

LA POSESIÓN. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Laura M. VELÁZQUEZ ARROYO

*A Horacio Heredia Vázquez,
in memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Teoría de la posesión.* III. *Análisis del Código Civil federal.* IV. *Análisis de los códigos civiles de las entidades federativas.* V. *El derecho clásico romano.* VI. *Apreciación crítica-comparativa.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía. Anexo.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es parte de un proyecto institucional más amplio, que está en proceso de desarrollo y que fue gestado gracias a Jorge Adame Goddard, con el objeto de presentar una propuesta de régimen civil común a nivel nacional. En este sentido, constituye una modesta contribución analítico-crítica-comparativa de la posesión en los diversos códigos civiles (federal y locales) vigentes en México, considerados desde una perspectiva de derecho romano clásico.

Con esta propuesta también queremos celebrar el aniversario 80 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la institución más importante en el desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país.

Así, iniciaremos con un análisis general de las teorías de la posesión para, en una tercera parte, observar el contenido respectivo en el Código Civil federal, enfocada, en específico, a examinar el concepto y la naturaleza jurídica de la posesión. Después, reflexionaremos sobre el régimen que siguen los códigos civiles locales. Como cuarto punto estudiaremos los temas respectivos en el derecho romano clásico. Finalmente, ya con los dos elementos a comparar, realizaremos un análisis crítico-comparativo entre el régimen moderno en el derecho mexicano y el derecho romano.

La posesión es una institución jurídica compleja cuya comprensión presenta muchas dificultades. Algunos de estos conflictos se deben a que las fuentes del derecho romano, donde surge esta figura, son oscuras y fragmentarias; al hecho de que los juristas romanos buscaban el desarrollo de la justicia en caso concreto y no una jurisprudencia sistemática, por lo que no estaban obsesionados con la creación de sistemas conceptuales, sino que creaban conceptos con fines prácticos; las ambigüedades terminológicas y posibles inconsistencias en las soluciones jurídicas.

Las discusiones teórico-prácticas iniciaron desde el periodo clásico del derecho romano (130 a. C. a 230 d. C.), cuando se analiza qué es la posesión y cuál es su naturaleza jurídica. Pero se convirtieron en verdaderos problemas con la compilación justiniana, que está plagada de interpolaciones,¹ y con la recepción de las fuentes romanas por los glosadores y posglosadores. Sin embargo, es hasta el siglo XIX cuando la discusión teórica alcanza su punto más alto, por la influencia de ideas liberales formuladas en el siglo anterior y la configuración de dos posturas teóricas encontradas: formalistas y realistas.

Así, gracias a las ideas liberales surge, en la primera mitad, la teoría subjetiva o de la voluntad con Savigny, quien utiliza el método constructivo sistemático de la escuela histórica, que preside y desarrolla un estudio profundo en su obra maestra *Das Recht des Besitzes* (1803),² que constituye el primer estudio sistematizado del tema y cuyas ideas dominaron el siglo. Posteriormente, como respuesta a esta postura se presenta Rudolf von Ihering, con sus obras *Über den Grund des Besitzschutzes: eine Revision der Lehre vom Besitz* (1869) y *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode* (1889).³ Ihering recurre al método teleológico realista con el que encontró importantes inconsistencias en la interpretación de Savigny, que lo llevaron a rechazar la idea de la libertad de la voluntad y tomar como fundamento de la posesión la conducta promedio de los seres humanos. Es importante señalar que hubo una gran cantidad de autores además de los mencionados, pero los autores principales en la formulación de las teorías de la posesión que influenciaron las teorías civilistas en México son estos dos juristas alemanes.

¹ Una interpolación es el agregado de textos (frases, versos, palabras ilegibles o faltantes) introducidos en una obra en donde originalmente no existían o donde no se tenía certeza de que el autor realmente los hubiera usado. Son pasajes de un texto que no han sido escritos por el autor original.

² Existe traducción de este libro: Savigny, Friedrich Karl von, *Tratado de la posesión. Según los principios de derecho romano*, Madrid, 1845. Nosotros tomamos como fuente la séptima edición de la versión alemana de 1865.

³ En español: Ihering, Rudolf von, *La teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Reus; *La voluntad en la posesión. Crítica del método jurídico reinante*, Madrid, Reus. Nosotros tomamos las versiones originales del alemán.

Hasta el siglo XVIII es fácil observar que una gran cantidad de expertos del derecho, filósofos, políticos, teólogos, e incluso sociólogos, eran estudiosos profundos de la aportación jurídico-política romana a la civilización occidental. Ejemplo de ello son John Milton, Montesquieu, Hegel, Savigny, Ihering y Weber, por sólo mencionar algunos. Por otro lado, cuando se analiza el tema en México, se hace a través de las teorías francesas de los siglos XVIII y XIX o referencias, demasiado generales, a la obra de Savigny y de von Ihering, por lo que, lamentablemente, son replicadores de las posibles paradojas dogmáticas. Además, son pocos los estudiosos que hacen referencia al derecho romano y, dentro de ellos, son escasos quienes lo estudian. No obstante, esta situación es parte de una tendencia que inició con la codificación del derecho civil, a partir de la cual se pensó que se podía hacer teoría del derecho civil sin tener que recurrir constantemente al derecho romano, proceso que limita la comprensión de las instituciones jurídicas. Lo anterior porque se presupuso que el Código Civil napoleónico de 1804 ya contenía al derecho romano, amalgamado junto con el derecho canónico y el derecho consuetudinario francés, como resultado de la labor de Jean-Etienne-Marie Portalis, quien tenía un extraordinario conocimiento del derecho romano clásico y justiniano.

Aun con todo este esfuerzo teórico, existe una serie de cuestiones que todavía requieren ser precisadas. En este sentido, es mejor recurrir al estudio del origen del fenómeno para poder comprenderlo y, además, esclarecer las posibles contradicciones y problemas que se van presentando en el desarrollo de la institución a través de los siglos.

II. TEORÍA DE LA POSESIÓN

En este apartado analizaremos las teorías de la posesión relativas al concepto y a la naturaleza jurídica. No obstante, un análisis más amplio y detallado sobre el derecho civil mexicano será publicado a la terminación del proyecto y en mi libro *La posesión. Origen y desarrollo en el derecho romano*, que está en proceso de corrección.

Como se comentó, son dos las teorías que, generalmente, se toman como modelo de explicación de la posesión en el derecho civil: la teoría subjetiva o clásica de Karl von Savigny, y la objetiva, de Rudolf von Ihering. Aunque algunos agregan una tercera que es denominada la ecléctica, de Raymond Saleilles, la cual, si se realiza un análisis profundo, es posible observar que no aporta elementos nuevos. Ahora bien, ambas teorías consideran el *corpus* y el *animus* como elementos constitutivos de la posesión (binomio), pero las interpretan de manera diferente.

1. *Savigny: el animus domini y el corpus*

Savigny abandonó la metodología tradicional, consistente en una combinación de glosa y derecho natural, para emplear avanzadas técnicas filológicas con el propósito de reconstruir la teoría de la posesión romana de manera sistemática. Así, trata de aclarar la noción de posesión en dos sentidos: formal y material. En el primero, expone qué derechos se requieren para que la posesión exista, partiendo de la idea de que la detentación jurídicamente considerada se convierte en posesión; en el segundo, enumera las condiciones que el derecho romano prescribe para la existencia de la posesión misma.

Reconoce que, en toda la discusión histórica, los estudiosos están de acuerdo en que la posesión se fundamenta en la detentación, que consiste en un estado en el cual el poseedor puede ejercer físicamente su influencia sobre la cosa poseída, pero además tiene la posibilidad de impedir que cualquier otro sujeto interfiera en ese poder. Aunque la detentación no es un concepto jurídico, se vincula con la propiedad, pues constituye su ejercicio, ya que es el estado natural que corresponde al estado legal de la propiedad. En este sentido, al observar que el derecho romano establece el modo de adquirir o perder la posesión, al igual que para la propiedad, concluye que para poder formular una teoría jurídica de la posesión debe “...nur von dem Rechten des Besitzes die Rede (*jus possessionis*), nicht von dem Recht zu besitzen (bei den neuern Juristen *jus possidendi*), welches in die Theorie des Eigentums gehört”⁴ [tratará sólo del derecho de posesión (*jus possessionis*), no del derecho a poseer (con los juristas más recientes *jus possidendi*), que pertenece a la teoría de la propiedad].

Entonces, también procede a separar a la simple detentación de la posesión. Su estudio formal de la posesión lo lleva a concluir que sólo existen dos efectos exclusivos de la posesión jurídica: el derecho de usar los interdictos posesorios y el derecho a la usucapión. Asimismo, en el sentido formal observa qué lugar tiene la posesión dentro del sistema del derecho civil romano y los derechos que las leyes romanas atribuyen al poseedor. Sin embargo, del estudio de los textos romanos es claro observar una pluralidad de términos y expresiones referidas a la posesión, por lo que también examina las distinciones en el uso de las expresiones *possessio* en general, *possessio naturalis* y *possessio civilis*, con el objeto de determinar cuál de estas categorías es la posesión jurídica.

