libros ordinationum Regni Castellae*, Salmanticae, In aedibus Antoniane Ramírez viduae, 1609.
12. Savigny, Traité de la Posession. Savigny, Karl Freidrich von Savigny, *Rechts des Besitzes*, 1804. Como se ve, cita la traducción francesa, que bien puede ser: *La posesion*, trad. Vaving, Avocat, Bruxelles, 1840. Hubo otra traducción francesa, revisada por Vallette, de 1841.
13. Seijas Lozano, Manuel, de *Teoría de las instituciones judiciales, con proyectos formulados de códigos aplicables a España*, Madrid, señora viuda de Calleja e hijos, 1841-1842.
14. Wattel, Vattel, M. de, *Derecho de gentes o principios de la Ley natural*. Traducido por D. Lucas Miguel Otarena, 3 vols. Madrid,

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

173

- por Ibarra, Imp., 1822. (*Droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, título original).
15. Vinnio, Comentarios a las Instituciones. Vinnius, Arnoldus *Institutionum imperialum commentarius*, 1642. En edición española, traducción de Danvila, Madrid, 1799.

Estas son las citas de doctrina jurídica. Como se puede apreciar, se trata de textos de amplia difusión, cuyas reediciones eran anotadas y revisadas por distintos autores. No se puede saber exactamente qué edición manejó en la Universidad de Guadalajara. Traté de poner una del texto en su lengua original, y otra en español, cuando la había y era anterior a 1847.

De la compilación justiniana, sus citas son mayoritariamente al *Digesto* y alguna que otra a *Codex e Instituciones*. Del derecho canónico cita el *Decreto* de Graciano, a través de Berardi, las *Decretales* de Alejandro, Celestino III e Inocencio III. Hay varias citas a *Regula iuris* del liber Sextus de Bonifacio VIII. Cita también el *Canon Redintegranda*, que fue recibido en "todas las legislaciones".

De la legislación española sus citas más numerosas son a las *Partidas*. Sólo algunas veces se cita el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo*, el *Fuero Real*, el *Ordenamiento de Alcalá* y las *Leyes del Estilo*. La proporción de citas de legislación española que no sea *Partidas* es mínima. Hay también algunas citas de la *Novísima Recopilación*, y una a la ley de 9 de octubre de 1812 de arreglo de tribunales, expedida por las Cortes de Cádiz. De la Nueva España sólo cita un *Auto Acordado*, recogido por Ventura Beleña.

Es todo lo que puedo decir, por ahora, de la Disertación que se pone nuevamente en manos del estudioso de la historia del derecho mexicano. Espero que estas notas hayan despertado interés y curiosidad por conocer con mayor amplitud otros temas de la literatura jurídica mexicana del siglo XIX.

Ma. del Refugio GONZÁLEZ

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN, por *D. Agustín Rivera*,
Cursante de la Academia de Derecho Teórico-Práctico de la Universidad Nacional de Guadalajara, leída en la misma Academia el día 11 de Mayo de 1847.

Al hablar de la posesión he creido conveniente dividir mi trabajo en seis secciones: la primera tratará de la naturaleza de la posesión; la segunda, de sus especies; la tercera, de cómo se adquiere; la cuarta, de cómo se retiene; la quinta, de cómo se pierde; y la sexta, de sus efectos.

SECCIÓN 1a.

Posesión, en su sentido más extenso, es la ocupación de una cosa corporal. Se divide en civil y natural según las leyes romanas, y verdadera y no verdadera, según el lenguaje de las españolas. La posesión civil o propiamente dicha, se define; un derecho *in re* que consiste en usar absoluta y exclusivamente de una cosa corporal.¹

En materia de posesión se observan constantemente cuatro principios que es necesario fijar antes. (Primero.) La posesión va ordinariamente acompañada de la propiedad: *Proprietas a Possessione separare non licet*; pero (segundo) sin confundirse una con otra: *Proprietas cum possessione misceri non debet*, pues (tercero) la propiedad nada tiene de común con la posesión: *Proprietas nihil commune habet cum possessione*. Dije ordinariamente, porque (cuarto) hay casos en que la propiedad está separada de la posesión: *Fieri potest ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit*.

Al consultar los códigos romanos, se observa bastante división entre los jurisconsultos de las diversas escuelas,obre la naturaleza de la

¹ Ningún autor ha definido tan exactamente la posesión como Antonio Gómez (in leg. 45 Taur. 17), diciendo que es: *Ius insistendi rei non prohibite posideri*, pues la posesión no debe tener más objeto que la ocupación, si es que no se quieren confundir los tres objetos del dominio: ocupación, uso y disposición; mas en las legislaciones romana, canónica y española, se han confundido completamente el derecho de usar y la posesión, o el derecho de ocupar. El dominio útil o usable no es más que la posesión. También es exacta la definición que apunta Vinnio cuando, comentando el § 3 de las *Instituciones de usucaptionibus et longi temporis praescriptionibus*, dice: *Verbum potestatis in proposito possessionem significat et potestatem habendi tenedique*.

posesión, asegurando unos que es un hecho: *hem facti non iuris esse*, y otros que es un derecho: *non tantum corporis, sed et iuris esse*. Heinicio,² Antonio Gómez³ y después de ellos Savigny⁴ han conciliado ambas opiniones diciendo, que si se considera la posesión en su raíz, en su fundamento que es la *ocupación material*, ella es un hecho; pero si se atiende al efecto que produce esta ocupación acompañada de las circunstancias legales, es un derecho: explicación satisfactoria, en mi concepto, pues no de otra manera nacen y se forman el dominio, la servidumbre, la herencia y todos los demás derechos particulares, cuyo conjunto constituye el derecho civil privado: todos están fundados en actos puramente humanos; pero que acompañados de las circunstancias prevenidas por las leyes, pasan a ser legales y productivos de un derecho, es decir, de una facultad de obrar lícitamente de esta o de aquella manera: *Ius ex facto oritur*. Pedro, v. g., hace su testamento delante de dos testigos, instituyendo por heredero a Juan: el acto de aquél, aunque real y positivo en el orden común, es ante la ley como si no existiese, y por consiguiente no le produce a Juan ningún derecho; pero si siete testigos asisten a la declaración de Pedro, esta circunstancia legal viene a sacar el hecho de la esfera de dudosos, haciéndolo cierto y efectivo, y por lo mismo productivo del derecho de herencia. Tal sucede en la posesión: de manera que si uno ocupa simplemente una cosa, su ocupación es un puro hecho momentáneo, que acaba cuando acaba la misma posesión, sin dejar efecto alguno después de ella; pero si uno ocupa una cosa creyendo que aquél de quien la recibe es su verdadero dueño o poseedor, teniendo ánimo de adquirirla para sí y mediando entre ambos una causa regítmica de posesión, todas estas circunstancias hacen que aquella ocupación, que no era en sí sino un acto humano, y tal vez un acto instintivo, sea un acto legal y produzca necesariamente una cosa diferente del simple hecho, una cosa espiritual que lleva el hombre donde quiera que vaya, una facultad que conserva en todo tiempo, en suma, el derecho de usar absoluta y exclusivamente de la cosa. La posesión es, pues un derecho.

¿Pero a cuál de las dos especies conocidas pertenece? Si ha habido grande diversidad entre los jurisconsultos sobre si la posesión es un hecho o un derecho, los que han opinado de este último modo han convenido unánimemente en que es un derecho *in re*. En efecto: dos son las diferencias que hay entre el derecho *in re* y el *ad rem*: 1a., el dere-

² *Elem. Iur. Civ. secundum ordin. Pandect.*

³ *Possessio... postquam est aequisita formata et producta in esse, est ius intellectuale, indivisible, non factum.*

⁴ *Traité de la Possession*, part. , 1. 1.^o

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

177

cho *in re* tiene por objeto primero e inmediato una cosa, y por secundario una persona que alega un derecho sobre la cosa; y el *ad rem* tiene por objeto principal una persona, y por secundario una cosa que la persona tiene que dar o hacer. 2a. Del derecho *in re* nace acción contra cualquier poseedor, y del *ad rem* sólo contra la persona obligada. Es así que: primero, la posesión afecta inmediatamente a la cosa sin referencia a persona determinada, pues es el derecho de usar absoluta y exclusivamente de una cosa; y segundo, de la posesión nace acción contra cualquier poseedor, según se estableció en el famoso canon *Redintegranda*, recibido después por todas las *legislaciones*, según se infiere de las leyes 5a. y 6a. de la Nov. Recop, y claramente se ve en la ley 27, tit. 2o., part. 3a, que dice: "Tenencia ó señorío queriendo demandar un ome á otro en juicio en razon de alguna cosa, débela pedir á aquel que la fallare." Luego no hay duda que la posesión es un derecho *in re*.⁵

Dije en tercer lugar que la posesión es un derecho *absoluto*, y esta cualidad es precisamente el carácter de la posesión civil, y el punto neto de división entre ella y la natural; lo que es tanto más digno de atención, cuanto es grande la dificultad de marcar los límites que separan a una de otra. Desde la ocupación material, como es la del que dormido se siente en una silla, y todavía más, desde la ocupación que se hace, no sólo sin intención, sino con una voluntad positivamente contraria, como sucede en el que al caer se ase de una ascue, hasta la posesión del propietario, que es el tipo y origen de todas las demás, hay una escala dilatada en que están contenidas veinte y quizá más especies de posesión, cada una de las que al mismo tiempo que tiene sus semejanzas con las otras, en cuanto que es como ellas una ocupación, ya simple, ya más o menos modificada, tiene también sus diferencias que le dan una forma peculiar y propia.

