

TRABAJO DE DERECHO ROMANO

Santiago, Agosto de 1927.

Alejandro Silva B.- "LA POSESION" -

Una persona puede estar respecto a una cosa en una relación que puede presentarse de tres maneras diferentes.

1°.- La tenencia material de la cosa como, por ejemplo, el banco en que nos sentamos en un paseo público. 2°.- La tenencia de una cosa, pero establemente, tengamos o no derecho para ello y 3°.- La tenencia de una cosa excluyendo a todas las demás, por ser propietarios de ella. En el primer caso no hay efecto jurídico: y el tercero produce todos los efectos jurídicos posibles y es una consecuencia del derecho de propiedad. La segunda es la posesión, objeto del presente trabajo y una de las instituciones más importantes del Derecho Romano y, por consecuencia, del Derecho Moderno que es una copia perfeccionada del primero.

Posesión es el poder físico que el hombre ejerce sobre una cosa con la intención de tenerla para sí, hecha abstracción de la cuestión de saber si tiene o no derecho para ello. Es, pues, la tenencia material, de una cosa, que nos da la posibilidad de usar de ésta excluyendo a los demás.

Origen histórico de la posesión.- Los principales tratadistas de Derecho Romano, están acordes en atribuir el origen de la posesión a la división del suelo romano en "ager publicus" y "ager privatus" éste era propiedad de los ciudadanos y aquél, que lo componían principalmente los terrenos conquistados en la multitud de guerras que sostenían lo dió el Estado en goce a los particulares, mediante el pago de un pequeño cánon. Estas pequeñas parcelas de tierras se llamaban "possessiones" y los que de ellas gozaban "possessores". De

manera había pater familias que tenían dos clases de propiedades: las "ea in re quiritium" y las "in possessionis". Si eran atacados en las primeras oponían la "reivindicatio", o sea, la acción que compete al propietario no poseedor, contra el poseedor no propietario. Pero atacados en las segundas, como no tenían el dominio, tampoco gozaban de sus acciones, por lo que se veían obligados a pedir la protección al Estado y el pretor daba los "interdictos", medios más rápidos que estudiaremos después. Pero los particulares, se fueron quedando poco a poco con estas "possessiones", alegando el largo tiempo, los trabajos realizados, el dinero gastado en mejorar las etc. hasta que la ley Agraria del año 643 les dió la propiedad de esas tierras, con lo que debían haberse terminados los interdictos, pero, en el hecho, no ocurrió así, debido a que eran más eficaces y más rápidos que la "rei vindicatio".

La posesión, aparece, pues, en el primer siglo del imperio.

Es aún más general. Se aplica también a las cosas incorporales. El que se comportaba como ciudadano romano o como ingenuo tenía la posesión de ese estado de ingenuidad o libertad.

La importancia de la posesión, no se basa solo en los interdictos a que da derecho, es decir, en el procedimiento, sino que es una de las condiciones principales para la adquisición de la tradición y de la usucapion.

¿La posesión es un hecho o un derecho? Antiguamente se decía que era solo un hecho. Las razones en que se apoyaban eran las siguientes:

La posesión se pierde cuando aparece el verdadero dueño, o bien, cuando se nos arrebató la cosa poseída.

Si fuera derecho no habría donde clasificarlo ni en los personales, porque es una relación con las cosas exteriores; ni aun en los reales, ya que no goza de una protección tan amplia como la de estos y, además, los interdictos son personales no reales.

Lavigny en su "Traité de la possession" cree "que
" considera en sí misma, es, según la idea primitiva, un simple
hecho, pero, no es menos verdad que van unidas a él ciertas con-
" secuencias de derecho por lo que es a la vez, hecho y derecho:
" hecho, por su esencia, derecho por sus consecuencias "

Tal es la opinión de Jerafiné. "La posesión no
" es un derecho, sino un simple hecho (res facté); sin embargo,
" produce consecuencias jurídicas, toda vez que está protegida y
" garantida con acciones adecuadas contra las perturbaciones arbi-
" trarias".

Una tercera opinión, le atribuye simplemente el
carácter de derecho y aún de derecho real, entre ellos Ihering que
dice "la posesión aparece como una relación inmediata de la perso-
" na con la cosa, pertenece, pues, al derecho de las cosas". (~~De~~
" *la* vreschoisies, Tomo II pag. 226).

Analogías y diferencias entre la posesión y la propiedad.- La po-
sesión, lo mismo que la propiedad, se compone de dos elementos: la
voluntad del hombre que obra sobre la cosa sometida a esta voluntad
pero, en la propiedad es necesario, también, que sea conforme a la
ley.

Se vé también, que las cosas incorporales, y las
que están fuera del comercio, no pueden estar sujetas ni a posesión
ni a propiedad, y, además, las personas "alieni ^{iuris} iuris" son incapaces
tanto de propiedad como de posesión.