Después de un análisis exhaustivo de los textos romanos, concluyó que la *possessio civilis* y la *possessio*, en sentido general, son posesión jurídica por-

⁴ Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.* p. 27.

que producen los efectos mencionados; la primera ambos efectos, la segunda, solamente los interdictos. De igual forma, identifica la *possessio naturalis* con la mera detentación o tenencia, que no produce efecto jurídico alguno.⁵

En cuanto al estudio material, identifica la existencia de dos requisitos para ser poseedor jurídico: el *corpus* y el *animus*.⁶ El primero consistente en la relación física con la cosa, lo que lo asemeja a la posesión natural, por lo que es necesario otro elemento para convertirse en posesión jurídica: el *animus possidendi* o voluntad de poseer.

En síntesis, Savigny, basándose en estos dos elementos, define la posesión como una relación de hecho constituida de un elemento material que estriba en la detentación de una cosa (*possessio corpore*) y de un elemento espiritual, psicológico, denominado por las fuentes como *animus possidendi*, consistente en la intención de comportarse como propietario de la cosa que se detenta (*animus domini* o *rem sibi habendi*).

Sin embargo, después de analizar el *animus possidendi* a profundidad, observa que existen casos protegidos por los interdictos posesorios en los que no existe *animus domini*, por lo que no pueden ser considerados *possessio*, o al menos no posesión originaria.⁷ Estos casos son considerados un fuerte golpe contra su tesis, por lo que trata desesperadamente de encuadrarlos de manera coherente dentro de la misma, intentando explicar por qué el derecho romano le da dicha protección, aun y cuando no son casos que entran dentro de su categoría de posesión, porque en estos casos el poseedor no tiene el *animus domini*.

Por lo anterior, crea una categoría nueva para explicar dichos casos, y la denomina posesión derivada (*abgeleiteten Besitzes*): una posesión que es transmitida por el titular originario a otros sujetos, en determinados casos, que no existe en el derecho romano.

En tales casos, expresa, existe un *animus domini* en el poseedor original, quien transmite su *ius possessionis* sin la propiedad a otra persona. Ésta última tiene la aprehensión (detentación) y una cierta voluntad que solamente se dirige a ejercitar el *ius possessionis* (derechos derivados de la posesión misma) que ha recibido; no tiene la intención de tratar la cosa como si fuera propia porque se reconoce la propiedad de otro.⁸ En otras palabras, en la posesión

⁵ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

⁶ *Ibidem*, pp. 108 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 108 y ss., 246 y ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 282 y ss. Existen otras posturas que desarrollan esta teoría de la posesión derivada. Por ejemplo, Thibaut la concibe como un verdadero y estricto traspaso de la posesión. Thibaut, Anton Friedrich Justus, *Ueber possessio civilis, AcP* 18, 1835, pp. 320 y 327; Brinz como la asignación de la posesión, en virtud de la cual una persona recibe un bien consigna-

derivada no existe el *animus domini*, sino el *animus possidendi*, que tiene por objeto el *ius possessionis* transferido del poseedor originario. Los casos de posesión derivada son: la del enfiteuta (arrendamiento vitalicio o hereditario);⁹ del acreedor pignoraticio (que recibe la cosa en garantía de su crédito contra el propietario);¹⁰ del secuestrario (depositario de la cosa embargada),¹¹ y del precarista (a quien el Estado romano concede una parcela del *ager publicus* con la obligación de que la restituya cuando le sea requerido).¹²

El *corpus* es concebido como un estado de hecho en el que una persona tiene el poder actual, o la posibilidad, directa e inmediata, de someterla a su poder físico; posibilidad de disponer de la cosa de manera exclusiva, y la posibilidad de excluir la intromisión de extraños. Mientras que el *animus*, para él, es el elemento esencial de la posesión, puesto que se puede poseer por intermediación de otro; es decir, que otro tenga el *corpus*, siempre y cuando

do y retiene la posesión por concepto de posesión de otro: Brinz, Alois von, *Pandekten*, I, 2, § 139, 1873, p. 517.

⁹ Una parte de los romanistas que explican la teoría savigniana, cuando tratan la posesión derivada, excluyen la enfiteusis sin dar razón alguna. Sin embargo, es importante señalar que la consideró siempre posesión derivada. *Cfr.* Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, p. 293. Los seguidores de la teoría de Savigny explican estos casos de posesión derivada como casos anómalos, *cf.* Rosshirt, Conrad Franz, *Gemeines Deutsches Zivilrecht*, 2, Heidelberg, 1840, pp. 27,32 y 33; *idem*, *Über den sogenannten abgeleiteten Besitz*, *AcP* 21, 1838, pp. 242 y ss.; Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand, *Das praktische gemeine Zivilrecht*, 1, Leipzig, 1868, pp. 450 y 451. No obstante, como ya explicamos en el caso concreto del precarista, éste fue el modelo de posesión que vio la luz por más de seis siglos, hasta que la posesión se transformó.

¹⁰ D. 41. 3. 16 (Iav. 4 *Plaut.*); D. 13. 7. 37 (Paul. 5 *Plaut.*); D. 13. 7. 40. 2 (Pap. 3 *resp.*); D. 41. 2. 1. 15 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 6. 2. 13. 1 (Gai. 7 *ad ed. pro.*); D. 9. 4. 22. 1 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 10. 4. 3. 15 (Ulp. 24 *ad ed.*).

¹¹ D. 41. 2. 3. 20 (Paul. 54 *ad ed.*). La regla no deja lugar a dudas: tanto en el depósito como en el arrendamiento no se transmite la posesión, sino en el caso especial de secuestro. Con relación a la posesión del secuestrario véase D. 41. 2. 39 (Iul. 2 *ex Min.*); D. 16. 3. 17. 1 (*Flor. 7 inst.*).

¹² D. 43. 26. 4. 1 (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 41. 2. 10. 1 (Ulp. 69 *ad ed.*); 43. 26. 15. 4 (Pomp. 29 *Sab.*). Bonfante utiliza este fragmento para argumentar que en el precario el precarista nunca tuvo *animus possidendi*, por lo cual la expresión *possederat corpore* es característica de la detentación sin *animus*. Sin embargo, no es del todo acertada su apreciación debido a que el precario es la figura más antigua de *possessio*, que era la figura paradigmática de la misma institución en un momento histórico en el que el *animus* no existía, mucho menos su concepto. En consecuencia, para que la *possessio* del precarista existiera nunca requirió referencia alguna a ese *animus* porque era inexistente. Cuando surge y se consolida la teoría del *animus* (muy clara en Paulo, Pomponio...) se siguió reconociendo la *possessio* del precarista (también la del acreedor pignoraticio y del secuestrario), pero se trató de darle una explicación de acuerdo con las nuevas categorías del *animus possidendi* y *possessio corpore*, lo que trajo como resultado que se les considerara (junto con la *enfiteusis*) dentro de los casos de *possessio naturalis pro alieno*, protegida por los interdictos. Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, 3, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 154.

el poseedor original siga teniendo el *animus rem sibi habendi*. En este sentido, es el *animus* el que nos puede ayudar a diferenciar entre una simple detentación y una verdadera posesión.

La construcción interpretativa savigniana de posesión derivada constituye el punto más débil de su teoría, junto con el *animus dominis* y el *corpus*. En primer lugar, porque no existe rastro alguno en las fuentes romanas que exprese esta derivación o transmisión del *ius possessionis*; en segundo, porque el precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestrario son tratados de igual forma que los poseedores, y no como asegura Savigny, como casos anómalos. Sobre el *animus domini* debemos señalar que es una expresión totalmente savigniana, ya que no aparece en la compilación ni en las obras justinianas.¹³

La distinción que desarrolla entre el aspecto formal y material de la posesión nos llevan a cuestionarnos sobre su naturaleza jurídica, a lo que Savigny señala:

...ob nämlich erstens der Besitz als Recht oder als Factum betrachten werden müssen, und zweitens, wenn er ein Recht ist, unter welche Classe von Rechten er gehöre.

Was das erste betrifft, so ist es klar, dass der Besitz an sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein blossen Factum ist: eben so gewiss ist es, dass rechtliche Folgen damit verbunden worden sind. Demnach ist er Factum und Recht zugleich, nämlich seinem Wessen nach Factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich, und dieses zweifache Verhältniss (*sic*) ist für das ganze Detail ungemein wichtig.¹⁴

[La primera es si la posesión debe considerarse un derecho o un hecho, y la segunda, si es un derecho, a qué clase de derechos pertenece.

En cuanto a la primera, es evidente que la posesión en sí misma, según su concepto original, es un mero hecho; es igualmente cierto que las consecuencias jurídicas han estado relacionadas con ella. En consecuencia, es *factum* y derecho al mismo tiempo, es decir, *factum* según su ser, e igual a un derecho en sus consecuencias, y esta doble relación es sumamente importante para el desarrollo de la teoría].

En este sentido, señala una doble naturaleza de la posesión, o sea, que en su sentido material es un hecho, ya que se funda en una relación puramente de hecho (la detentación) —por esa razón se puede adquirir y perder

¹³ Las *Constitutiones* hablan de *cogitatio domini* (C. 6. 2. 21. 2); el *Digesto* de *opinio domini* y *eo animo... ut credat se dominum esse* [D. 9. 4. 22. 1 (Paul. 18 ed.) y D. 6. 2. 13. 1 (Gai. 7 ed. prov.), respectivamente]. En las *Basílicas* (50. 2. 61) y en la *Paráfrasis* de Teófilo (2. 9. 4) encontramos la expresión *ψυχῆ δεσποζόντος*, que se traduce como *animus dominantis*.