La lógica enseña que todo objeto, sea del orden físico o del moral, tiene cualidades comunes y cualidades propias, y por lo mismo al examinarlo debe notarse primero aquellas cualidades que le son comunes con la mayoría de los objetos para hallar su género: que sabido éste, busquemos aquellas cualidades en que conviene con una porción más reducida de objetos, y entonces encontraremos su clase; que después averigüemos las cualidades que le constituyen en un círculo todavía más estrecho, y ésta será su especie; en fin, que las cualidades restantes, que son las verdaderamente propias, nos presentarán el objeto

⁵ Vinio, lib. II, tit. 1. de der. divis. etc. coment. de rebus singulorum dice: *Iura in rem* hace sunt: dominium, ususfructus, iura praediorum, ius possessionis, pignus sive hypotheca.

deseado como un individuo, es decir, como un ser que no puede confundirse con otro alguno. Aplicando ahora estas reglas a la posesión, observamos en ella desde luego una cosa de común, que es, como dije antes, la ocupación material, pues ella se encuentra en toda detención, cualquiera que sea la cosa poseída, o la persona que posea, o el modo, lugar o tiempo en que posea: sabemos, pues ya, cuál es el género de la posesión; pero, ¿cómo clasificarla? La ley sólo me dice que son casi infinitas las maneras de posesión: *Unum genus est possidendi, species infinitae.*⁶ Es verdad que las leyes romanas y españolas dividen la posesión en civil y natural, y los autores dan siempre por sentada esta división; pero ni aquéllas establecen qué actos de ocupación pertenecen a la clase de posesión civil, y cuáles a la natural, sino que antes hablan algunos de ellos con bastante confusión; ni éstos explican perfectamente su clasificación. Así pues, de tantas cualidades diversas que concurren en la posesión, ¿cuál será aquélla que sólo convenga a la civil, y que por lo mismo señale la distinción entre ella y la natural? ¿Será el uso de la cosa, de manera que posesión natural sea la simple detención de la cosa, como es la que tiene el depositario, y posesión civil sea la detención con algún uso, como la del comodatario? No, porque puntualmente el comodato es declarado posesión natural, así por las leyes romanas como por las canónicas y patrias. ¿Será acaso la buena fe? Tampoco, porque el poseedor *ad usucaptionem* antes de que pase el año y el día, no es sino un poseedor natural, aun cuando tenga buena fe, porque lo mismo sucede en el asentado antes que trascurra el término legal. ¿Será tal vez el ánimo de poseer la cosa para sí y digamos que posesión civil es la que se tiene en nombre propio, y posesión natural la que se tiene en nombre ajeno? De ninguna manera, porque vemos que el ladrón, el raptor y el usurpador ocupan la cosa con ánimo de poseerla para sí, y sin embargo, estos tales no son sino meros detentadores. ¿Creeremos, pues, que el título traslativo de posesión es la cualidad que distingue a una de otra? Tampoco puede decirse esto, porque el poseedor *ad usucaptionem*, y lo mismo el asentado, aunque tenga título justo, si no tiene buena fe, o no ha corrido el término legal, no poseen sino temporalmente. Por último, ni la misma cualidad de exclusiva, que quiere Savigny sea el carácter distintivo de la posesión,⁷ puede decirse que lo sea. Lo primero, porque el acreedor pignoraticio no es más que un simple tenedor; y sin embargo, tiene una posesión tan exclusiva, que puede apartar de la cosa aún al mismo dueño, el que puede únicamente usucapir la cosa empeñada, no reclamándola al acre-

⁶ L. 3. 21 D. de aqq. vel ammit.

⁷ Traité de la Possession, part. I. , 1.^o

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

179

dor en cuarenta años. *Qui pignore dedit ad usucaptionem tantum possidet, quod ad reliquias omnes causas, qui accepit possidet.* Lo segundo, porque tan exclusiva como la del acreedor pignoraticio es la del ladrón, raptor y usurpador, pues las leyes le conceden el derecho de repulsión, el de expulsión, el interdicto *retinendae possessionis*, y el interdicto *re recuperandae*, por cuyos actos se manifiesta la posesión exclusiva. En los cánones se ve establecido este principio: *Praedo est secundum rigorem iuris restituendus.* Y de las leyes 18. tit. 10 part. 7a. y 5 y 6 tit. 13, 1, 4o. de la Nov. Rec. se infiere que puede excluir al mismo dueño de la posesión de la cosa. Y no está menos constantemente establecido que el injusto poseedor es un simple tenedor. El mismo Savigny, al propio tiempo que declara que el ladrón, el raptor y el usurpador son unos poseedores naturales, confiesa que tienen una posesión exclusiva.⁸ Mas ¿cómo conciliar estas dos cosas sino diciendo que la cualidad de exclusiva no puede considerarse como distintivo de la posesión civil? ¿Se dirá que estos son casos excepcionales que de ninguna manera destruyen, sino que dejan en pie la regla general? Yo confieso que la excepción no sólo deja en pie, sino que confirma la regla: *exceptio firmat regulam in contrarium;* pero confieso al mismo tiempo que tratándose de divisiones, los objetos divididos, en aquello que están divididos, no deben tener ningún punto de contacto, y en teniendo alguno, ya no hay división sino confusión. Pudiera deducirse un argumento contra esta doctrina de la ley 17, tit. 31, Part. 3a. diciéndose: la posesión de una cosa que está en el comercio humano, precisamente ha de pertenecer a alguno; es así que la posesión de una cosa hurtada, robada o forzada no pertenece a su antiguo dueño, puesto que la pierde según la ley citada: luego pertenece al ladrón, raptor o usurpador. Tal es el fundamento en que se apoyan algunos autores, por otra parte respetables, para creer que el injusto poseedor es un poseedor civil: fundamento muy débil en mi concepto, pues en dichas leyes no se habla más que de *tenencia*, por la que se entiende la posesión natural, la cual siendo una cosa de hecho, precisamente se pierde por la ocupación; pero de ninguna manera la civil, que es una cosa espiritual, como decía antes, y que se conserva con el solo ánimo. Concuérdate, además, el derecho con el derecho, y resultará evidente que el ladrón, el raptor y el usurpador no tienen la posesión civil, pues la ley 19, tit. 30, Part. 3a. dice: "Seyendo algun ome apoderado de casa ó de heredamiento ó de otra cosa cualquier... por que él la entrára por fuerza o la robara, como quier que él sea tenedor, non ha por ende la verdadera possession." Y aun cuando no tuviéramos una

⁸ Así se deduce de su tabla, Traite, etc.

ley tan terminante, si es cierto que se puede alegar la razón a falta de derecho escrito,⁹ la razón nos convencerá de que un derecho, cual es la posesión civil, nunca puede perderse por la fuerza, porque considerada esta materia bajo otro punto de vista ¿no es eminentemente antisocial el que un ciudadano pierda sus derechos por la violencia de otro? En el estado natural, el hombre, aunque dotado de una plena libertad, y con un derecho también absoluto de poseer la tierra para sacar de ella el sustento necesario a su conservación, no tendría medios eficaces para hacer efectivos estos derechos, pues no contando más que con su fuerza individual, se vería precisado a cada paso a ceder a la violencia del más fuerte, viniendo así a ser ilusorios todos sus derechos; y esta es la razón por que los hombres se reunieron en sociedad, para afianzar sus derechos naturales, sustituyendo en sociedad, para afianzar sus derechos naturales, sustituyendo la voluntad general a la voluntad privada, y el poder público a la fuerza individual. No hay, pues, en el estado social otro poder legítimo que el de la ley, que es la expresión de la voluntad general: de ella únicamente dimanan todos los derechos y todas las obligaciones del ciudadano, y en consecuencia, la violencia no puede producir derecho alguno, puesto que la justicia y la injusticia no pueden nacer de la misma fuente: *Injuria neutiquam debet nasci unde jura nascentur.*¹⁰ Luego la doctrina que asegura que el derecho de posesión puede adquirirse y perderse por violencia, santifica el derecho del más fuerte, erige en ley la fuerza material, y sobre estar condenada en nuestras leyes, ofende directamente el principal de los derechos sociales, que es la seguridad.¹¹ Luego no es la cualidad de exclusiva la que constituye a la posesión civil.

Hablando Justiniano en las *Instituciones*¹² de la posesión del usufructuario, dice que está restringida por el modo y por el tiempo y en consecuencia, que se pierde traspasando estos límites: *non utendo per modum et tempus.* Ningún autor ha hecho mérito de esta doctrina asentada por Justiniano en materia extraña; pero sin embargo, ella parece la única que puede servir de regla para marcar los límites entre la posesión civil y la natural, pues observándose constantemente en todas las posesiones civiles un uso absoluto y libre, y al mismo tiempo que en todas las posesiones naturales, o no hay uso alguno, como en el depósito, o si le hay, es muy restringido, ya por razón del modo, como

⁹ L. 7 ff. de bonn *damnat.*

¹⁰ Cap. 17. X. De *Acüssationibus.*

¹¹ "La seguridad, dice Seijas Lozano, es un derecho cardinal que abraza todos los otros, los que bien examinados son derivaciones de él" (Teoría del Procedimiento, c. 8).

¹² 3.º de *Usufructu.*

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

181

en el comodato, ya por razón del *tiempo*, como en el precario, es necesario concluir que el *uso absoluto* es lo que distingue a la posesión civil. Esto se conocerá mejor analizando las diversas especies de posesión y aplicando esta regla a cada una.

Veinte son las especies de posesión de que se hace mención en el derecho, y son las que siguen: 1a. La del propietario, quien percibe todos los frutos que produce su cosa. 2a. La del enfiteuta, quien percibe también todos los frutos que produce la cosa, aún los extraordinarios, de manera que el tesoro hallado en el predio enfítetico, no pertenece al señor del dominio directo, sino al enfiteuta.¹³ 3a. La del poseedor *ad usucaptionem*, después del año y el día, quien, según el rigoroso derecho civil, hace suyos todos los frutos mientras permanece en la buena fe. Este principio se ve consignado en el derecho romano nuevo, allí: *de fructibus consumptis agere non potest*; ¹⁴ mas el rey D. Alonso el Sabio, conociendo que es necesario templar muchas veces el rigor del derecho por medio de la equidad,¹⁵ y que ésta exige que uno no se enriquezca sin trabajo y con perjuicio de otro,¹⁶ estableció en la ley 39, tit. 28, Part. 3, que el poseedor de buena fe restituya los frutos *naturales consumidos*. Esta misma razón de equidad estaba establecida en el derecho romano antiguo, según consta por la ley 45, FF. de *Usutis*, y esto también es lo que indica Paulo cuando escribe: *Quod ad Fructus attinet, bona Fidei emptor loco domini pene est*.¹⁷ Repugna igualmente al rigoroso derecho civil, que el poseedor *ad usucaptionem* haga suyos algunos frutos antes que haya ganado la posesión, así como ningunos hace suyos el asentado, antes que transcurran el mes o dos meses de la ley cuya posesión es idéntica a la del poseedor *ad usucaptionem* antes del año y el día; pero por la misma ley de equidad, justamente observada por el autor de las Partidas, el tenedor de buena fe hace suyos los frutos industriales consumidos: ley de equidad que está consignada en esta regla de derecho: *Bona fides tantum possidenti praestat quantum veritas, quoties lex impedimento non est*.¹⁸ La 4a. especie de posesión es la del asentado, después que ha pasado un mes, si se trata de una cosa mueble, y dos, tratándose de una cosa raíz, y éste hace suyos todos los frutos, si su título es verdadero, y sólo los industriales consumidos, si es colorado. La 5a. es la del incapaz de poseer,

¹³ Alvarez, tom. 3º edic. de Nueva York de 1827, p. 154.