"Donde la propiedad no es posible, objetiva o subjetivamente, la
" posesión tampoco lo es " (Ihering)

Pero estas analogías tienen su límite que deriva
de que la posesión es un poder de hecho mientras que la propiedad
es de derecho. Por eso, el ladrón no adquiere la propiedad de la
cosa robada y se requiere un acto especial de aprehensión de los
herederos para que se transmita la posesión de los objetos, que el
difunto tenía en esa calidad.

Y aquí surge la distinción clásica entre "ius possessionis" y "ius possidendi". El ius possessionis es el derecho del poseedor de valerse de su relación posesoria, hasta que encuentre una persona que lo desaloje probándole su ius possidendi, en otros términos, "ius possessionis", es el hecho de la posesión con sus ventajas legales; "ius possidendi" es el derecho de poseer la cosa que incumbe al propietario.

El propietario, que posee el ius possidendi, puede no tener la posesión de la cosa, ius possessionis y, a la inversa, el ladrón tiene el ius possessionis solamente y, sin embargo, la ley le concede el derecho de protegerse por medio de las acciones de las lesiones que un tercero pudiera ocasionarle.

Clases de posesión.- El Derecho Romano, agrupó la posesión en varias categorías: enumeraremos aquí las principales:

1º- La posesión se divide en corporis, si se posee una cosa, y iuris si es alguno el derecho el objeto de la posesión.

2º- Es justa e injusta, según la manera, como ha sido adquirida la posesión. Justa era la que habíamos obtenido sin lesión grave para el anterior poseedor, en virtud de un título legal y no estaba atacada de ningún vicio. Injusta, era la que tenía algunos de los vicios que eran tres: vi, clam, precario. Poseía "vi" el que había adquirido la posesión ejerciendo una violencia física o moral en el anterior poseedor. Poseía "clam" cuando la adquisición se había hecho clandestinamente, es decir, cuando, con el objeto de impedir la resistencia del antiguo dueño, se le ocultó el acto. El "precario" tuvo su origen en la petición que hacía el cliente al optimate, al terrateniente, para que le concediera en uso una parte de sus tierras. El propietario, enternecido por su ruego, accedía pero se reservaba el derecho de quitársela cuando tuviera necesidad. Si resuelto a ello, el precarista se negaba a entregarla el demandante recuperaba la cosa con demostrar que po-

seña al dictarse el precario. La posesión injusta produce su efecto contra terceros no contra quien se posee injustamente.

3.º- De buena fé o de mala fé. Se posee de buena fé cuando al hacer nuestra una cosa tenemos la convicción de que no violentamos el derecho de nadie. La mala fé existe en caso contrario. No debemos confundir la buena o mala fé con la creencia de que somos o no propietarios. (coetatu o opiniononi domini). El que posee de buena fé tiene los frutos de la cosa y, además, la buena fé y la posesión ^{justa} son condiciones para llegar por medio de la posesión a la propiedad. Ni menos, hay que confundir la buena o mala fé en la posesión, con la justicia o injusticia de la misma. Si quito una cosa que creo que es mía, a otro por la fuerza y que, sin embargo, no lo es, cometo una acción injusta y de buena fé. Si compro una cosa que sé que no es del vendedor esta acción es justa y de mala fé.

4.º- Posesión civil y natural. Tiene posesión natural el que posee una cosa sin intención de tenerla para sí (arrendatario, comodatario). En este caso no hay posesión solo existe mera tenencia. Posesión civil es la que se tiene con la intención de estar con respecto a la cosa, en una relación directa e independiente.

5.º- Posesión "ad interdicta" y posesión "ad usucapionem".

Interdicta era la que estaba protegida por los interdictos, común a todas las posesiones; ad usucapionem era la que, además justa y de buena fé, y que con el tiempo se convertía en propiedad (usucapión).

Adquisición de la posesión.- Para conseguir la posesión, son precisas dos condiciones:

1.º- El corpus, o sea, la posibilidad física de disponer de la cosa con exclusión de los otros. El corpus ha sido entendido - según Cuq - de tres maneras:

Los glosadores creían que el corpus implica solo una toma de posesión material. Savigny cree que basta que esté la cosa bajo su custodia o, que tenga la posibilidad física de realizar esa toma de posesión. Finalmente según Ihering, consiste en conducirse respecto de la cosa como lo haría el propietario.

Muchas personas no pueden tener la cosa por entero: "plures eandem rem in solidum possidere non possunt" dicen los romanos. Pero pueden tener la coposesión de una misma cosa, pues, en este caso la voluntad común dispone de ella. Tampoco puede tenerse la posesión de partes reales de una cosa mueble: la pierna de un animal, pero, sí partes ideales de un inmueble: la tercera parte de un fundo.- Pero podía tenerse la posesión en diversos conceptos como el propietario y el usufructuario.