¹⁴ Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

por medio de la violencia, lo que no sucedería si fuera derecho— y un derecho, en su sentido formal, cuando existen derechos combinados de la sola existencia del hecho, de la detentación; es decir, se producen como efectos jurídicos concurrentes o alternativos la usucapión y los interdictos.

Los interdictos posesorios van dirigidos a mantener la situación de hecho de la posesión en todos los casos excluidos de la cláusula viciosa (*clausula vitii: vi, clam, precario*). No son acciones pretorias ni vindicaciones provisorias porque no se puede permitir el ejercicio de la violencia ni de la clandestinidad, tampoco la falta de gratitud en la que pueda incurrir el precarista. En este sentido, el interdicto posesorio más antiguo, que es el *uti possidetis*, se concede para impedir que el poseedor sea molestado en su posesión, y el interdicto *unde vi, de clandestina possessione* y el *quod precario* se dirigen a restituir la posesión a aquellos que la perdieron por violencia, clandestinidad y precario, debido a que se consideran actos injustos.¹⁵

Esta teoría dominó durante el siglo XIX hasta que Ihering emitió su crítica certera no sólo en contra de la construcción teórica de la *possessio* savigniana, sino contra toda la metodología de la escuela histórica obsesionada con los detalles, la lógica abstracta y la formulación de principios o normas ideales que se puedan presentar en el futuro.

2. Ihering: la causa possessionis

Por su parte, Ihering formula una teoría objetiva de la posesión. Aunque su propósito principal era, más que nada, hacer una crítica al método formalista y conceptualista y proponer un método teleológico o realista que, en el caso de la posesión, implica preguntarnos para qué se protege la posesión.

Ihering explica las instituciones jurídicas buscando la finalidad práctica por la que se instituyeron, utilizando la lógica, la dialéctica y la filología como disciplinas auxiliares de investigación. Al hacerlo realiza críticas muy certeras a la teoría precedente, las cuales se pueden organizar en cuatro categorías: lógica, práctica, histórica y didáctica. Pero no profundizaremos en todas, sino sólo en las que tengan que ver con el concepto y la naturaleza de la posesión.

Para Ihering, el *corpus* siempre tiene un contenido intencional o volitivo; un *animus*. En este sentido, el *animus* está siempre presente, tanto en la detención como en la posesión, por lo que cancela la diferencia conceptual de Savigny basada en la voluntad, y además prueba que la voluntad

¹⁵ *Ibidem*, pp. 376-471.

influencia muy limitadamente las relaciones jurídicas, puesto que para ser poseedor basta con dirigir la voluntad para ejercer un control sobre la cosa, sin que necesariamente se quiera tener la cosa como propietario. En síntesis, la posesión es conceptualmente independiente de la propiedad, mientras que la propiedad depende de la posesión.

Así, considera que separar el *animus possidendi* del *corpus* es invención de Paulo, contra quien dirige una gran cantidad de críticas, puesto que señala al *animus possidendi* para separar la posesión de la tenencia, que no es una verdadera dogmática, sino un ensayo de construcción jurídica que no fue acogido por la legislación ni por la jurisprudencia.¹⁶ Esto se puede observar en el hecho de que la expresión *animus possidendi* no aparece en otras compilaciones de leyes romanas, como las *Basilicas*.

Ahora bien, formula una teoría positivista de la posesión, concibiéndola como el *corpus* protegido por acciones posesorias; es decir, la posesión es la relación posesoria protegida por los interdictos. Señala, de manera muy acertada, que la conducta de quien tiene la cosa como dueño, locatario, depositario, comodatario, usurpador o ladrón, no difiere exteriormente de manera sustancial. En este sentido, lo que determina que un caso sea posesión y no detentación es la causa. O sea, por motivos meramente prácticos, el ordenamiento jurídico determina a qué casos confiere la defensa posesoria y a qué casos no, determinando así qué casos son considerados posesión y cuales simple detentación. Se requiere conocer la situación jurídica de fondo y se tiene que examinar bajo qué causa tiene el presunto poseedor el *corpus*. Pero se debe partir del presupuesto de que todo *corpus* presume el *animus*, por lo que todo *corpus* implica la posesión, y sólo la prueba de la existencia de una *causa detentionis* (por ejemplo, casos excluidos de la posesión en el ordenamiento jurídico) destruye dicha presunción.¹⁷ Lo anterior porque se concibe que la tenencia tiene los mismos elementos que la posesión (*corpus* y *animus*, presupuesto). En esta teoría se inspiraron el *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁸ y el Código Civil suizo.¹⁹

Las posesiones anómalas ya no son tales, pues el derecho les reconoce la protección posesoria, por lo que no son casos excepcionales. Para Ihering, los casos que por motivos prácticos son una excepción a la posesión, y por

¹⁶ D. 41. 2. 1. 20 (Paul. 54 *ad ed.*) y D. 13. 7. 37 (Paul. 5 *Plaut.*). Véase también Ihering, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode*, cit., pp. 269 y ss., en especial p. 274.

¹⁷ Algunos códigos civiles solucionan este problema a través de una presunción. *Cfr.* Código Civil italiano, artículo 1141.

¹⁸ *Cfr.* § 854.

¹⁹ *Cfr.* artículo 919.

su exclusión de la protección interdictal, son: la situación del colono, del inquilino, del depositario, del comodatario, del mandatario, del procurador, del usufructuario y del usuario.

Sin embargo, una tesis que fue formulada y desarrollada con gran acierto por Ihering, y que constituye un punto firme en la teoría de la posesión, es el paralelismo entre la propiedad y la posesión. Paralelismo consistente en la identidad de la apariencia exterior entre ambos fenómenos, aclarando que la diferencia entre una y otra es abismal en el sentido de que una es un hecho y la otra un derecho. Debido a la existencia de dicho paralelismo, las fuentes advierten la necesidad de separar y diferenciar ambos fenómenos.²⁰ En este sentido, Ihering desarrolla su teoría posesoria en la tesis de que la posesión es la situación de hecho de la propiedad; es la apariencia exterior de la propiedad, su existencia de hecho.²¹

Con relación a la teoría savigniana de la posibilidad, nos dice que no es determinante para diferenciar la posesión de la detentación, pues hay casos en los que no hay posibilidad, pero sí se reconoce la posesión y viceversa.

El *animus domini* presentaba una fuerte problemática en la práctica del derecho, lo que provocó la necesidad de llevar a cabo la compilación de los actos posesorios. Asimismo, como es imposible probar de manera directa el *animus domini* o *animus possidendi*, pues son hechos psicológicos que no se reflejan en el mundo exterior en cuanto a tales, se llegó incluso a considerar la posibilidad de imponer al demandante la prueba por juramento sobre un estado del alma, el *animus domini*.²²

La problemática práctica a la que se enfrentó la jurisprudencia alemana con la implantación de la teoría savigniana al parecer encuentra su solución con la teoría de Ihering, pues corrige tanto el problema del *animus domini* como los casos anómalos.²³

Ahora, para Ihering la posesión debe explicarse con referencia a la propiedad, ya que es el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria, y con ella la noción de la posesión. De acuerdo con lo anterior, define a la posesión como la manifestación externa de un interés en el ejercicio de la propiedad: la posesión es la exterioridad de la propiedad. En otros términos, la posesión es el estado o uso normal de las cosas,

²⁰ D. 43. 17. 1. 2 (Ulp. 69 *ad ed.*): *separata esse debet possessio a proprietate*; D 41. 2. 12. 1 (Ulp. 70 *ad ed.*): *nihil commune habet possessio cum proprietate*; D. 41. 2. 52 (Ven. 1 *de interd.*): *...nec possessio et proprietatis misceri debent...*

²¹ Ihering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzschutzes*, *cit.*, pp. 142, 143 y 160.

²² Ihering, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode*, *cit.*, pp. 176 y ss.

²³ Ihering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzschutzes*, *cit.*, pp. 160 y ss.

con el que se cumple su función económica y social; la visibilidad de la propiedad. Idea que se puede aplicar extensiblemente a los derechos reales sobre las cosas.

III. ANÁLISIS DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

En México se han tomado ambas teorías sobre la posesión como contenido en los diversos códigos civiles. La tesis savigniana inspiró los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884 en sus artículos 919 y 822, respectivamente, que definían a la posesión como “la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre”. Por su parte, los artículos 920 y 923 del Código de 1870, y 823 y 826 del de 1884, respectivamente, afirman que la posesión es un medio de adquirir, y que ésta, en nombre ajeno, no es posesión en derecho; señala claramente que *possessio civilis* es la única jurídicamente relevante, o sea, la del que posee para sí mismo y tiene como fin la usucapión. La detentación a nombre de otro (arrendatarios, usufructuarios, etcétera) no es posesión para estas codificaciones.

1. *El concepto de posesión*

Nuestro Código Civil federal no define la posesión, sino que solamente refiere quién es considerado jurídicamente poseedor en el artículo 790: “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el art. 793. Posee un derecho el que goza de él”.

Y el artículo 793 señala: “Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”.