¹⁴ 35 Inst. de Aquir rer. domin.

¹⁵ Cap. 3º De Sententia rei. judic. in 6.

¹⁶ Cap. 48 de Reg. iur. in 6.

¹⁷ L. 48, ff. De Aqq. rer. domin.

¹⁸ L. 36 ff., De Reg. iur.

la que no es más que una ocupación material. La 6a. es la del ladrón, raptor o usurpador (y ya se entiende que ladrón es el que toma ocultamente una cosa mueble contra la voluntad de su dueño; raptor, el que la toma violentamente, y usurpador, el que invade furtiva o violentamente una cosa raíz), y este poseedor, de que ya hemos hablado lo bastante, aunque perciba todos los frutos, pero como tiene que resistirlos, y además los que pudiera haber percibido con una mediana diligencia, con los daños y perjuicios, es lo mismo que si no percibiera ningunos, según la regla que dice: *Non videtur quisquam id capere, quod necesse est alii restituere.*¹⁹ La 7a. es la del poseedor *ad usucaptionem* antes del año y el día, el que como hemos dicho, no debía ganar ningunos frutos, mas por equidad se le conceden los industriales consumidos. La 8a. es la del asentado, antes del término legal, quien, aunque está obligado a percibir y guardar los frutos, éstos son para el dueño, si comparece antes del dicho término. La 9a. es la del depositario, quien no puede usar de la cosa de ninguna manera. La 10a. es la del acreedor pignoraticio, el que tampoco puede usar de la cosa empeñada. La 11a. es la del mandatario, quien aunque percibe todos los frutos, todos son para el mandante. La 12a. es la del *negotiorum gestor*, o administrador, quien también percibe todos los frutos para el dueño de la cosa. La 13a. es la del comodatario, quien puede usar de la cosa, pero no con libertad, sino de *cierto modo* solamente, como lo manifiesta la misma definición de comodato: *Commodare est rem alicui certo modo utendam dare.* La 14a. es la del precario, la que está restringida así por razón del *modo*, pues él no percibe los frutos extraordinarios, como principalmente por razón del *tiempo*, pues está obligado a dar la cosa al dueño en cualquier tiempo que se la pida. La 15a. es la del arrendatario, quien ni posee los frutos extraordinarios, ni posee siempre, sino sólo mientras dure el arrendamiento. La 16a. es la del socio en las cosas de su consocio, la que está limitada así en el modo como en el tiempo, según el convenio celebrado. La 17a. es la del que tiene a su favor una servidumbre real positiva, quien no puede usar del predio sirviente sino de un modo muy determinado. La 18a. es la del usufructuario, quien no percibe los frutos extraordinarios. La 19a. es la del usuario, quien no percibe más que los frutos necesarios para sus alimentos y los de su familia. La 20a. es la del habitador, quien no puede usar sino de las piezas habitables.

Resulta, pues, claramente de la enumeración de las diversas pose-

¹⁹ L. 51 ff., De Reg. iur.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

183

siones que se reconocen en las leyes, que unas consisten en el uso enteramente libre y absoluto de la cosa, y éstas son las cuatro primeras, y otras, o en una simple detención o en un uso limitado, y éstas son todas las demás, y por lo mismo, que aquella circunstancia, que es la que se observa más prominente, por explicarme así ,después de haber analizado la posesión en sus variadas especies, es la que se puede tomar con más acierto como distintivo de la posesión civil. De todo lo expuesto se deduce que la posesión es un derecho *absoluto*.

Dije, en fin, que la posesión es un derecho *exclusivo*, cualidad que se infiere necesariamente del derecho de seguridad de que hablé antes. En efecto: antes de toda ley civil ya el hombre tenía un derecho inconcuso en lo que sus pies habían ocupado y sus manos cultivado o fabricado, y la caza y la pesca eran un título justo de posesión; pero posesión momentánea y efímera que no duraba sino mientras el poseedor podía defender sus cosas a mano armada, y hasta que la violencia del más fuerte arrebataba el trabajo del más débil; mas desde que las familias llevadas del instinto de su conservación se reunieron en tribus; desde que las tribus o gentes allegándose unas a otras formaron un cuerpo de nación bajo la autoridad de un jefe, sometiendo cada uno su voluntad a la voluntad de éste, la que en consecuencia vino a ser la ley de todas las tribus, el derecho de las gentes (*iustitia gentium*),²⁰ el orden se introdujo en todas partes, la nación fue dividida en clases, los dominios fueron señalados y distinguidos, fueron marcados los límites de los campos, los edificios levantados y puestos en orden, la instrucción pública, la industria y el comercio establecidos, y en fin, fue organizada la sociedad civil.²¹ Así fue como las posesiones que antes de toda organización social eran comunes de hecho, fueron divididas y afianzadas por el derecho civil: pensamiento que expresó el sabio autor del cán. 10., dist. 8a. (San Agustín) cuando dijo: *Lex naturae omnia communia fecit, sed iure humano facta est divisio.* Divididas las propiedades, el derecho de exclusión quedó establecido por el mismo hecho, y desde entonces el hombre no pudo extender la mano para aprovecharse de los frutos de otro, ni el vecino traspasar los límites del vecino contra su voluntad, y si antes, cuando la fuerza ciega era el único derecho, la defensa consistía en repeler la fuerza con la fuerza; después, que el poder público debe moderarlo todo, la defensa no se explica sino invocando este poder público, a no ser que lo angustiado de las circunstancias haga imposible esta queja.

²⁰ No en el sentido que se toma por Wattel y los demás autores modernos, sino en su antigua acepción, en la que lo usan los teólogos y juristas hasta el siglo XVIII.

²¹ L. 5,ff. tit. 1.^o, I. L.^o

Este llamamiento a la autoridad hecho por el que era perturbado en la posesión de su cosa o por el que había sido despojado de ella, fue reglamentado por el legislador, como todos los demás actos externos del ciudadano y recibió una forma determinada: entre los romanos se llamó *interdicto*, porque el mandamiento del juez tenía por objeto fijar de pronto un hecho que era indispensable para entrar en el debate principal: después ha sufrido diversas modificaciones según los tiempos, como luego lo manifestaremos. Por lo demás, estas sencillas reflexiones bastan por ahora para probar que la posesión, como todo derecho perfecto, ha de ser necesariamente exclusiva.

Creo por lo mismo haber definido con exactitud la posesión civil diciendo que es *un derecho in re que consiste en usar absoluta y exclusivamente de una cosa corporal*: definición en mi concepto clara, porque así las palabras de que se compone tomadas aisladamente, como su combinación, son de fácil inteligencia, breve, pues más no puede serlo; que consta de género, el que se expresa con la palabra derecho, por el que conviene la posesión con todos los derechos; que consta de lo que se llama en la escuela *diferencia maxime propia*, que se expresa con las palabras "de usar absoluta y exclusivamente"; que conviene a todo el definido, porque es aplicable a todas las especies de posesión civil, y no conviene más que a él, puesto que no puede aplicarse a ninguna de las posesiones naturales.

Esta definición conviene en el fondo con la de la ley de Partida: "Tenencia derecha que ome ha en las cosa.s corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento"; sin embargo, creo que esta última no carece de vicio, pues en ella se confunden el *hecho* de adquirir la posesión, que es la ocupación sin ánimo, título y buena fe, con la posesión misma, que es *derecho* que resulta de la ocupación. Así lo asienta Antonio Gómez cuando hablando de dicha definición, dice: *Certé illa non est definitio possessionis productae in esse et iam formatae, sed cum est in fieri, et in esse producitur, et illa non est possessio ut statim dicam.²²*

SECCIÓN 2a.

Al probar que la posesión es un derecho absoluto, anuncié las diversas especies de posesión civil y natural. Cuatro, dije, son las especies de posesión civil: 1a. la del propietario, pues este puede disponer y usar de su cosa, sin más restricción que la ley, como lo manifiesta

²² Anton. Gom., in leg. 45 Taur. 17.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

185

la misma definición de propiedad: "Señorío es poder que tiene ha en cosa de fazer de ella é en ella lo que quisiere, segund Dios é segund fuero";²³ 2a. la del enfiteuta, pues la ley de Partida dice: "Aquellos que tienen á censo algund heredamiento dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de él, ganan la posesión";²⁴ 3a. la del poseedor *ad usucaptionem* de una cosa raíz después del año y el día, pues una ley del Fuero Real dice: "Si el tenedor de la heredad dixere que año é dia es pasado que la tuvo en paz y en faz, entrando y saliendo en la tierra ó en la villa el demandador, no le responde el tenedor de la cosa".²⁵ Esta ley resultó oscura en tres puntos: 1o. ¿en paz y en faz de quién debía ser poseída la cosa: de la autoridad o del demandador?; 2o. ¿de qué tierra o villa se hablaba: de la del domicilio del poseedor, de la del domicilio del dueño, o de aquélla donde estaba ubicada la cosa?; 3o. ¿bastaba la pura tenencia por un año y un día, o eran además necesarios el título justo y la buena fe? Las dos primeras dudas fueron quitadas por la ley 242 del Estilo, que explicando la del Fuero Real, dice: "A questas palabras de esta ley entienden y juzgan así los alcaldes en la Corte del Rey: en aquello que dice en *paz*, que se entiende de este demandador de la cosa: entrando y saliendo el demandador en la villa ó en el lugar do es aquella cosa sobre que contienen." Por lo que toca a la tercera dificultad, también fue disuelta clara, aunque no expresamente, por la ley 192 del Estilo, en la que diciéndose: "que el que tiene la cosa no ha de decir el título de su posesión, sino en demanda, que es dicha en latín: *Petitio haereditatis*, y cuando el alcalde por presunción derecha sospechare contra él que no tenga la cosa derechamente":²⁶ está fuera de duda que en ningún otro caso era necesario el justo título, según aquel aforismo de Bacon: *Exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis*.²⁷ Sin embargo, fuese por la multiplicidad y diversidad de fueros, o porque esta ley no pareciese a muchos bastante clara, subsistió a pesar de ella la duda sobre si bastaba o no para la prescripción de la posesión la sola tenencia, ateniéndose unos a la ley del Fuero Real, que suponía en consonancia con las generales sobre pres-

²³ Ley 1, tit. 28, p. 3.