Los muebles se adquirían por custodia, que es el depósito de una cosa en lugar cerrado y seguro.

Las cosas encerradas en un cofre, caja, armario, pieza, etc. se adquirían con la entrega de las llaves. La entrega de los títulos de propiedad hecha a un esclavo equivalía a la reivindicación.

Para los inmuebles la ocupación de un fundo en ausencia del poseedor, no basta; es preciso, que éste haga una tentativa infructuosa para recuperarlo, o bien, renuncie. En caso de tradición, cuando el vendedor conduce al comprador sobre el fundo, y si éste se encuentra muy lejos basta una autorización escrita.

Podemos 1.º- tomar una cosa que no está en poder de nadie; 2.º- tomar una cosa de otro con su consentimiento, o 3.º- tomar una cosa de otro sin su consentimiento.

En el segundo caso se verifica la tradición y es suficiente, con que se nos autorice la posesión si es inmueble, o, si es mueble, colocarla en nuestra presencia.

Para las "res nullius" el acto debe ser exterior, enérgico, y palpable; un animal no se adquiere con solo herirlo, es preciso, tenerlo vivo o muerto.

B) . El animus possidendi (animus rem sibi habendi según Maynz) es la intención de estar en relación directa con la cosa. Según otro, es la intención jurídicamente manifestada de conducirse con la cosa como lo haría el propietario y de pretender la propiedad. Pero Ihering ha establecido que la posesión no resulta solo de la reunión del corpus y del animus; que la prueba directa de la posesión puede hacerse en muy pocos casos y que el animus no se encuentra solo en la posesión, ya que también lo hay en la detención, pero, si esto es verdad, también es cierto que el animus es muy distinto en los dos.

Los absolutamente incapaces de voluntad no deberán poseer, pero la ley la concede a los locos, personas jurídicas, imbeciles e infantes porque pueden tener propiedad.

Casos de atribución de posesión.- Antiguamente el precarista no tenía ninguna acción en contra de aquel que le atacaba su posesión, para defenderse tenía que recurrir al patrono; en la prenda, se confería una garantía material al acreedor, sustraída la posesión del objeto tenía que pedir el auxilio del deudor que en la mayoría de las veces estaba en connivencia con el que había sustraído el objeto. En estos y otros casos con el objeto de dar los interdictos se atribuyó la posesión que después se estableció al enfiteuta depositario etc.

Adquisición de la posesión por medio del representante.- El Derecho Romano, absorbiendo la personalidad de los que están bajo potestad en el pater familias admitió que éste pudiera adquirir por medio de ellos.

Al principio se podía adquirir por sí mismo o por medio de una persona en poder. Después se admitió la adquisición por procuradores, que, la mayoría de las veces era un esclavo libre. La teoría de la representación fué consagrada por Severo y Caracalla. Al principio podría solo representarse el corpus: se creía que el animus debía existir en la persona del representado, pero, tuvo excepciones, por ejemplo para el infante en tutela y

para las personas jurídicas, locos en curatela, etc.

En la adquisición por representante podemos tener primero el animus: cuando le damos orden de adquirir una cosa, en este caso poseemos desde el momento en que efectúa el acto de aprehensión; o, tenemos, a la inversa, primero el corpus; cuando tomada la cosa por nuestro intermediario, ratificamos su acción, desde este momento empezamos a poseer.

El representante, para tener ese carácter, debía poseer los requisitos necesarios para adquirir para sí; debía tener la intención de adquirir para nosotros y nosotros la de hacerlo por él.

Constitutum possessorium "es el cambio de voluntad de una persona que antes poseía para sí y que, en adelante posee para nosotros.

Traditio brevi manu ^{que} es la orden que el principal dá a su representante para que deje de poseer en su nombre y posea, en adelante, en nombre propio.

Pérdida de la posesión.- Mientras se sostengan las dos condiciones, hay posesión, esto no significa que debamos continuamente poseerla o pensar en ella.

La posesión cesa cuando perece el objeto por muerte o destrucción, cuando los animales salvajes recobran su libertad, cuando un acontecimiento pone la cosa fuera del comercio, por el hecho de otro hombre; pero, si el ocupante, a nuestra primera demanda, nos entrega la cosa no hemos perdido su posesión; no así cuando hemos sido violentamente expulsados en que la perdemos "defectius".

La posesión por representante se pierde cuando nosotros la abandonamos. Permanecemos en la posesión de un inmueble, mientras se sostenga en él nuestro representante; nos privamos de ella si hace un acto que signifique desposesión para nosotros (contractatio, directio).