Del análisis del artículo 790 podemos observar que sostiene la teoría objetiva de Ihering, al considerar que el poseedor es aquel que ejerce un poder de hecho sobre la cosa,²⁴ a excepción de aquellos que, aunque ejercen el poder de hecho, se encuentran en estado de subordinación con relación al poseedor originario; contenidos en el artículo 793, casos que se consideran detentación, pues no se les reconoce protección jurídica posesoria. Así, la

²⁴ Esta adscripción a la teoría objetiva también se puede observar en la exposición de motivos del C. C. de 1928.

excepción es señalada por la misma normativa civil, lo que también defiende Ihering como útil para efectos prácticos, pues la complejidad de la posesión implica que hay una multiplicidad de casos diversos que al final pueden ser considerados posesión, o no, por disposición normativa. Por otra parte, omite cualquier referencia al *animus*, lo que es acorde con la teoría objetiva que lo presupone.

En este sentido, fundamenta la posesión en el elemento objetivo del poder físico sobre la cosa. Hasta aquí parece todo claro; sin embargo, la última parte del artículo 790, cuando señala “Posee un derecho el que goza de él”, se refiere a la posesión de derechos o cuasi posesión; es la situación que aparece cuando lo poseído no es una cosa (*possessio rei*), sino que se trata de la posesión de un derecho (*possessio iuris*). Lo anterior hace problemático comprender a la posesión jurídica.

Además de lo mencionado, el artículo siguiente introduce la distinción entre posesión originaria y derivada, que es totalmente savigniana:

Artículo 791. Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada [*ius possidendi*].²⁵

Tenemos, por otro lado, el artículo 792, que también trata a las dos instituciones jurídicas de manera conjunta: “En caso de despojo, el que tiene la posesión originaria goza del derecho (*ius possidendi*) de pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada (*ius possessionis*), y si éste no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo”.

Lo que podemos observar es que sólo el poseedor originario, que es el propietario o el que está por usucapir, pero que no tiene el poder físico sobre la cosa, tiene la facultad de ejercitar los mecanismos procesales para pedir que se restituya la posesión al poseedor derivado, o a él mismo. Lo que es problemático al no reconocerle al poseedor derivado la posibilidad de pedir la restitución de la cosa frente a un tercero.

Finalmente, el artículo 793 nos señala los casos en los que hay un poder físico de una persona sobre el bien, pero que este poder depende de una relación de subordinación respecto del propietario, por lo que no se considera posesión, sino, en términos teóricos, simple detentación.

²⁵ Los corchetes son míos.

2. *Naturaleza jurídica*

El tratamiento conjunto de la posesión y la cuasi posesión llevó a algunos estudiosos a concebir, erróneamente, la posesión como un derecho.²⁶

Del mismo artículo 790 se observa que para la legislación civil la posesión es un hecho, valga la redundancia, un poder de hecho que ejerce una persona sobre una cosa. Esto parece no originar mayor problema, sino hasta que se considera la segunda parte del artículo: “Posee un derecho el que goza de él”. Esta parte, junto con los demás artículos que delimitan el régimen jurídico de la posesión y, a la vez, con la cuasi *possessio*, hacen que la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la posesión sea confusa, puesto que concibe a la posesión como un hecho y como un derecho; no por las consecuencias jurídicas que produce, como lo señala Savigny, porque se habla de un derecho de poseer la cosa, un *ius possidendi*, que deriva de un acto jurídico como el arrendamiento, el usufructo, la prenda (acreedor pignoraticio), el depósito (depositario) u otro título análogo.

El problema que deriva de esta confusión entre hecho de poseer y el derecho que deriva de un acto jurídico que puede implicar un uso o aprovechamiento para una de las partes provoca que la distinción entre derechos reales y personales pierda razón de ser. Además de que produce graves confusiones teóricas.

IV. ANÁLISIS DE LOS CÓDIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

1. *El concepto de posesión*

En el análisis de los 32 códigos civiles de las entidades federativas nos encontramos ante dos hipótesis simples: una mayoría (22 estados) siguen el contenido del Código Civil federal;²⁷ el resto, que son Coahuila (artículo 1680), Guanajuato (artículo 1037), Morelos (artículo 965), Puebla (artículo 1344), San Luis Potosí (artículo 736), Sonora (artículo 960), Tabasco (artículo 877), Tlaxcala (artículo 1124), Yucatán (artículo 625) y Zacatecas (artículo 90) tienen un contenido relativamente diverso con referencia al concepto. Estos 10 estados definen a la posesión y a la cuasi posesión de manera directa y no a través de

²⁶ Véase Morineau, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, 1997, pp. 46 y ss.

²⁷ Ver anexo.

definir quién es el poseedor. En sentido general, conciben a la posesión como un poder de hecho que se ejerce sobre un bien o el goce de un derecho; es decir, la posesión de cosas corporales y la de derechos, de manera conjunta y al igual que los demás códigos civiles, posesión y cuasi posesión. Es importante destacar que solamente Guanajuato (artículo 1030) atribuye este poder de hecho al ejercicio de la propiedad en específico, limitando muchísimo la posesión.

2. *Naturaleza jurídica*

Como señalamos, a partir del análisis del concepto podemos también observar la naturaleza jurídica que los códigos civiles atribuyen a la posesión. Reconocen la naturaleza de hecho de la posesión, pero además, erróneamente, atribuyen el carácter de posesión al goce de derechos. En síntesis: es un hecho y, a la vez, un derecho. Pero en este punto, aunque seamos repetitivos, es importante aclarar que su carácter de derecho no se refiere a las consecuencias o protección jurídica que recibe esta situación de hecho, sino que poseen derechos.

Asimismo, podemos observar que, aunque son muy pocos, acertadamente se extiende el otorgamiento de las acciones procesales a los poseedores derivados; es decir, a quienes tienen, en efecto, el poder de hecho sobre el bien en los códigos de Aguas Calientes (artículo 815), Campeche (artículo 804, sólo en caso de despojo), Chiapas (artículo 786), Hidalgo (artículo 867), Jalisco (artículo 842, p. 2o.) y Morelos (artículo 966, p. 2o., con relación a terceros), por lo que los poseedores “derivados” no tienen que pedir el auxilio en la recuperación del bien al poseedor originario y, por ende, no tienen que esperar a que éste solicite la restitución del bien. En estos casos parece inclinarse la posesión a los poderes de hecho efectivos.

Otra cuestión significativa es la diferencia que señalan los códigos de Guanajuato (artículo 1039), Puebla (artículos 1345 y 1350), Tabasco (artículo 879, que atribuye al precarista la posesión derivada) y Tlaxcala (artículo 1128) entre posesión civil y posesión precaria, designando a la primera como aquella que se tiene a título de propietario, y a la segunda como la derivada de un acto jurídico entre el propietario que entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo.

Por su parte, Guerrero (artículo 699) y Quintana Roo (artículo 1782) equiparan la posesión *ad usucapionem*; o sea, aquella en la que quien ejerce

ese poder pretende convertirse en propietario por usucapión, a la posesión originaria, el poder de hecho que se tiene sobre un bien sin ser su propietario ni su poseedor derivado ni su detentador subordinado.

Sobre las causas que pueden originar a la posesión, Coahuila (artículo 1681), Guerrero (artículo 697) y Quintana Roo (artículo 1780) refieren que la posesión puede ser consecuencia de: 1) goce efectivo de un derecho real o personal; 2) de una situación de hecho, o 3) de una situación contraria a derecho. Mientras, Tabasco (artículo 878), Tlaxcala (artículo 1127) y Zacatecas (artículo 90) consideran a las dos primeras, pero excluyen la situación contraria a derecho.

Los únicos códigos civiles que distinguen entre los poseedores de hecho y los poseedores de derecho de manera explícita son Morelos, Puebla, Sonora, Tabasco y Tlaxcala.

Así, Morelos, en su artículo 965, marca:

Posesión de una cosa es un poderío de hecho en virtud del cual una persona la retiene y realiza en ella actos materiales de aprovechamiento o de custodia.

La posesión surge como consecuencia de la constitución de un derecho o sin derecho alguno; en el primer caso se es poseedor de derecho, en el segundo, de hecho.

En su artículo 966, párrafo 2o., hace una diferenciación muy clara entre propietario y poseedor: “El propietario al igual que el poseedor conserva el derecho de pretensión posesoria contra actos de terceros”. Además de que en el párrafo siguiente señala que dichos poseedores se registrarán por las disposiciones que norman los actos jurídicos, en virtud de los cuales son poseedores, en todo lo relativo a frutos, pagos de gastos y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa poseída.

El Código Civil de Puebla, en su artículo 1345, determina que “La posesión puede ser o no consecuencia de un derecho, y en ambos casos es protegida por la ley”. Aquí no se habla de posesión de derechos o posesión como goce de un derecho, sino que se posea como consecuencia de un derecho, lo que la doctrina medieval llamaba *ius possidendi*.

Otra aportación significativa la realiza el Código del estado de Sonora:

Artículo 960. El poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre cosa corporal para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, puede ser consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación de hecho. En el primer caso, se es poseedor en derecho; en el segundo, se es poseedor de hecho, salvo lo dispuesto en el art. 963. Pero aun este tipo de posesión es garantizado por la ley en los casos expresos que

consigna, en cuanto puede llegar a constituir un derecho o convalidar jurídicamente el hecho.

Las situaciones de posesión de hecho son reguladas por el derecho, en cuanto: o bien las promueve, garantiza y les da convalidación jurídica; o bien las sanciona, exige responsabilidades a quienes las realizan y aun las somete a la acción punitiva del estado, según hayan sido sus circunstancias constitutivas.