²⁴ L.5, tit. 30, p. 3.

²⁵ L.1, tit. 11, 1.2F.F. y 1.2, tit. 4 del Fuero Viejo.

²⁶ En la misma época de la publicación de esta ley del Estilo existió el señor Bonifacio VIII, quien estableció casi la misma doctrina en el cap. I.^o de Praescriptionibus in 6 que dice: *In praescriptionibus sufficit bona fides, ubi ius commune non est contra praescriventem; alias, debet alegari titulus et probari, nisi sit praescritio cuius non stat memoria.*

²⁷ L. 2,^o 100.

cripción, y otros a la del Estilo: duda que quitó, en fin D. Alonso XI por la ley 1a., tit. 9 del Ordenamiento de Alcalá, que dice: "En los fueros de algunas ciudades se contiene que el que tuviere ó poseyere casa ó viña ó heredad por año y dia, en paz y en faz de aquel que se la demanda, entrando y saliendo el demandador en la villa, no sea tenido á responder por ella; y es duda si en la dicha prescripción de año y dia es menester título y buena fe: Nos tirando esta duda mandamos que el que tuviere la cosa año y dia no se escuse de responder por ella en la posesión, salvo si tuviere la cosa año y dia con título y buena fe."

La 4a. especie de posesión civil es la del asentado después de pasado un año, según la jurisprudencia del Fuero Real y de las Partidas, y después de un mes si el asentamiento ha sido hecho en virtud de acción personal, y de dos, si se ha hecho en virtud de acción real, según la de la Recopilación. La 242 del Estilo citada dice: "El demandado, que es metido por mengua de respuesta en tenencia de la cosa que demanda, si la tiene un año, finca tenedor en *verdadera tenencia* de aquella cosa." La ley 6a., tit. 8o. Part. 3a. dice: "Del año adelante finca el demandador por verdadero tenedor de la cosa en que fué asentado." Y la ley 1a., tit. 5, 1. 11 de la Nov. Rec., hablando del plazo de un mes o dos, establece: "que dende en adelante el que así fuere asentado, que sea *verdadero poseedor*, y no sea tenido de responder al demandado sobre la cosa que así tiene, salvo sobre la propiedad."

Las especies de posesión natural son las que siguen: 1a. La de incapaz: "Tenencia é posesión de las cosas puede ganar todo ome por sí mismo que aya sano entendimiento."²⁸ 2a. La del ladrón, rapto o usurpador: "Seyendo algun ome apoderado de casa o de heredamiento ó de otra cosa cualquier ... porque él la entrará por fuerza ó la robára, como quier que él sea tenedor *no ha por ende la verdadera possession.*"²⁹ 3a. La del Poseedor *ad usucaptionem* antes del año y el día: esto se deduce de las leyes del Fuero Real, del Estilo, de las Partidas y del Ordenamiento de Alcalá, alegadas antes para probar que el poseedor *ad usucaptionem* después del año y el día es un poseedor civil. 4a. La del asentado, antes de uno o dos meses: así una ley de Partida,³⁰ hablando del poseedor, dice: "Si fuese apoderado de ella por mengua de respuesta, como quier que él sea tenedor, *non ha por ende la verdadera possession.*" 5a. La del mandata-

²⁸ L. 3, tit. 30, p. 3.

²⁹ L. 10, tit. 30, p. 3.

³⁰ L. 10 cit.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

187

rio: "Se entiende que es ome tenedor de la cosa por su personero".³¹ 6a. La del *negotiorum gestor*: esto se deduce de la ley 2, tit. 11, 1. 2o. del Fuero Real, así como de la 1. 26, tit. 12, P. 5a. 7a. La del depositario: "Quien alguna cosa de otro recibiere en encomienda... non sea osado de la usar en ninguna manera",³² 8a. La del comodatario: "Aquel que emprestada tomó (alguna cosa) non ha en ella mas del uso ó el servicio porque gela emprestaron, é siempre finca por suya de aquel que gela emprestó."³³ 9a. La del acreedor pignoraticio: en una ley del Fuero Real, hablándose del poseedor *ad usuac-pionem*, se dice: "E si tuvo la heredad ó la cosa en peños ó en encomienda... no se puede defender por tiempo. Ca estos atales non son tenedores por sí, mas por aquellos de quienes tienen la cosa".³⁴ 10a. La del precario: de ésta no he encontrado mención en las leyes españolas, sino sólo en las romanas y canónicas: conforme a unas y otras se define: *Quod precibus petenti utendum conceditur tandem quandiu is qui concessit patitud*,³⁵ de cuya definición se infiere que es una posesión natural. 11a. La del arrendatario: "Labradores ó jugueros ó los que tienen arrendadas ó alogadas cosas agenes: como quier que ellos sean apoderados de la *tenencia* de ellas; pero la verdadera pose-sion es de aquellos, en cuyo nombre tienen el heredamiento."³⁶ 12a. La del socio: esto se deduce de la misma naturaleza de la compañía, pues la posesión civil, lo mismo que el dominio, no puede pertenecer a dos *in solidum*: *Plures eamdem rem simul possidere non possunt*:³⁷ luego la posesión que el socio tiene en las cosas de su consocio, es natural, mas o menos amplia, según el contrato celebrado: así la 1. 7, tit. 11, P. 4a. dice: "En posesion debe meter el marido á la muger de la donacion que el faze; é otros si la muger al marido de la dote quel da; é como quier que el uno meta al otro en tenencia de ello, todavia el marido debe ser señor de todo esto sobredicho, é de recibir los frutos de todo comunamente, tambien de los que dá la muger como de los que dá el marido, para gobernar así mesmo, é á su muger, é á su compaňía." Sin embargo, aunque las ideas de compaňía y pose-

³¹ L. 12, tit. 30, p. 3.

³² L. 5, tit. 15, 1.3. del *Fuero Real*.

³³ L. 1, tit. 16.1.3.º id. id.

³⁴ De que en la lei 13, tit. 10, p. 7 se diga que el acreedor pignoraticio "ha verda-dera tenencia," no se deduce que la prenda no sea una verdadera posesión, pues lo que indica el rei Sabio por estas palabras, es que el acreedor pignoraticio tiene *real y positivamente* la tenencia de la cosa empeñada.

³⁵ Escriche, art. Precario.

³⁶ L. 5, tit. 30, p. 3. También la ley 11, tit. 10, p. 7 prueba que el arrendamiento, así como el depósito y el comodato, son posesiones naturales.

³⁷ L. 3. 5, ff. de aqqt. vel amm.

sión civil se repelen naturalmente, se da una especie de posesión común imperfecta, que en el derecho romano se llama *Compossessio*, y es cuando dos o más poseen una cosa por partes intelectuales: de manera que siendo cuatro, p.e., cada uno posee civilmente la cuarta, y es tenedor de las otras tres. La 13a. es la del usufructuario:³⁸ la 1. 9. tit. 30, P. 3a. dice: "Enagenando los omes los unos á los otros sus heredamientos á las vegadas á tal pleyo que tienen para sí en toda su vida el usufructo dellos; ó despues que los han enagenado, ante que apoderen dellos á aquellos á quien los enagenaron, arriéndanlos de los compradores. En cualquier de estos casos decimos que gana la possession de la cosa aquel á quien es enagenada." La 14a. especie de posesión natural es la del usuario, el que indudablemente es un poseedor natural, pues si lo es el usufructuario, con más razón debe serlo aquel que "no se puede aprovechar del (uso) tan lñeramente como aquel á quien es hecho el usufructo".³⁹ La 15a. especie de posesión natural es la del habitador, y la última es la del dueño de servidumbre real positiva.

No creo que constituya una nueva especie la posesión de una cosa incapaz, porque el poseedor de ella, o es de buena o de mala fe: en el primer caso es un poseedor *ad usucaptionem*, y en el segundo un usurpador.

La posesión natural se subdivide de diversas maneras, según las diversas circunstancias que concurren en ella. 1o. Por razón del uso se divide en simple, que es la que no comprende ningún uso, y se llama *nuda rei detentio*, y en cualificada, que es la que consiste en alguno: son simples tenencias la del incapaz, ladrón, raptor, usurpador, depositario convencional y la del acreedor pignoraticio, y son cualificadas las del asentado, mandatario, administrador, comodatario, precario, arrendatario, socio, dueño de servidumbre, usufructuario, usuario y habitador. 2o. Por razón del ánimo se subdivide la posesión en: posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno: de la primera especie es la del poseedor *ad usucaptionem*, la del asentado y la del ladrón, raptor o usurpador, y de la segunda son la del man-

³⁸ En el tit. de las Instituciones: *Per quas personas cuique adquir* 5.^o se dice::: *non possidet, sed habet ius utendi, fruendi;* y Vinio comenta: *quod vero simpliciter negatur possidere* (el usufructuario) *non est sine omni scrupulo. Nam alibi contradicitur possessor et possidere,* 1. 5 *siususf. pet:* et *naturaliter possidere,* 1.12 de acq. poss. *Sed haec non sunt contraria nam et colonos et commodatarius, et depositarius naturaliter dicuntur possidere* 1.2 pro her, 1.7 comm. divid; *qui tamen alibi possidere absolute negantur ullamque habere possessionem,* 1.9. de rei vind. 1.33 de usuc. 1.6 de praec. 5.^o Inst. de Interd. *Nimitum hinc fructarius non possident civiliter.*

³⁹ L. 3, tit. 28, p. 3.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

189

datario, administrador, acreedor pignoraticio, depositario, comodatario, precario, arrendatario y socio. 3o. Por razón del título se subdivide en viciosa, que tiene su origen en una violencia, un hurto o un abuso del precario (*vi, clam aut praecario*), y no viciosa, que es aquélla que tiene por causa un acto establecido y formalizado por la ley, como un contrato, un testamento. La 4a. subdivisión de la posesión natural es por razón de la buena o de la mala fe. Dos son las posesiones de buena fe, que son la del poseedor *ad usucaptionem* y la del asentado, y una la de mala fe, que es la del ladrón, raptor o usurpador: todas las demás no pertenecen a ninguna de estas dos especies, porque aunque los poseedores son de buena fe, pero no en el sentido en que aquí se toma esta palabra, por la que se entiende la creencia en que uno está de que es dueño o poseedor civil de una cosa, por haberla adquirido de quien era dueño o poseedor civil de ella, creencia que sin duda no tiene el arrendatario, v.g., aunque no puede decirse poseedor de mala fe.