La mala fé no nos hace nada: así el poseedor no es víctima del acto desleal de dejarse arrebatar la cosa.

Motivos de la protección posesoria.- Desde antiguo ha repugnado el hecho de que se protejera al poseedor injusto, al ladrón, Savigny cree que es con el objeto de impedir la perturbación de la paz social, del orden público. Pero ¿por qué no dársela al poseedor natural o a las personas incapaces de poseer? ¿Acaso no pueden ellas también perturbar el orden público?

Se recurrió a la teoría de que la protección posesoria se daba en vista de la voluntad de la personalidad que se menoscababa al violentar la relación posesoria.

Ihering cree que se instituyó con el objeto de aliviar a la propiedad y así dice:

"La posesión forma la condición de hecho de la utilización de la propiedad. La protección posesoria se presenta como una situación defensiva del propietario, de aquí, que puede rechazar más fácilmente que por medio de la reivindicación los atentados dirigidos en su esfera jurídica. En consecuencia, es rechazada donde está jurídicamente excluida la propiedad".

Interdictos.- Interdictos son las acciones que tienen por fundamento la protección y por objeto poseerla.

La lesión puede ser más o menos grave según nos traiga una perturbación de nuestro poder sobre la cosa o nos prive enteramente de él, de allí las dos clases de interdictos: "retinendae possessionis" y "recuperandae possessionis". Otros agregan el de "adspiciendae possessionis" cuyo objeto es adquirir una posesión que no poseíamos, pero, por esto y porque admitiéndolo habría que introducir aquí muchas otras categorías no lo estudiaremos. Nos concretaremos a los dos primeros; en ambos el demandante tiene que probar que tenía la posesión, no importa de que modos: se dan solo para la persona que lo solicite (in personam).

Interdictos retinendae possessionis: son los que nos mantienen en la posesión de una cosa. Ante todo había que justificar esa posesión; si ello no nos era posible, sucumbíamos,

principalmente, cuando el demandado probaba ser él el verdadero dueño, constituyendo así nuestra demanda un ataque contra su poder (indicium duplex) Podía también reconocer nuestra posesión, pero, sostener que la habíamos adquirido "vi, clam, vel precario" y podía hacernos restituir la cosa por medio de un interdicto recuperandae possessionis.

Los interdictos retinendae possessionis se dividen en "utē possidetis" (inmuebles) y "utrube" (muebles). Los dos se reunieron bajo el imperio pero subsistió el hecho de que el uti possidetis protege al poseedor actual y el utrube pasa el que ha poseído más respecto de su adversario. Los dos son prohibitorios protegen al que no tiene ningún vicio en la posesión.

El possidetis defiende contra el pretendiente a la posesión que impide usar de la cosa como queramos, tiene una función recuperatoria contra el que posse vi, clam vel precario y sirve para fijar el papel de las partes en la reivindicación.

El utrube asegura la posesión al que no la tenía al declararse el interdicto. En materia mobiliaria se estaba protegido contra la posesión por un período muy corto.

Interdictos recuperandae possessionis.- Los hay de dos clases de vi quotidiana y de vi armata, que supone una expulsión violenta (vis atrox). Bajo reserva de que el demandante no tiene posesión viciosa respecto a su adversario el pretor ordena al demandado restituir el inmueble. Debe ser interpuesto en el año, pasado este se da solo una acción in factum.

El interdicto de vi armata se aplicó al caso en que la expulsión es obra de un grupo de dos o más personas armadas.

El de precarium se da en contra del precarista que no restituye a primera requisición el precario desde este momento tiene la posesión injusta o viciosa. Este interdicto es restitutorio.-

Quasi - possessio.- La aplicación de la posesión a los objetos materiales se manifiesta como el ejercicio de los poderes comprendi-

dos en el derecho de propiedad. Se lo ha extendido a otros derechos reales, principalmente a los derechos de servidumbres, que son desmembraciones del derecho de propiedad. Se considera como poseedor de una servidumbre al que posee las facultades contenidas en este derecho. Si empotro vigas en la pared del vecino sin tener derecho, tengo solo la posesión del *ins tigni inmittendi*".

Quasi possessis es, pues, el ejercicio del poder contenido en una servidumbre, hecha abstracción del derecho o no de ejercerla.-

Alejandro Silva B

6. a. l.



BIBLIOGRAFIA

- E. Cuq. "Les Institutions Juridiques des Romains"
Paris 1904.-
- Maynz "Derecho Romano"
- Serifine "Instituciones de Derecho Romano" Barcelona
- Ihering "Oeuvres choisies " Tomo II.
- Ihering "Fondement des interdits possessoires"
- Lazo, Santiago - "Derecho Romano"
- Arosamena - "Derecho Romano"

Diccionario Enciclopédico Espasa.

PATRIMONIO UC