Posee un derecho, el que de hecho goza de él; ostentándose como titular del mismo al obtener en nombre propio los beneficios inherentes a su ejercicio.

En Tabasco, por su parte, se separan ambas posesiones en fracciones en el artículo 877, y en Tlaxcala se dividen en dos artículos (1124 y 1125), lo que no requiere mayor referencia.

Podemos observar la influencia de la teoría savigniana del *corpus* y del *animus* en los códigos de Puebla (artículo 1344), San Luis Potosí (artículo 736) y Tlaxcala (artículos 1124 y 1125), con la única diferencia de que en los dos primeros el *animus* se refiere tanto a la posesión de bienes corpóreos como a la posesión de derechos, mientras que en el último el *animus* sólo se vincula con la posesión de derechos al tener la voluntad de ser titular de los mismos.

V. EL DERECHO CLÁSICO ROMANO

En la época clásica los términos jurídicos adquieren un grado de significación técnica. Los términos *possessio* y *possidere* se utilizan para referir a la posesión. En contraposición, la actualmente denominada *detención* es referida a través de una multiplicidad de expresiones: *detentio*, *detinere*, *tenere*, *morari in fundo*, *esse in possessione*, *esse in praedio*, *possidere corpore*, *possessio naturalis*.

La posesión se configura como una relación *de facto* en la cual se tiene una cosa con la intención de poseerla para sí y de disponer de ella como si se fuese el propietario. Aun cuando la figura de la posesión se transformó radicalmente en el primer siglo de la época clásica, siguió manteniendo la protección interdictal, en tanto dicha señoría *de facto* no se convirtiera en señoría jurídica con la usucapión. Por esta razón hay quienes consideran que el punto de partida o la base de la posesión es la detentación material.²⁸

Como se comentó anteriormente, Paulo es quien inicia a darle cierta importancia o autonomía al *animus* como elemento de la posesión:

²⁸ Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, cit., p. 132.

A. 41. 2. 3. 1 (54 *ad ed.*): *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

[Y alcanzamos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo, o con el cuerpo. Más lo que hemos dicho que debemos adquirir la posesión con el cuerpo y con el ánimo, no se ha de entender ciertamente de modo que el que quiera poseer un fundo haya de andar por toda su tierra; sino que basta que entre en cualquier parte de este fundo, con tal que sea con la intensión y el designio de querer poseer todo el fundo hasta su término].

En D. 41. 2. 3. 12 (Paul. 54 *ad ed.*) también puntualiza la existencia de estos dos elementos de manera diferenciada al reconocer que “*Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus*” [más poseemos con nuestro ánimo, y también con cuerpo de otro].

Paulo es claro al señalar que sólo podemos poseer *corpore et animo*, y presenta éstos como si fueran elementos constitutivos de la posesión, ya que no se puede poseer sólo *corpore* o sólo *ánimo*.

1. *Concepto*

Es en el *Digesto* donde encontramos la única noción expuesta por Paulo en su libro 54 *ad ed.*, pero que él mismo refiere pertenece a Labeón: D. 41. 2. 1 pr. “*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*” [Como dice Labeón, la palabra “posesión” viene de “sede”, como si se dijera, “posición”, porque la tiene naturalmente la que se instala en ella, lo que los griegos llaman κατοχήν (o retención)].

Como se puede ver, Labeón refiere al significado de *lingüístico* de la palabra *posesión* en su sentido original o etimológico. No obstante, lo anterior no nos ayuda a observar las características de la posesión jurídica.

Otros textos que refieren a la posesión son: Festo, *v. Possessio: Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus agrí aut aedificií*²⁹ [Posesión es, y así lo define Gallo Elio, el uso de suelo o del edificio], y Festo, *v. possessiones: appellantur agrí late patentes publici privatique, qui[a] non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat*.³⁰

²⁹ Consideramos que la partícula *aut aedificií* es dudosa, pero no profundizaremos sobre ello.

³⁰ Karlowa, Otto., *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, p. 96, n. 1 [*privatique quia*] (*qui a privatis*); Niebuhr, Barthold Georg, *Römische Geschichte*, 2, Berlín, 1836, p. 162 (1a. ed.

Pero como se puede observar, ambos textos hacen referencia a la explicación del fenómeno *possessiones*, no al significado jurídico del término; hace referencia al uso antiguo.

En derecho romano clásico la posesión de facto se confunde con la detentación. Se habla de detentación o tenencia para referir a la situación de hecho por medio de la cual un sujeto denominado *poseedor* tiene una cosa bajo su control corporal; es un control físico de una cosa. Sin embargo, dicha tenencia no tiene protección jurídica; por ejemplo, la del ladrón que tiene la cosa robada o el comodatario que tiene una herramienta prestada para usarla gratuitamente.

En cambio, es reconocido como posesión aquel poder fáctico que una persona tiene sobre una cosa, pero que, además, dicho poder es protegido jurídicamente; es decir, que el poseedor puede defender la tenencia de la cosa. En el derecho romano se reconocen dos tipos de posesión: *i*) la posesión pretoria, que es la protegida por los interdictos posesorios, y *ii*) la posesión civil, que, además de la defensa interdictal, puede estar defendida por una acción pretoria con ficción (la acción “publiciana”) y que conduce a la adquisición de la propiedad.

2. Naturaleza jurídica

A. Res facti o res iuris

Al discurrir sobre la naturaleza de la posesión nos mueven inquietudes prácticas, pues pretendemos observar de qué manera su naturaleza afectaba

de 1812, nosotros utilizaremos la versión de 1836) [*occupaverat, colebat*]. Como podemos ver, en la definición anterior Festo vincula el uso a la institución del *ager que podía ser objeto de ocupación*, sobre el cual se podía poseer. Otros textos que relacionan la posesión, ocupación y *ager publicus*, que son importantes con relación a la definición ante puesta son: Isid., *Orig.* 15. 13. 3: “*Possessiones sunt agri late patentes publici privatique, quos initio non mancipatione, sed quisque ut potuit occupavit atque possedit; unde et nuncupati*” [Se denominan *possessiones* los campos anchurosos, públicos y privados que, en un principio, se adquirirían no mediante una compra, sino que cada uno ocupaba y entraba en posesión (*possidere*) de lo que podía. Y de ello recibieron su nombre]; Festo, *v. Occupaticius ager dicitur qui desertus a cultoribus frequentari propriis ab aliis occupatur*. Sobre el significado de *ager occupaticius* véase Tibiletti, Gianfranco, *Il possesso dell’Ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi*, II, *Athenaeum* 27, 1949, p. 22, n. 1. Sobre la diferenciación entre *ager occupatorius* y *ager occupaticius* véase también Mommsen, Theodor, *Römisches Staatsrecht, cit.*, III, 2, p. 828, n. 4; Rudorff, Adolf August Friedrich, *Gromatische Institutionen*, en Blum *et al.*, *Erläuterungen zu den Schriften der römischen Feldmesser*, II, Berlín, 1852, p. 252.

la adquisición, conservación, pérdida, transmisión (*traditio*) y sucesión de la posesión —lo que se desarrollará en un estudio posterior—, pero también inquietudes teóricas que nos permitan determinar qué elementos se mantuvieron como constantes en la casuística y que permitieron a los juristas clásicos delimitar a la posesión y diferenciarla de otras instituciones.

Los primeros textos que refieren a la naturaleza de hecho de la posesión datan de finales de la República. Aulo Ofilio (segunda mitad del siglo I a. C.),³¹ referido por Paulo, fue quien emitió una proposición que después se convirtió en máxima: “...*possidere... eam enim rem facti, non iuris esse...*”.³²

El mismo Paulo,³³ en el fragmento inmediato posterior,³⁴ refiere que la mayoría de los juristas acuerdan que la mujer posee lo que es donado por su marido, pues al ser la posesión una *res facti* no puede anularse por un impedimento de derecho civil.

Javoleno (a. 60-II d. C.) refiere de una manera diferente a la situación *de facto*; la refiere como aprehensión natural: “...*possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa ... corporaliter tamen possessionem amittunt...*”.³⁵

En el mismo tenor se pronuncia Quinto Cervidio Escévola (siglo II d. C.), referido por Ulpiano, quien considera que no se puede hurtar nada de la herencia, puesto que ésta no tiene la posesión de nada, no puede poseer, ya que la *possessio facti est et animi*. De aquí parece derivarse que la razón por la que la

³¹ Se atribuye a Aulo Ofilio, según referencias de Pomponio, la realización de un *Commentarium ad edictum praetorium*, lo cual causa cierta sorpresa, pues con probabilidad fue el primero que intentó realizar una organización sistemática de las disposiciones del edicto del pretor: *edictum praetoris primum diligenter composuit* (D. 1. 2. 2. 44. Pom. sing. *Enchiridii*). Antes de él Servio escribió dos libros brevísimos, lo que refleja el gran interés de los juristas por el *ius honorarium*.

³² D. 41. 2. 1. 3. Tesis que también sigue Nerva Filio, y se refiere a que el pupilo puede comenzar a poseer aun sin la autoridad del tutor, puesto que la posesión es una *res facti*. Agrega Paulo: sólo si los pupilos tienen edad para entender lo que hacen.