Sentado este análisis o clasificación de la posesión, se observarán las reglas siguientes sobre cada una de sus especies. 1a. El simple tenedor no puede usar de la cosa de ninguna manera, y así, el acreedor pignoraticio no podrá usar de la cosa empeñada si no es que mediase el pacto anticrético. 2a. El poseedor que tiene algún uso en la cosa no puede traspasar los límites de *modo y tiempo* fijados, o por la ley, que es la regla suprema de los actos externos del ciudadano, o por la última voluntad, que es una ley secundaria en materia de sucesiones: *Voluntas testatoris pro lege habetur*,⁴⁰ o por el pacto, que también es una ley de segundo orden que arregla las convenciones humanas: *Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur*.⁴¹ 3a. El poseedor en nombre propio, sea justo o injusto, tiene los interdictos *retinendae y recuperandae possessionis*. 4a. El poseedor en nombre ajeno sólo puede impetrar el oficio del juez. (Esta regla y la anterior quedarán demostradas al hablar de los interdictos.) 5a. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos industriales consumidos⁴² y 6a. El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos existentes, todos los consumidos y todos los que podía haber consumido con mediana diligencia, con más, los daños y perjuicios.

⁴⁰ L. 35, 3, ff. de haered, instit.

⁴¹ L. 85 de reg. iur, in 6.

⁴² L. 39, tit. 28. p. 3.

SECCIÓN 3a.

La posesión se adquiere, no con el puro ánimo ni con el puro cuerpo, sino con uno y otro juntamente: *adipiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo aut per se corpore*,⁴³ y como dice la ley de Partida: "con ayuda del cuerpo é del entendimiento",⁴⁴ y más claramente la otra: "Ganar queriendo algund ome alguna possession de Castiello, ó de casa ó de otra cosa cualquier, ha menester que faga dos cosas. La una que aya voluntad de la ganar. La otra, que la entre por si corporalmente, e la tenga ó otro por él en su nome."⁴⁵ Más bien: seis circunstancias se requieren para adquirir la posesión de una cosa: primera, capacidad en la persona para poseer, y no la tienen los infantes ni los locos;⁴⁶ segunda, capacidad en la cosa para ser poseída, y no la tienen: 1o. las cosas incorporales, aunque en los derechos positivos se da una semejanza de posesión, que se llama en el derecho romano *quasi possessio*, y ni de ésta son susceptibles los derechos negativos, 2o., las cosas sagradas y benditas;⁴⁷ 3o., las nacionales que están en el uso común,⁴⁸ y 4o. las poseidas por otro, de las que se dice en el derecho romano: *quorum non est vacua possessio*.⁴⁹

El tercer requisito es la buena fe, sobre la que conviene observar tres reglas: 1a. Aunque por el derecho civil no es necesaria la buena fe sino al tiempo de la ocupación, excepto en la compra y venta, en la que se requiere también al tiempo del contrato,⁵⁰ y tratándose de un animal, en cuyo caso quiere la ley que se tenga buena fe cada y cuando pare, para poder adquirir el parto,⁵¹ en la práctica se observa la disposición canónica, que exige que la buena fe sea continuada.⁵² 2a. Se presume poseedor de buena fe el que cree que aquél de quien recibió la cosa tenía facultad para enajenarla,⁵³ y el que cree erróneamente que intervino título, y su error dimana de hecho ajeno.⁵⁴ 3a. Se presume poseedor de mala fe: 1o. el que sabía que aquél de quien

⁴³ L. 3. ff. de aqg. vel. ammit. poss.

⁴⁴ L. 1, tit. 30, p. 3.

⁴⁵ Arg. de la lei 6, tit. 29, p. 3.

⁴⁶ L. 3., tit. 30, p. 3.

⁴⁷ Arg. de la 1.7., tit. 29, p. 3.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ L. 3. 5.^off. de aqg. vel ammit. poss.

⁵⁰ L. 12, tit. 29, p. 3.

⁵¹ L. 5, id., id.

⁵² Id.

⁵³ L. 9, tit. 29, p. 3.

⁵⁴ L. 15, id., id.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

191

recibió la cosa no tenía facultad de enajenarla;⁵⁵ 2o. el que no supo con qué título adquirió la cosa, pues como dice Justiniano: *omnes scire debent quod suum non est, ad alios modis omnibus pertinere;*⁵⁶ 3o. el que juzga título un acto prohibido por la ley, como si el marido creyera que era legítimo poseedor de una cosa que le había donado su mujer durante el matrimonio, porque dice la regla de derecho: *Ignorantia facti, non iuris excusat,*⁵⁷ y 4o. el que creyese que había habido título, no habiendo intervenido ninguno y su error consistiese en el hecho propio,⁵⁸ pues, como dice otra regla de derecho: *Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet non aliis imputare.*⁵⁹

El cuarto requisito es el ánimo de adquirir la posesión absoluta y exclusiva.⁶⁰ Es muy craso en esta parte el error de los autores,⁶¹ y muy fecundo en desconciertos para que deje de ser advertido, sin necesidad de mucha reflexión. Ellos asientan, casi de conformidad, que para adquirir la posesión se requiere *ánimo de adquirir la cosa en propiedad:* error notable en mi concepto, lo primero porque es una injusticia y hasta necedad, exigir que el hombre para conseguir un derroche tenga ánimo de adquirir otro diferente, y a esto equívále exigir ánimo de adquirir la propiedad en el que quiere ganar la posesión; lo segundo porque los autores han confundido aquí la posesión en general con la posesión *ad usucaptionem*, para la que, por tener por objeto la propiedad, con razón se exige en el adquiriente ánimo de adquirir la propiedad; lo tercero, en fin, porque ellos al asentar esta doctrina, han traducido con mucha inexactitud esta frase muy exacta del derecho romano: *cum animo sibi habendi.*⁶² El verbo *habere* no significa adquirir en propiedad, sino sólo *tener, detener, ocupar*, por lo que el gerundio *habendi* manifiesta la posesión, y junto con el pronombre *sibi*, que indica lo absoluto y exclusivo de ella, nos da a conocer la posesión civil. En consecuencia, el ánimo que exige el derecho romano por estas palabras: *cum animo sibi habendi* y la voluntad que exige la ley de partida por estas otras: "Ganar queriendo algund ome alguna possession ... ha menester que haya voluntad de la ganar", es ánimo y voluntad de adquirir la posesión civil.

⁵⁵ L. 11, *id., id.*

⁵⁶ L. 48 ff. De aqq. rer. domin.

⁵⁷ C. ult. X. Qui matrim accus.

⁵⁸ L. 14, tit. 29, p. 3.

⁵⁹ C. 86 de Reg: iur. in 6.

⁶⁰ L. 6, tit. 30, p. 3.

⁶¹ El anotador de las Recitaciones de Heinecio, tom. 3º, edic. de París, de 1837, pág. 279; Murillo, De caus. poss. et prop. y Escriche, art. Posesión,

⁶² L. 1, 9 ff. de vi et vi arm., y 2 1º ff. pro haerede.

El quinto requisito es el título traslativo, no de dominio como quieren los autores, incurriendo en los mismos errores, sino de posesión absoluta y exclusiva.⁶³

El sexto y principal requisito es la aprehensión material,⁶⁴ que es la base sobre que descansa todo el derecho de posesión, y todos los demás actos son circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes de aquélla. La ocupación se divide en propiamente dicha, que es la aprehensión de una cosa *nullius*, y tradición, que es la ocupación de una cosa de otro con su voluntad. Esta última se subdivide en verdadera y fingida: la verdadera es de dos maneras: una propia de los muebles, que se llama *manuum aprehensio*, y otra de los raíces, que se llama *pedum impositio*, de la que tomó su nombre la posesión, según lo manifiesta la ley de partida, que dice: "Possession tanto quiere decir como ponimiento de piés." La posesión ficta se subdivide en simbólica, *longa manu* y *brevi manu*. La simbólica es de dos modos: 1o. por la entrega de los títulos de una cosa, en cuyo caso se finge entregada la misma cosa,⁶⁵ y 2o. por la entrega de las llaves de una troje, bodega u otra pieza en que están encerrados efectos de comercio, pues entonces se suponen entregados los mismos efectos;⁶⁶ pero para que haya lugar a esta ficción, son necesarias dos cosas, según la ley: que se trate de mercancías precisamente, y que esté delante la pieza en que estén encerradas. La tradición *longa manu*, llamada en las Partidas *apoderamiento de vista*, tiene lugar cuando "estando la cosa delante dixese el que la enagenaba al otro que lo apoderaba della, veyendola ambos á dos";⁶⁷ de donde se infieren las dos circunstancias que exige esta manera de tradición, a saber, que la cosa entregada sea vista, y que lo sea por ambos. La tradición *brevi manu* tiene lugar en ocho casos: 1o. en la compra, puesto que después de perfeccionado el contrato, los frutos, mejoras y deterioros de la cosa pertenecen al comprador y los intereses del dinero al vendedor;⁶⁸ 2o. en la compañía

⁶³ Arg. 1.1., tit. 11, 1.2 Fuero Real al fin.