³³ En este mismo sentido, Paulo considera que la prueba de la transmisión de la posesión consiste en un hecho: *rem corporaliter tenere*, no en un derecho. *Cfr.* P.S. 5. 11. 2.

³⁴ D. 41. 2. 1. 4 (Paul. 54 *ad ed.*).

³⁵ D. 41. 2. 23 pr.; 1. (Iav. 1 *epist.*) ...*possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa...* la relaciona al hecho de que no se recibe la posesión al adirse la herencia, sino a través de tomarla naturalmente (o sea, efectivamente, realmente... de hecho). Con relación a: 1) ...*corporaliter tamen possessionem amittunt*, lo afirma en el caso en que alguien caiga prisionero de guerra y como consecuencia de ello pierde la posesión al perder la tenencia material. Albertario refiere que quienes clasifican a la posesión como derecho sostienen que *tamen*, en la parte del principio, se debe interpretar como afecta a la palabra posesión en el sentido de que ésta también es un derecho, pero que no pasa al heredero sin la aprehensión material. De acuerdo con él, considero que esa interpretación no se da de manera necesaria. *Cfr.* Albertario, Emilio, *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milán, 1943, p. 92.

herencia no puede poseer es porque la herencia es un ente, y por ello incapaz de realizar hechos ni voliciones.³⁶

De igual forma, Papiniano (142-212 d. C.), en el libro 3 de *Quaestiones*, afirma: “*possessio autem plurimum facti habet*”,³⁷ la cual se refiere a la pluralidad de formas posesorias en las cuales el elemento de hecho se vincula con un elemento (relación jurídica, derecho...) jurídico; es decir, la causa que lo origina, referidas sobre todo a la *iusta causa*.

Después, nos encontramos a Trifonino (contemporáneo de Papiniano siglo II-III d. C.), quien incluye a la posesión dentro de las *facti causae*: “*Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt...*”. La perspectiva de Trifonino es más amplia, refiriendo que ninguna situación de hecho (*facti causae*, o sea, posesión) puede ser anulada, o verse disminuida *nulla constitutione*, por una regla jurídica cualquiera. Relativo a la interrupción de la usucapión de quien cae cautivo, sobre aquello que poseía con su persona (pues deja de poseer). Pero la situación de hecho, la posesión que se tiene por medio de los sujetos a su potestad o de lo que están adquiriendo después para sus peculios, no puede verse afectada sino a través de un hecho (que también dejaran de poseer). En este punto sigue a Juliano, al sostener que si los sujetos a potestad continúan poseyendo, puede completarse la usucapión,³⁸ incluso cuando el *sui iuris*, del cual se posee, esté en cautiverio.

Finalmente, Ulpiano (170?-228 a. C.) emplea la expresión “*quod est enim facti*” para describir la naturaleza de hecho de la *possessio*.³⁹

Como podemos observar, del análisis de los textos anteriores se desprende la naturaleza de hecho de la posesión de manera clara.

B. Ius possessionis en el derecho romano clásico

Pese a la aparente claridad de las fuentes analizadas, la discusión sobre la naturaleza fáctica o jurídica de la *possessio* fue reavivada por los comentaristas o posgrosadores (siglo XIII e inicios del XIV) movidos por la idea

³⁶ D. 47. 4. 1. 15 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Scaevola ait ... possessionis hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi...*

³⁷ D. 4. 6. 19. En este fragmento Papiniano considera que la posesión se interrumpe por caer prisionero de guerra, puesto que la usucapión no se realiza sin la posesión y la posesión es un hecho. Concluye que las situaciones de hecho no entran en el derecho de postliminio.

³⁸ D. 49. 15. 12. 2 (Tryph. 4 *disp.*).

³⁹ D. 41. 2. 29 (30 *ad Sab.*) Ulpiano toma el caso del pupilo que posee *sine tutoris auctoritate*, quien puede perder la posesión si deja de poseer con el cuerpo; o sea, si deja de tener la relación fáctica con el objeto (*corpore desinere possidere*).

de que la posesión es tutelada jurídicamente sin tener en consideración su legitimidad objetiva.

Por otra parte, hay quienes han llegado a considerar a la posesión como un derecho, colocándolo dentro de los derechos reales.⁴⁰ Lo anterior se debe a que existen textos que contienen la expresión *ius possessionis, integrum ius, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est...* para referir a la condición jurídica que se vincula a la situación fáctica de la posesión o a la cualidad de poseedor.

Al respecto, Labeón considera que en el caso de daño temido por obra nueva, debe operar un *integrum ius*; es decir, que quien fue puesto en posesión de una casa y, posteriormente, deja la posesión por miedo al derrumbamiento (*ruinae*), siempre y cuando no tenga forma de reparar la cosa, conserva íntegro su derecho o permanece en la situación jurídica de quien *missus in possessionem ex causa damni infecti*.⁴¹ Aquí me parece sustancial señalar que poner a alguien, generalmente se hace por conducto de un acto jurídico.

También Salvio Juliano sostiene que el precarista que entrega un fundo a su acreedor en prenda, y después lo roga en precario tiene un *quum plus iuris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet* por lo que lo podría usucapir.⁴² El uso de la expresión *plus iuris in possessione habeat* se refiere a un caso peculiar, en el que el poseedor de un bien lo entrega en prenda a su acreedor y, posteriormente, lo roga en precario. Tanto la entrega en prenda como la rogación no impiden que el *precario rogans* pueda adquirir la propiedad a través de la *usucapión*, no obstante que acreedor pignoraticio posea, pues ello no interrumpe la posesión del precarista, por lo que se considera que sigue poseyendo y, por ello, puede usucapir. Tiene derecho, en primer lugar, porque es poseedor (aun con la entrega del bien en prenda); en segundo, porque también tiene el bien materialmente. Por ello, se considera que el poseedor tiene más derecho que quien no posee de ningún modo.⁴³

Papiniano (libro 23, *Quaestiones*) es quien utiliza primero la expresión *ius possessionis*, y lo hace para referir a la situación de quien entierra dinero para guardarlo por causa de viaje y al regresar no recuerda el lugar exacto donde

⁴⁰ Bekker, Ernst Immanuel, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880, pp. 16 y ss.; Ihering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzeschutzes*, cit., pp. 45, 143 ss.

⁴¹ D. 39. 2. 15. 35 (Ulp. 53 ad ed.).

⁴² D. 41. 2. 36 (Iul. 13 dig.).

⁴³ En este sentido se pronuncia Albertario, Emilio, *Possesso e quasi possesso*, cit., pp. 99 y 100. Quien sospecha de interpolación es Vassalli, Filippo E., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, Roma, Athenaeum, 1914, p. 40.

lo ocultó. Pero, posteriormente, al recordar el lugar donde lo enterró, se entiende que continúa en su posesión, puesto que el dinero fue enterrado para ser guardado y por ello no se extingue el “derecho de posesión” para quien lo escondió. Sin embargo, esta situación está condicionada a que ninguna otra persona, en ese periodo de tiempo en que no se recordaba la ubicación del tesoro, haya invadido y tomado posesión del dinero.⁴⁴ Después de analizar la terminología posesoria de los juristas clásicos, y al analizar este texto en comparación con otro fragmento (D. 41. 2. 47, 6 *quaest.*) del mismo jurista, es más claro determinar que la expresión *ius possessionis* no es de Papiniano.

La expresión *ius possessionis* no pertenece a la jurisprudencia clásica, sino que es una partícula justiniana con la que se expresa la posesión del propietario, la posesión que se deriva del derecho de propiedad, que fue el concepto de posesión que primó en la época posclásica.⁴⁵ Dicha expresión, en este caso, no cambia la sustancia del texto, sino sólo la forma.

Con relación al usufructo en la época clásica, está claro que el usufructuario no tiene los interdictos con respecto del propietario ni puede usucapir el bien que tiene en usufructo. Pero sí pueden adquirir lo producido por el bien que se encuentra en usufructo, por ejemplo, si es un usufructo de esclavo.⁴⁶

Un pasaje muy esquemático que se ve reflejado en todos nuestros códigos civiles es el que señala la imposibilidad de que los sujetos a potestad posean los bienes de quien ejerce sobre ellos dicho poder (D. 41. 2. 49. 1 [Pap. 2 *def.*]): *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est* [Los que están bajo la potestad de otro pueden tener los bienes del peculio, pero no pueden tenerla como propietarios, ni tampoco poseerla, pues la posesión no es algo sólo material, sino también de derecho].⁴⁷

⁴⁴ D. 41. 2. 44 pr.: *Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri memoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. Et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidisset, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.*

⁴⁵ Albertario, Emilio, *Possesso e quasi possesso*, cit., p. 99.

⁴⁶ Vease D. 41. 2. 49. pr., que seguramente esta interpolado si lo comparamos con el D. 41. 2. 12. pr.

⁴⁷ D. 41. 2. 49. 1. Beseler coloca *peculiarum* y *habere* entre corchetes: Beseler, Gerhard von, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübinga, 1920, p. 65. En contra de éste, Longo,

Concordamos con Albertario en que la última parte del texto, desde *quia*, esta interpolada, pues son consideraciones totalmente posclásicas en las que se considera el *ius possessionis* como el derecho que tiene el propietario de poseer los bienes que le pertenecen. La posesión pasa de ser un poder de hecho en el derecho clásico a un derecho abstracto en el derecho posclásico.⁴⁸ Además, el texto interpolado coincide con una Constitución de Constantino del año 314, C. 7. 32. 10.⁴⁹ Sin embargo, no creemos que sea la interpretación más adecuada.