⁶⁴ L. 6, tit. 30, p. 3.

Para adquirir la posesión se requiere ocupación personal o en nombre de otro (1.11, id.), y aunque no se ve establecido lo mismo respecto del ánimo, y antes en el derecho romano se dice: *Possessionem adquirimus animo et corpore: animo utique nostro; corpore autem, vel nostro vel alieno;* sin embargo, propiamente hablando, también se puede adquirir la posesión con ánimo ajeno como sucede en el infante que adquiere la posesión con el ánimo de su tutor.

⁶⁵ L. 8, *id., id.*

⁶⁶ L. 7, *id., id.*

⁶⁷ L. 6, *id., id.*

⁶⁸ L. 23, tit. 5.º, p. 5 y 5. tit. 4.º, lib. 5. F. J.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

193

general,⁶⁹ en la que sucede lo mismo; 3a. en las servidumbres negativas;⁷⁰ 4o. en la hipoteca, en la que por sólo el contrato pasa la posesión al acreedor;⁷¹ 5o. en los tres juicios divisorios: *familiae ersiscundae, commune dividundo y finium regundorum*, en los que por la sola adjudicación judicial se adquiere la posesión;⁷² 6o. en las adquisiciones por última voluntad:⁷³ 7o., cuando uno entrega a otro una cosa de que él es ya tenedor,⁷⁴ y 8o. cuando poseyendo uno una cosa, la transfiere a otro diciéndole que se constituye tenedor de ella,⁷⁵ lo que se llama en la jurisprudencia romana *constitutum possessorium*.

Tales son las seis circunstancias necesarias para adquirir la posesión civil, todas las que están contenidas en la definición de la ley de Partida. Allí se dice que la posesión es "tenencia con ayuda del cuerpo", luego se necesita la ocupación material; "derecha"; luego es necesario el título justo: "en las cosas corporales"; luego la cosa ha de ser capaz de la posesión; "é del entendimiento" luego se requiere capacidad en la persona, buena fe y ánimo.

La tenencia se adquiere con sólo la ocupación, sea justa o injusta, excepto un caso, y es cuando el arrendatario desampara la cosa arrendada con intención de que otro lo ocupe, pues entonces el que así la ocupare, no ganará la "tenencia della".

SECCIÓN 4a.

La posesión se retiene ordinariamente con el solo ánimo, "quier la tenga corporalmente (el poseedor) quier non, fasta que la desampare con voluntad de la non aver".⁷⁶ Esta regla sufre excepción en los casos que diré luego, en que se pierde la posesión sin que intervenga el ánimo.

La tenencia se conserva con la pura ocupación, advirtiéndose: 1o. que para que uno *tenga* una cosa, no es necesario que ocupe todas y cada una de sus partes, y 2o., que el derecho finge "que uno es tenedor de una cosa mueble (perdida) en cuanto la anduviere buscando".⁷⁷

⁶⁹ L. 47, tit. 28, p. 3.

⁷⁰ Álvarez, edic. de Nueva York de 1827, tom. 2º, p. 33.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 34.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ L. 47, tit. 28, p. 3.

⁷⁵ L. 9, tit. 30, p. 3.

⁷⁶ L. 12, *id.*, *id.*

⁷⁷ L. 17, *id.*, *id.*

SECCIÓN 5a.

La posesión se pierde ordinariamente de un modo contrario al que se adquiere: *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis aquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus*, y adquiriéndose la posesión con el ánimo y con el cuerpo, se pierde con un acto espiritual y un acto corporal contrarios: *Ult igitur nulla possessio aquiri, nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*⁷⁸ Así, pues, se pierde la posesión: 1o. por tradición y 2o. por abandono. Dije ordinariamente, porque hay casos en que la posesión se adquiere con el puro ánimo, y son todos aquéllos que son objeto de la tradición *brevi manu*; y también hay otros en que se pierde la posesión sin que intervengan ni el ánimo ni el cuerpo; y a veces aun contra el ánimo del poseedor. Estos son: 1o. cuando uno es rebelde por un mes o dos, y otro es asentado en alguna cosa de aquél; 2o. cuando uno es negligente por un año y un día en reclamar su cosa y otro la posee, y 3o. cuando una bestia brava recobra su libertad natural, o una amansada deja la costumbre de ir y venir a nuestro predio.⁷⁹

La tenencia se pierde siempre que se hace imposible la ocupación de la cosa, lo que sucede en tres casos: 1o. por pérdida de la cosa mueble; 2o. por inundación de la cosa raíz; 3o. cuando la cosa es ocupada justamente por alguno a quien otro se la ha entregado, y 4o. por hurto, robo o usurpación de la cosa. Que por la pérdida, inundación, hurto, etcétera, de la cosa, no se pierde la posesión sino sólo la tenencia, se deduce: 1o. de las razones alegadas para probar que el ladrón no tiene la posesión civil, y 2o. de que en las leyes 13, 14 y 17, tit. 30, P. 3a., sólo se habla de *tenencia*. Y si la *tenencia* de que se habla en el caso 3o. de la ley 14 citada, así como en la ley 18 del mismo título es la civil, esto lo inferimos de la concordancia de estas leyes con otras, que son la 8, tit. 29, y 23, tit. 28, P. 3a.; así como concordando dichas leyes 13 y 17, con la 12 del mismo título, se conoce que en aquéllas no se habla más que de tenencia.

SECCIÓN 6a.

Los efectos de la posesión son cinco: 1o. hacer al poseedor de una condición muy favorecida; 2o. la libre percepción de los frutos; 3o. el derecho de repeler al injusto invasor y el de expeler al injusto posee-

⁷⁸ L. 8 ff. de agg. vel am. poss.

⁷⁹ L. 18, tit. 30, p. 3.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

195

dor; 4o. los interdictos, y 5o. la *usucaption*. Todos ellos resultan de la naturaleza de la posesión, pues el primero se deduce de la cualidad de perpetua que tiene la posesión, como todo derecho, mientras no se pruebe lo contrario; el segundo de la cualidad de absoluta; el tercero y el cuarto de la cualidad de exclusiva, y el quinto de la posesión continuada por el tiempo legal.

El primer efecto de la posesión es hacer al poseedor de una condición muy favorable, nada más que porque es poseedor *Qualiscumque possessor hoc ipso quo possessor est plus iuris habet quam ille qui non possidet*;⁸⁰ pues, 1o. "se presume que todo ome que alguna sazon fué señor de la cosa, lo es aun fasta que sea probado lo contrario";⁸¹ 2o. se presume poseedor el que por dolo dejó de poseer: *Pro possessore habetur qui dolo desuit possidere*;⁸² 3o. el poseedor se presume propietario;⁸³ 4o. en igualdad de razón en pro y en contra de la posesión se presume ésta: *In pari causa potior est conditio possidentis*.⁸⁴ La ley 4a., tít. 3o., 1. 4o. del Fueno Viejo de Castilla dice: "Si probare el uno de los litigantes sobre la propiedad tambien como el otro en equaleza, el tenedor debe fincar con la eredad". 5o. el poseedor se presume de buena fe.

El segundo efecto de la posesión es la percepción de los frutos, sobre lo que nada parece hay que añadir a lo que se ha dicho.

El tercero son la repulsión y expulsión. Estas son una consecuencia precisa del derecho natural de la propia defensa, la que no sólo se refiere a la vida, a la libertad y a la honra, sino también a los bienes, advirtiendo dos cosas: primera, que para que tenga lugar el derecho de expulsión, es menester que se haga inmediatamente *incontinenti*, por cuya palabra se entiende en la práctica: *antequam fiat ad alia negotia diversio*;⁸⁵ porque entonces, más bien que una verdadera expulsión, la que nunca es justa en el orden social, se entiende una repulsión no interrumpida; segunda, que aunque en las leyes que yo he consultado no he hallado que la repulsión y expulsión tengan alguna restricción, sin embargo, atendidas las razones que antes expuse sobre la monstruosidad que resulta del empleo de la fuerza física en el actual estado, y considerando que la defensa de las cosas debe modelarse sobre la de la persona, creo que dicha repulsión y expulsión deben entenderse con la condición que establece el derecho divino y humano

⁸⁰ L. 2 ff. uti. possid.

⁸¹ L. 10, tit. 14, p. 3.

⁸² C. 36 de Reg. iur. in 6.

⁸³ L. 30, tit. 2º, p. 3.

⁸⁴ C. 65, *id.*, *id.*

⁸⁵ Diego Pérez glosa a la lei 4., tit. 4º del *Fuero Real*.

en la defensa personal, que es el *moderamen inculpatae tutelae*; de manera, que en caso de poderse impetrar sin dificultad el amparo de la autoridad, no hay lugar a la resistencia física.

El cuarto efecto de la posesión son los interdictos *retinendae y recuperandae possessionis*. El primero es una acción extraordinaria que tiene el tenedor en nombre propio, de una cosa corporal contra todo perturbador, para conseguir brevemente la tranquilidad y libertad en su posesión. De esta definición se deduce: 1o. la persona que puede entablar este interdicto, a saber, todo tenedor en nombre propio, y siéndolo el ladrón, a él se le corresponde también; 2o. la persona contra quien compete: contra todo perturbador, teniéndose por tal el que directa o indirectamente impide que otro use de su cosa con libertad; 3o. las cosas que son objeto de este interdicto, que son las corporales; y aunque según el derecho romano antiguo, en las cosas raíces competía el interdicto *uti possidetis*, y en las muebles otro llamado *utribi*, los que tenían sus notables diferencias, Justiniano los igualó completamente en las Instituciones; 4o. el modo con que ha de entablarlo, es decir, extraordinaria y brevemente.