Considero que la expresión *sed et iuris est*, aunque parece contradictoria con la naturaleza *de facto* de la posesión, no es así. Papininano no sostiene que la posesión es un derecho, sino que incluso cuando la posesión es una relación material entre la persona y la cosa, esta relación material no termina ahí; la posesión es un hecho, pero no es sólo eso, sino un hecho jurídicamente considerado, por ello se exigen ciertos requisitos para que se configure como tal y para que pueda producir consecuencias jurídicas (*possessio civilis*). Se da la protección interdictal y los efectos jurídicos de la posesión se pueden producir en determinados sujetos. De acuerdo con esta tesis se expresa también Riccobono, cuando observa que: “Die civilis possessio hat zivilrechtliche Voraussetzungen und ist in diesem Sinne eine res iuris oder besser, sie nimmt viel vom Rechten auf”.⁵⁰

Ahora bien, los demás sólo pueden poseer de manera natural, como es el caso de los sujetos a potestad con relación a los bienes del peculio, que no pueden usucapir.⁵¹

Giannetto, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, SDHI 16, 1950, pp. 86 y ss. (114).

⁴⁸ Albertario, Emilio, *Studi di diritto romano*, 1, *cit.*, pp. 231 y ss., 245 n. 4; *Studi di diritto romano*, 2, *cit.*, pp. 136 n. 2, 176 y ss.; *Possesso e quasi possesso*, *cit.*, pp. 47 y 95. En el mismo sentido: Solazzi, Siro, *Saggi di critica romanistica. L'età dell'infans*, BIDR 49/50, 1947, pp. 338 y ss. (372 s.) (*Scritti di diritto romano*, 4, Nápoles, 1963, pp. 653-657), quien asume de manera equivocada que el fragmento 1 se encuentra en contradicción con el principio; Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, París, 1947, p. 389 n. 5; *idem*, *La possession est-elle une "res corporalis" en droit romain classique?*, RIDA 5, 1950, pp. 235 y ss., 238 n. 10; Levy, Erns, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, p. 27 n. 49; Dekkers, René, “Reciperare possessionem”, *Studi in memoria di E. Albertario I*, Milán, 1953, pp. 145 y ss. n. 1; Leifer, F., *Possessio*, RE 22, 1954, pp. 831 y ss. (857); Kaser, Max., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, *cit.*, p. 362 n. 79; *idem*, *Wesen und Wirkungen der Detentio in den Antiken Rechten*, Tubinga, 1950, p. 34; *idem*, *Das Römische Privatrecht*, II, München, 1971, p. 183 n. 22; Lauria, Mario, *Note sul possesso*, *cit.*, p. 783; *idem*, *Possessiones: età repubblicana*, *cit.*, pp. 74 y 110.

⁴⁹ Albertario, Emilio, *Possesso e quasi possesso*, *cit.*, pp. 96 y ss.

⁵⁰ *Cfr.*, Riccobono, Salvatore, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. Naturali possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*, ZSS 31, 1910, p. 339.

⁵¹ En este sentido también tenemos el D. 50. 17. 118 (Ulp. 12 *ad ed.*).

Y con *quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*, Papiniano pretendía justificar la regla de que los sujetos a potestad no pueden poseer los bienes que se encuentran dentro de su peculio.⁵²

C. Quasi possessio

Como es bien sabido, en el derecho clásico el usufructuario y el titular de la servidumbre no eran considerados poseedores del fundo usufructuado o dominante, respectivamente, pero eran protegidos por medio de los interdictos posesorios.

Claro está que el usufructuario era protegido en su derecho por una serie de acciones. Además, es protegido por interdictos que derivan del usufructo, como el *quem usufructum* en caso de que se encuentre en estado de indefensión frente a una *vindicatio usufructus*; el *si uti frui prohibitus dicitur* contra quien impide su instalación en el fundo; *de itinere actuque privato* en caso de un usufructuario de fundo dominante de una servidumbre de paso de ganado; *quod vi aut clam* en caso de que la cosa sobre la cual es usufructuario peligre; *de arboribus caedendis* para que no se le impida cortar o podar el árbol ajeno inclinado sobre el fundo en usufructo, y *de glande legenda* para que no se le impida recolectar los frutos del árbol vecino que caen sobre su predio.

También es protegido por los dos interdictos más importantes: el *uti possidetis utile* y el *unde vi*. En este sentido, en época posclásica (230 a 533 d. C.) se utilizaron los términos *quasi possessi* o *possessio iuris* para fundamentar jurídicamente el otorgamiento de estos últimos interdictos en caso de usufructo y servidumbres.

D. Interdictos uti possidetis y uti possidetis utile

El interdicto *uti possidetis* sirve para retener la posesión, por lo que presupone que quien lo solicita es poseedor. Como el usufructuario no era re-

⁵² En el mismo sentido, véase D. 41. 2. 23. 1 (Jav, I *epist.*); D. 41. 2. 30. 3 (Paul. 15 *ad. Sab.*); D. 50. 17. 93 (Marc. 1 *fideicom.*). De acuerdo con esta tesis, véase Vassalli, Filippo E., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, *cit.*, p. 36. Parece ser que Vassalli, en otra de sus obras, considera que a partir de *quia* es una inserción de algún comentarista posclásico. *Cfr.* Vassalli, Filippo E., *Studi giuridici*, III, I, Milán, 1960, 383 ss. (409 ss., 411 s.); Rotondi, Giovanni, *Possessio quae animo retinetur*, *cit.*, p. 51 n. 2; *Scritti Giuridici*, 3, *cit.*, p. 207 n. 3; Hägerström, Axel, *Der römische Obligationsbegriff*, 1, Uppsala-Leipzig, 1927, p. 193; Branca, Giuseppe, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 3, Padua, 1950, pp. 385 ss., y Nicosia, Giovanni, *L'acquisto del possesso mediante potestati subiecti*, *cit.*, pp. 37 y ss.

conocido como poseedor ni poseedor anómalo, se le extendió la protección interdicial a través del interdicto *uti possidetis utile*, de acuerdo con los Fragmenta Vaticana, 90 Ulp. Lib. I de interdict:

...libro I de *interdictis* sub título “*in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit*”. Si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum “*uti possidetis*” utile hoc nomine proponitur et “*unde vi*”, quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: “*quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris fruereris*”.

[...en el libro I de los interdictos, bajo el título: “respecto de ese que poseerá en nombre de los legados, no por voluntad de aquel a quien será dada la posesión de los bienes”. Si, legado es usufructo, el legatario obtuviera el fundo, no compete el interdicto contra él, porque no posee el legado, sino más bien lo disfruta. De ahí también que el interdicto “como poseéis” se propone como útil por esta causa, y el de “de donde con violencia”, porque no posee se da como útil, o ha de concebirse como tal: “lo que de estos bienes posees en nombre del legado o lo que usas y disfrutas, y lo que hiciste con dolo malo, que no poseas, uses ni disfrutes”].⁵³

La legitimación activa y pasiva del usufructuario a dicho interdicto es referida por Ulpiano (70 *ad ed.* D. 43, 17, 4), vinculatorio entre el usufructuario contra el poseedor del fundo y entre cusufructuarios.

Los interdictos útiles se conceden atendiendo la situación análoga en la que se encuentran las personas o cosas con respecto a situaciones modelo que se encuentran ya protegidas por un interdicto otorgado.

Lo importante a considerar es que al ser un interdicto útil no se considera, necesariamente, que en efecto exista una posesión por parte del usufructuario, por ende, no supone una extensión de la protección posesoria ni que este interdicto útil se fundamente en una posesión del usufructuario. Lo anterior se debe a que según la jurisprudencia clásica, el usufructuario era mero detentador de la cosa usufructuada.⁵⁴ Al aprovechar el usufructuario el *uti frui*, en apariencia, su situación es similar de hecho a la del poseedor.⁵⁵ Lo más lejos que podemos llegar es a considerar que el usufructuario tuviera

⁵³ Traducción de Montemayor Aceves, Martha Elena, *Fragmentos vaticanos*, México, UNAM, 2003, p. 28.

⁵⁴ *Cfr.* Gai. 2, 93; Ulp. 24 *ad ed.* D. 10, 4, 5, 1; FV. 90, 91 y 93.

⁵⁵ Riccobono, Salvatore, *Interdicta*, pp. 792 y ss.; Bonfante, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, Turín, 1972, p. 156; d’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 260; Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, I, p. 614; García Garrido, Manuel Jesús, *Derecho privado romano*, Madrid, 1979, § 142.

una situación similar a la posesión, en el sentido de que era casi como poseedor de su derecho de que hacía uso como usufructuario; es decir, una *quasi possessio* distinta de la mera detentación, pero tampoco considerada posesión en estricto sentido.⁵⁶

Con relación al interdicto *unde vi* útil, además de la parte final de FV 90, debemos referir al 91:

Idem libro II de *interdictis* sub título “*si uti frui prohibitus esse dicitur*”. *Non is, ad quem usus fructus venit vivi tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus, ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deictus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.*

[El mismo en el libro II de los interdictos, bajo el título: “si se dice que se le prohibió usar y disfrutar”. Parece no poseer ese a quien entonces viene el usufructo de un vivo o quien esté en alguna cosa por causa de usar y disfrutar, aunque el usufructo no le pertenezca; y por eso, aquel a quien se le impidió usar y disfrutar, no puede decirse propiamente despojado. Por eso, en este caso, se ha necesitado especialmente este interdicto].