El interdicto *recuperandae* es el que compete al despojado contra el despojador. Por ser muy interesante la materia de despojo, me parece conveniente hablar de este interdicto con más extensión que del precedente, diciendo lo que era entre los romanos el interdicto *Unde vi*, las modificaciones que ha sufrido después, y lo que es hoy la acción de despojo, atendidas nuestras leyes. El interdicto *Unde vi* era una acción extraordinaria que competía al tenedor de una cosa raíz en nombre propio, que había sido despojado de ella, contra el despojante y su cooperador, para conseguir brevemente la posesión. Esta definición abraza cuatro principios que se ven asentados en el título. *Unde vi*, así como en el *De vi et vi armata*, y aun en la sola ley 1a. de este último, y son los siguientes: Todo tenedor en nombre propio, y sólo él tiene este interdicto, de donde se infiere que lo tiene aún el ladrón, y que el poseedor en nombre de otro, como el depositario, comodatario, etcétera, sólo pueden impetrar el oficio del juez de la manera que se dijo respecto del interdicto *retinendae*. En la ley Aquilia FF. *De donationibus* refiere Papiniano que el joven Aquilio dio a su maestro Nicóstrato una pequeña casa para que viviese, recayendo después en los herederos de Aquilio, y habiendo muerto primero éste, y siendo molestado Nicóstrato en su habitación, se declaró que el juez debía ampararlo. Parecen obstar a esta doctrina dos leyes, de las cuales una, que es la 1a. FF. *De vi et vi armata*, 18 y siguientes, dice que el usufructuario puede usar de este interdicto, sin embargo

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

197

que uno y otro son poseedores en nombre ajeno. Vinio⁸⁶ y Murillo⁸⁷ dicen que aunque el uso y el usufructo considerados en su naturaleza son posesiones en nombre ajeno, y así están terminantemente reconocidos en el derecho romano,⁸⁸ cuando son vitalicios se consideran para ciertos efectos legales, como posesiones en nombre propio. La segunda ley es la 12, FF. *De vi et vi armatae*, en la que, así como en la 18 del mismo título se dice, que el arrendatario tiene el interdicto *Unde vi*; pero como observa muy bien González en sus Comentarios al cap. 15, X de *Restit. spoliat.*, en dichas leyes se trata de un arrendatario que repelió por la fuerza al comprador del predio, a quien el señor le mandaba dar la posesión, constituyéndose por el mismo hecho un usurpador, el que tiene el interdicto. El segundo principio es que el interdicto *Unde vi*, sólo tenía lugar en las cosas raíces, pues en las muebles competía la acción *Furti la de Vi bonorum raptorum*, la de *Rerum ammotarum* y la *exhibitoria*. El tercero es que el interdicto se daba contra el despojante y su cooperador, teniendo por tal el que ayudó al despojante, el que mandó el despojo y el que lo ratificó. El cuarto es que el efecto del interdicto era conseguir inmediatamente la posesión.

Tal era en este punto la jurisprudencia romana, que Constantino innovó primeramente concediendo el interdicto *Unde vi* a los poseedores en nombre ajeno, cuando estuviese ausente el verdadero poseedor.⁸⁹

La misma jurisprudencia recibió a fines del siglo VIII una alteración completa por el famoso canon Redintegranda, caus. 3a., cuest. 1a., que a la letra dice: *Joannes urbis Romae Episcopus scribit Zacariae epistola prima: Redintegranda sunt omnia spoliatis vel ciectis Episcopis praesentialiter ordinatione Pontificum, et in loco undé abcesserant Funditus revocanda quacumque conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascumque iniustas causas, res Ecclesiae vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur, ante accusationem, aut regularem ad Synodum vocationem eorum.* Por este canon se hicieron especialmente dos innovaciones: 1a. el interdicto de despojo tuvo lugar desde entonces en toda cosa corporal, según lo manifiestan: 1o. las palabras generales *Redintegranda sunt omnia, res Ecclesiae vel proprias y substantias suas*, voces que comprenden así las cosas muebles, como los inmuebles, y 2a. la palabra

⁸⁶ Comet al 6º Inst. de Interd. núm. 6.

⁸⁷ L. 2º, 100.

⁸⁸ L. 5, 1.ºff. ad exhib.

⁸⁹ L. 1, C. si per vim vel al. mod.

spoliatis, que comprende las cosas muebles, y más en concurrencia con la palabra *ciectis*, que no se puede aplicar más que a las raíces. La 2a. innovación introducida por este canon fue que el despojado podía recobrar su cosa de cualquier poseedor, sin que éste pudiese poner excepción alguna, pues la que podía aprovecharle más, sería la prescripción, la que excluye terminantemente el canon cuando dice: *funditus revocanda quacumque conditione temporis*; innovación importante, que poniendo por objeto del interdicto, no la persona del despojante, sino la cosa despojada, convirtió el interdicto *un de vi* en acción real, de personal que era, viniendo la posesión a ser indisputablemente un *ius in re*. Berardi observa⁹⁰ que este canon es una fábula de Isidoro Mercator, así como todos los que están tomados de la epístola al arzobispo Zacarias, atribuida falsamente a Juan I, y una de las pruebas que da de su opinión, es el de advertirse en dicho canon uno de los principales objetos que tuvo Isidoro al formar sus falsas Decretales, que fue el hacer difíciles las acusaciones de los obispos. Sin embargo, no es menos cierto que el canon *Redintegranda* corrió la misma suerte que los demás de la compilación isidoriana, los que habiendo sido recibidos como verdaderos, formaron la disciplina de la Iglesia en la edad media, y después que dicha disciplina fue esclarecida por los trabajos de Graciano y de otros monjes y prelados, y uniformada y regularizada por Gregorio IX y por sus sucesores, la acción *spoliis* sustituyó al interdicto *unde vi* en la práctica general de casi todos los países: así nos lo dan a conocer Heinecio⁹¹ y Gregorio López.⁹²

Desde que en el canon *Redintegranda* comenzó a crear una nueva disciplina, los Soberanos Pontífices empezaron a expedir sus decretales en el mismo sentido. Así vemos que a mediados del siglo XII estableció el Señor Alejandro I:⁹³ que si habiendo sido uno despojado de una cosa, el despojante, sabiendo que se la iban a demandar, mete a otro en la posesión de ella, este último está obligado a restituirla. A fines del mismo siglo expidió una decretal el Señor Celestino III, por la que mandó que se procediese contra el sucesor del forzador, del mismo modo que si fuera contra éste.⁹⁴ El Señor Inocencio III, apoyado en este principio: *Non multum interest quoad periculum animae detinere iniuste ac invadere alienum*, estableció en el Concilio general

⁹⁰ Grat, Cán. part. 2., c. 50.

⁹¹ *Ex quo ius canonicum in famoso canonc Redintegranda 3, caus. 3, ques. 1. et cap. 18 de rest. apol. remedium s. actionem de spolio invexit, ea plerisque locis recepta est, quam interdictum unde vi. Recit. 1303.*

⁹² Así lo indica en sus glosas a las II. del cit. 10, p. 7.

⁹³ Cap. 1º de Alienia. jud.

⁹⁴ Cap. II. De Judiciis.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

199

Lateranense IV, que "no obstante el rigor del derecho civil," así el forzador como cualquiera que hubiese recibido la cosa maliciosamente, la restituyese.⁹⁵ Vemos, en fin, que algún tiempo después el señor Gregorio IX en un *motu proprio* fijó esta regla: "el despojo debe ser restituído inmediatamente, sin que se admita más excepción que la de un mutuo y anterior despojo."⁹⁶

El autor del Fuero Real estableció en la ley 3, tit. 10, 1. 2o. la misma doctrina que los Padres del Concilio de Letrán, aunque con alguna limitación, pues en dicho Concilio se concedió el interdicto contra *cualquier sucesor*, y en el Fuero Real sólo contra el inmediato. Mas en las Siete Partidas se sistemó completamente la materia de despojo sobre los principios del canon *Redintegranda*, estableciendo las reglas siguientes. 1a. Tiene el interdicto de despojo todo tenedor en nombre propio,⁹⁷ sea justo o injusto.⁹⁸ 2a. Este interdicto compete al despojado: 1o. contra cualquier poseedor,⁹⁹ 2o. contra el despojante y su cooperador¹⁰⁰ y 3o. contra el que hubiese recibido la cosa a sabiendas de la violencia.¹⁰¹ La 3a. regla es que el interdicto tiene lugar en toda cosa corporal, sea mueble o raíz,¹⁰² y la 4a. que el despojo ha de ser restituído inmediatamente, a pesar de la oposición del despojante o de un tercero,¹⁰³ a no ser que alguno de estos pruebe *incontinenti* la propiedad.¹⁰⁴

Enrique IV estableció estos mismos principios, aunque reformó notablemente el último, pues mandó que pidiendo una restitución de una cosa de que había sido despojado, se la diese el juez inmediatamente, con sólo que constaran sumariamente dos hechos: 1o. que uno había sido despojado y 2o. que no había intervenido para ello decreto del juez.¹⁰⁵

D. Fernando y Doña Isabel¹⁰⁶ confirmaron esta disposición en todas sus partes, añadiendo que interpuesto el interdicto de despojo, y opiniéndose el forzador, se le concederán tres días para que presente el decreto del juez, en virtud del que procedió. En fin, creo que las leyes posteriores se siguieron expidiendo conforme a estos principios, y no se

⁹⁵ De Restit. spoliat.

⁹⁶ Cap. ult. de Ordin. cognit.

⁹⁷ Arg. I. II. tit. 10, p. 7.

⁹⁸ Arg. I. 28, tit. 2, p. 3.

⁹⁹ Ll. 29 y 30, tit. 2, p. 3. y arg. I. 18, tit. 10, p. 7.

¹⁰⁰ L. 17, tit. 10, p. 7.

¹⁰¹ L. 17, tit. 10, p. 7.

¹⁰² L. 17, tit. 10, p. 7. y arg. II, 2, 9 y 30, tit. 2, p. 3.

¹⁰³ Ll. 18, tit. 10, p. 7.. p. 13, tit. II, p. 3.

¹⁰⁴ Li. 27, tit. 2º y 13, tit. 11, p. 3.

¹⁰⁵ L. 5, tit. 13, 1.4. Nov. Rec.

¹⁰⁶ L. 6, tit. 1. 4º Nov. Rec.

encuentra cosa notable hasta la ley de *arreglo de tribunales*¹⁰⁷ que introdujo una innovación importante relativa a la persona del juez, ante quien debe entablarse el interdicto. Por ella se estableció que siendo alguno perturbado en la posesión de su cosa o despojado de ella, sea que la cosa fuese profana o espiritual, o el despojador fuese lego, eclesiástico o militar, entablase el interdicto correspondiente ante el juez de letras del partido, quien debería conocer del recurso en el juicio sumísimo de posesión y aun en plenario de posesión, si las partes lo promoviesen, reservándose el ordinario de propiedad al juez competente, si las personas o las cosas gozan de fuero privilegiado.

Entresacando, pues, de todas las disposiciones mencionadas hasta aquí, las que forman nuestro derecho, creo que conforme a ellas puede definirse con exactitud el interdicto de despojo, diciendo: que es una acción mixta, extraordinaria, que tiene el tenedor en nombre propio, que ha sido despojado de una cosa corporal para recobrarla inmediatamente. Digo lo primero, que el interdicto de despojo es una *accion mixta*, pues tiene dos objetos: 1o. perseguir la cosa forzada contra cualquier detentador, según lo manifiesta la ley 29, tit. 2o., P 3a. que dice: "Tenencia o señorío queriendo demandar un ome á otro en juicio, en razon de alguna cosa, débela pedir á *aquel que la fallare*," y también la 30, tit. y P. citados, que dice: "Forzado sayendo algund ome de cosa que quisiiese demandar en juicio, puede *fazer esta demanda a aquel que la fallare*".¹⁰⁸ El 2o. objeto es exigir la restitución a ciertas y determinadas personas: éstas son, 1o. todo despojante, pues la ley de Partida dice:¹⁰⁹ "contra todos los omes," y la Recopilada:¹¹⁰ "de cualquier estadio ó condicion que sean;" 2o. el que mandó el despojo;¹¹¹ 3o. el sucesor en la cosa forzada,¹¹² sea universal o particular, en primero o en ulterior grado, según lo indican las palabras generales del canon de Leteran: *Si quis de coetero rem talem scienter receperit*. Dije lo segundo, que el interdicto es una acción extraordinaria, y esto es cierto, así por razón de la sustanciación, pues suponiendo toda acción una discusión detenida, las leyes la han abreviado mucho tratándose de la posesión, así por la necesidad de fijar la persona del poseedor antes de la discusión principal, como por los perjuicios, las más veces irreparables, que resultan al verdadero poseedor, de que su cosa permanezca por más tiempo en poder del injusto poseedor; 2o. por razón del juez, ante quien

¹⁰⁷ L. de 9 de octubre de 1812.

¹⁰⁸ L. 13, tit. 11, p. 3.

¹⁰⁹ L. 10, tit. 10, p. 7.

¹¹⁰ L. 5, tit. 13, I. 4.^o Nov. Rec.

¹¹¹ L. 30 tit. 2, p. 3.

¹¹² L. 30 cit., y c. 18 de Restit. spol.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

201

debe establecerse, pues siendo la regla general que: *Actor sequi debet rei forum*,¹¹³ aquí padece excepción en virtud de las razones alegadas. Dije lo tercero, *que tiene modo tenedor en nombre propio*, pues él y sólo él tiene el interdicto, según se infiere de la ley 11, tit. 10, P. 3a., a excepción del acreedor pignoraticio, pues en el derecho romano vemos establecido: *Qui pignore dedit ad usucaptionem tantum possidet; quod ad reliquias omnes causas, qui accepit, possidet.* Dije, en cuarto lugar, que ha sido despojado, entendiéndose por tal lo. el que ha sido forzado personalmente; 2o. el verdadero poseedor, siendo violentado el poseedor en nombre ajeno; 3o. el que huyó de la heredad por miedo (fundado) de violencia, y 4o. el que vieniendo a su heredad es repelido.¹¹⁴ Se dice en quinto lugar, de una cosa corporal, conforme a aquellas palabras de ley: "quier sea mueble, quier sea raíz."¹¹⁵ Dicese, en fin, *para conseguir brevemente la tenencia della*, como se establece claramente en la ley 5a., tit. 13, 1. 4 de la Nov. Rec, en aquellas palabras: "Luego restituya á los despojados; avida solamente sumariamente información de como les tomaron sus bienes sin mandado de juez legítimo".¹¹⁶

El quinto efecto de la posesión es la usucapión, que es un modo de adquirir el dominio por medio de la posesión continuada por el tiempo establecido por la ley, con título y buena fe. Este principio entraña los seis elementos o requisitos de la prescripción, que son: 1o. Capacidad en la persona: no pueden prescribir los que no pueden poseer, que son los locos y los niños. 2o. Capacidad en la cosa: no pueden prescribir: 1o. las cosas que no pueden ser objeto de posesión, que son las sagradas, benditas, nacionales, que están en el uso común y las poseídas por otro, a excepción de las incorporales, que aunque no pueden poseerse, pueden prescribirse; 2o. las rentas y contribuciones públicas, y 3o. las cosas de ciertas personas que tienen un grande impedimento para interrumpir la posesión de sus cosas, como el loco, el menor de veinticinco años, el hijo de familia, la mujer casada respecto de sus bienes dotales, a no ser que el marido sea un disipado; el cautivo,¹¹⁷ el desterrado,¹¹⁸

¹¹³ L. 1, tit. I.^o, 1.5 *Nov. Rec.*

¹¹⁴ L. 17, tit. 30, p. 3.

¹¹⁵ L. 10, tit. 10, p. 7.

¹¹⁶ Aunque así de la ley de Enrique IV como de la de los Reyes Católicos se deduce que en el juicio sumario no se admite más excepción que la del mandato judicial, un auto acordado de enero de 1744, recopilado por Beleña, establece que si el despojante colindante quisiere con nueva igual citación dar justificación en contrario se lo admitirán las justicias de partido, y lo mismo dice el auto recopilado en el número anterior sobre el interdicto de retener.

¹¹⁷ L. 3, tit. II, 1.2.^o del *Fuero Real*.

¹¹⁸ L. 10, *id.*, *id.*

y el ausente por causa de utilidad pública.¹¹⁹ El tercer requisito es la posesión continuada, observándose, lo primero, que la posesión puede interrumpirse de cinco maneras: 1a. por pérdida o abandono de la cosa mueble; 2a. por expulsión de la cosa raíz, hecha por el dueño; 3a. por emplazamiento; 4o. por interpelación hecha ante testigos, y 5a. por la prescripción de la acción que se interrumpe por el reconocimiento tácito del deudor, como si pagase algo en razón de daños o perjuicios, o hiciese escritura, o diese prenda o fianza;¹²⁰ observándose lo 2o. que para que el sucesor continúe la posesión de su antecesor le basta la buena fe de aquel,¹²¹ y lo 3o. que la posesión en presencia puede continuarse con la posesión en ausencia, duplicando los años de la presencia o partiendo por mitad los de la ausencia. El 4o. requisito es el tiempo establecido. Muchos son los términos de prescripción, pero los principales son siete: de un año, de tres, de diez, de veinte, de treinta, de cuarenta y de cien. En un año se prescribe: 1o. la posesión y 2o. la pena en que incurría el fiador por no haber presentado al deudor en el término señalado. En tres años se prescriben: 1o. las cosas muebles, 2o. la acción de los abogados y procuradores para cobrar sus honorarios, 3o. la de los jornaleros, artesanos para cobrar el precio de su trabajo y 4o. la de los boticarios, especieros y demás comerciantes en abarrotes para cobrar el precio de sus efectos. En diez años se prescriben: 1o. las cosas raíces entre presentes y 2o. el derecho de ejecutar por obligación personal. En veinte años: 1o. las cosas raíces entre ausentes y 2o. la acción personal y la ejecutoria dada sobre ella. En treinta años: 1o. la acción real y 2o. la mixta, excepto la hipotecaria, y en consecuencia en este término prescribe toda cosa, como quiera que se haya poseído, según la terminante ley 21, tít. 29, P. 3a., que dice: "Treinta años continuadamente ó desde arriba seyendo algundome tenedor de alguna cosa por cualquier manera quier que oviese la tenencia, ganarle y ha." De la comparación de la prescripción de la cosa con la de la acción puede resultar alguna duda, porque siendo la una relativa a la otra, ¿cómo, se dirá, a los diez años se prescribe la cosa y todavía subsiste hasta los treinta años de acción para reclamarla? Para resolver esta dificultad deberá observarse que después de prescrita la cosa y antes de prescrita la acción, el dueño puede únicamente probar: 1o. la propiedad que tiene en aquella cosa, según lo muestran aquellas palabras: "E pudiese probar el señorío que había sobre aquella cosa,"¹²² aunque tratándose de una cosa mueble, es

¹¹⁹ L. 4, *id.*, *id.*, *id.*

¹²⁰ L., 29, tít. 29, p. 3.

¹²¹ L. 16, tit. 29, p. 3.

¹²² L. 21, tit. 29, p. 3.

DISERTACIÓN SOBRE LA POSESIÓN

203

precisa que pruebe además "que le fuera furtada ó forzada ó robada";¹²³ y 2o. que durante el término de la prescripción de la cosa, el poseedor no tuvo los requisitos exigidos por las leyes para la prescripción. Pero corrido el término de la prescripción de la acción, ya nada puede alegar el dueño y el poseedor gana la cosa, aun cuando la haya poseído sin los requisitos establecidos por las leyes, según la ley 21 citada. En cuarenta años se prescriben: 1o. los bienes raíces de las iglesias, 2o. los bienes raíces nacionales, que no están en el uso común, y 3o. la acción pignorática o hiptecaria,¹²⁴ mas el primer acreedor no puede entablar su acción contra el segundo sin haberlo hecho antes contra el deudor o su heredero.¹²⁵ En cien años se prescriben las cosas de la Iglesia Romana.

El quinto requisito de la prescripción es la buena fe, a la que es aplicable conto se dijo acerca de la que se requiere para la posesión en general, sin más diferencia que la del objeto, y que en la posesión en general basta la buena fe en el que recibe la cosa, mas en la posesión *ad usucaptionem* de las cosas raíces es necesario la buena fe, no sólo en el que recibe, sino también en el que enajena.¹²⁶

El último requisito es título traslativo de dominio.

¹²³ L. 9, tit. y p. *id.*

¹²⁴ Ll. 39, tit. 13, p. 5 y 27, tit. 29, p. 3.

¹²⁵ L. 14, tit. 13, p. 5.

¹²⁶ L. 18, tit. 29, p. 3.