El recurso del usufructuario a este interdicto es claro. Por su parte, la doctrina de la *quasi possessio*⁵⁷ del usufructo se desarrolló dogmáticamente en el periodo posclásico, aun cuando debemos admitir que recibió un impulso con la situación del usufructuario y en la protección de las servidumbres en el periodo clásico.⁵⁸

Sobre las servidumbres un fragmento esencial es el de Paulo, 15 ad Sab.:

D. 8, 1, 14 pr. pr. *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.*

[Las servidumbres de los predios rústicos, aunque se incorporan a cosas materiales, son sin embargo incorporales, y por eso no pueden adquirirse por usucapión; tampoco, si se quiere, porque son de tal condición las servidumbres

⁵⁶ Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano. Historia y sistema*, Madrid, 1936, p. 305; Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain, cit.*, p. 444; Burdese, Alberto, *s. v. Possesso, Enciclopedia del Diritto* 34, 1985, p. 465; Albanese, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, pp. 149 y ss.; Marrone, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1996, p. 413.

⁵⁷ Algunos textos que contienen la expresión *quasi possessio* son: Ulp. 12 *ad ed.*, D. 4, 6, 23, 2; Gai. 4, 139.

⁵⁸ Vid., Iul. 7 *dig.* D. 7, 6, 3, y Ulp. 17 *ad ed.*, D. 7, 6, 5 pr. Fragmentos que la crítica considera interpolados.

que no son susceptibles de una posesión cierta y continua, pues ninguno puede pasar de un modo tan continuo y seguido que parezca que en ningún momento se interrumpe la posesión de la servidumbre; y lo mismo se observa en las servidumbres de los predios urbanos].

Es claro el contenido clásico de esta doctrina, y acorde con todos los principios clásicos de la posesión clásica: las servidumbres no son cosas corporales, por ello no se pueden poseer cierta y continuamente y, por ende, tampoco se pueden usucapir. En síntesis, la posesión en el periodo clásico sólo podía ejercerse sobre bienes corporales.

No profundizaremos más en las servidumbres, ya que podemos presentar una cantidad considerable de textos que desconocen la posesión de las servidumbres como pasajes con lo opuesto. Esto se debe a que el término *possessio* se siguió utilizando en el periodo clásico con el significado del derecho arcaico; es decir, el uso como fundamento de la protección interdictal con el objeto de proteger la apariencia jurídica para mantener la paz pública en las relaciones privadas.

VI. APRECIACIÓN CRÍTICA-COMPARATIVA

Como se puede observar del análisis que los códigos civiles que antecede con relación al derecho civil romano clásico, podemos derivar las siguientes críticas:

- 1) La mayoría de los códigos civiles define incorrectamente a la posesión a través de definir al poseedor.
- 2) Confunde la posesión (de hecho), la posesión de derechos (cuasi posesión) y los derechos derivados de la posesión.
- 3) Carecen de una diferenciación de los diversos tipos de posesión, aquella que se hace con el objeto de convertirse en propietario (*ad usucapionem*) y la posesión en estricto sentido (tenencia de una cosa protegida por el derecho).
- 4) Mezcla elementos de teorías contrarias. De la teoría subjetiva de Savigny, por ejemplo: la posesión derivada, el *animus*. De la objetiva de Ihering que prima el elemento corporal y que la normativa determina qué casos son considerados posesión y cuáles simple detentación sin determinar un orden de las razones.
- 5) La mayoría de los códigos no otorgan a los poseedores derivados los mecanismos procesales para que ellos defiendan su posesión, por lo que en la práctica son análogos a la detentación.

- 6) Mezcla el *ius possessionis* con el *ius possidendi*.
- 7) En la mayoría de los códigos se confunden casos en los que sólo hay detentación con posesión por la simple derivación de consecuencias de actos jurídicos, lo que lleva a unificar la posesión como una institución referida al poder fáctico de una persona sobre una cosa a las obligaciones.
- 8) Y, por si las críticas anteriores fueran pocas, existe una inseguridad jurídica derivada de preceptos tan contradictorios entre sí.

Lo anterior hace que las cuestiones sobre el concepto de *posesión* y la naturaleza jurídica de la posesión sean confusas, puesto que concibe a la posesión como un hecho y como un derecho —no por las consecuencias jurídicas que produce, como lo señala la doctrina— porque se habla de un derecho de poseer la cosa, un *ius possidendi* que deriva de un acto jurídico y también lo confunde con el derecho de poseer del propietario o poseedor *ad usucapionem* y con la posesión de derechos.

VII. CONCLUSIONES

La regulación de la posesión sistemáticamente se ubica después de la regulación correspondiente a los bienes en el libro segundo, pero antes de la propiedad. El concepto de *posesión* debe indicar de forma clara en qué consiste y contener los diversos tipos, sin confundirla con la cuasi posesión.

En este sentido, el estudio de derecho romano clásico es muy útil para aclarar las oscuridades dogmáticas adquiridas por el paso de los siglos. Así, llegamos a la conclusión de que la posesión es un poder *de facto* que una persona tiene sobre un bien corporal protegido jurídicamente.

Ahora bien, la totalidad de códigos civiles estudiados proponen, explícitamente, que la posesión sea una institución deforme que incluya el goce de los derechos que derivan de obligaciones y derechos personales como bienes objeto de posesión. Considerar como objeto de posesión a cosas incorporales lleva a admitir la existencia de posesión de derechos. La aceptación de la posesión de derechos implica una terrible confusión entre los derechos reales y los derechos personales. Y todo lo anterior no hace más que oscurecer el derecho civil.

En los textos clásicos podemos observar la utilización de expresiones como *quasi possessio* (Ulpiano, Gayo) o *ius possessionis* (Papiniano), que, cuando no están interpoladas, no son utilizadas en sentido abstracto y general, sino para explicar y fundamentar la protección jurídica posesoria que se

otorga de manera extensiva a una situación que guarda cierta similitud con la posesión, pero que no llega a confundirla como tal.

Por otra parte, es necesario incluir los diversos tipos de posesión sin necesidad de recurrir a los conceptos de Savigny (posesión originaria y derivada): posesión adquirida para usucapir (a título de dueño, civil) y la posesión en estricto sentido (sin título de dueño, pretoria), además de otorgar una protección jurídica a ambas.

Incluir las causas de la posesión también ayuda a aclarar (Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas); sin embargo, no podemos legitimar aquella detentación que tiene como causa una situación contraria a derecho, otorgándole la calidad de posesión (Coahuila, Guerrero y Quintana Roo).

Asimismo, en caso de despojo, quien lo sufrió debe ser protegido con el objeto de mantener la paz pública.

Finalmente, en aquellos casos en los que una persona tenga la posesión no a título de dueño, como resultado de la realización de un acto jurídico como arrendatario, usufructuario, acreedor pignoraticio, comodatario, depositario u otro título análogo, sus derechos sobre el bien se deben regir por las disposiciones que norman dichos actos jurídicos. Contra actos de terceros, tanto el propietario como el poseedor deben conservar el derecho de pretensión posesoria contra actos de terceros.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTARIO, Emilio, *Corso di diritto romano il possesso*, Milano, Giuffrè, 1939.
- ALBERTARIO, Emilio, *Studi di diritto romano*, 1, *Studi di diritto romano*, 2.
- BEKKER, Ernst Immanuel, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880.
- BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano*, 3, *Diritti reali*, Roma, 1933.
- BRINZ, Alois von, *Pandekten*, I, 2, 1873.
- IHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode*, 1889.
- IHERING, Rudolf von, *La teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Reus.
- IHERING, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzesschutzes*, 2014.
- KARLOWA, Otto, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885.
- MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena, *Fragments vaticanos*, México, UNAM, 2003.
- MORINEAU, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, 1997.

RICCOBONO, Salvatore, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. Naturali possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*, ZSS 31, 1910.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Tratado de la posesión. Según los principios de derecho romano*, Madrid, 1865.

SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano. Historia y sistema*, Madrid, 1936.

ANEXO

CUADRO DE ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE COPIAN EL CONTENIDO DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

<i>Estado</i>	<i>Artículos</i>
Aguas Calientes	813-816
Baja California	781-784
Baja California Sur	798-801
Campeche	802-805
Colima	790-793
Chiapas	784-787
Chihuahua	760-763
Ciudad de México	790-793
Durango	783-786
Guerrero	696, 698, 700 y 701
Hidalgo	865; 866; 867, párrafo 1o.; 868
Jalisco	840-843, excepto los segundos párrafos de los artículos 840 y 842
Estado de México	5.28-5.31
Michoacán	76-79
Morelos	967; 966, párrafo 1o.: 968
Nayarit	778-781
Nuevo León	790-793
Oaxaca	799-802
Querétaro	786, 788 y 789

LA POSESIÓN. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

<i>Estado</i>	<i>Artículos</i>
Quintana Roo	1779 y 1781
San Luis Potosí	737-739
Sinaloa	791-794
Tamaulipas	682-685
Veracruz	826-829
Zacatecas	91-93