

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LAS "DIFICULTADES POSESORIAS" Y SUS CAUSAS() (142)*

EDMUNDO GATTI

Las dificultades que presenta la materia de la posesión son proverbiales(1)(143), a punto tal, que resulta común en los autores comenzar el tratamiento de este instituto con advertencias y lamentaciones sobre aquéllas, ya como una justificación de su impotencia para resolverlas, ya como un elogio anticipado de sus obras, pues pretenden haber solucionado todas las dificultades y hallado la "verdad posesoria"(2)(144).

Es evidente que "hay sobre esta materia una prevención desfavorable, como si ella envolviese una dificultad invencible"(3)(145), habiéndose afirmado, entre otras cosas, que se trata, aún hoy, de la más abstrusa, incompleta y erizada de dificultades(4)(146), del más atormentado instituto de la ciencia jurídica(5)(147).

No puede negarse que la posesión es el instituto más controvertido de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

toda la ciencia jurídica, pues el único punto pacífico parece ser el paralelismo entre la posesión y la propiedad, más allá del cual el acuerdo no existe(6)(148), ya que todo, desde la etimología de la palabra "posesión", hasta su concepto, elementos, origen, naturaleza jurídica, funciones, efectos, fundamento, todo está discutido; "no hay sobre los problemas fundamentales, soluciones consagradas, ni aun admitidas, con una razonable unanimidad. . . , no hay una sola idea que expresa o implícitamente no aparezca negada o desvirtuada, a veces hasta por sus más ardientes defensores"(7)(149).

Es que, como expresa Ihering, "no hay materia del derecho que sea tan atractiva como la de la posesión, dada sobre todo la índole de su espíritu, ya que ninguna otra deja al teórico tan gran amplitud. La posesión es la institución molusco. Blanda y flexible como el molusco, no opone a las ideas que se quieren introducir en ella, la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posible; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales. A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas. Podríamos llamarle el juguete que el hada del derecho ha puesto en la cuna de la doctrina para ayudarle a descansar, divertido, de su ruda labor; es una figura de caucho, a la cual pueden darse las formas que se quieran"(8)(150). Y entre nosotros, después de decirse que la posesión es "un descompás cacofónico intercalado en el ritmo científico del derecho... un instituto de involución atascado en el metabolismo del derecho... que engendra un volcán de opiniones y un cementerio de teorías" ¡llegó a propugnarse su supresión!(9)(151).

Tampoco pueden caber dudas acerca del punto de partida en el estudio del instituto de que tratamos, que en todo derecho de estirpe romanista como el nuestro habrá que ubicar precisamente en el derecho romano(10)(152), pero sin olvidar que "la posesión se organiza según las necesidades de orden social y económico de cada pueblo"(11)(153) y que, como relación inmediata entre la persona y la cosa, "la posesión, entre todos los institutos jurídicos, es el más sensible a los incesantes cambios de los instrumentos de producción y a la consiguiente crisis de las relaciones de producción, el más expuesto a las contradicciones que allí se generan"(12)(154), siendo ésta una de las causas de la "extrema fluidez del instituto" que dificulta su reconstrucción sistemática(13)(155). Por ello, la posesión, lejos de permanecer inmutable, sufrió una importante evolución en el propio derecho romano a través de sus distintas épocas(14)(156), y posteriormente por obra del derecho canónico, del derecho germánico y del derecho natural(15)(157).

Pero la dificultad mayor de la materia parece residir en el hecho de que, habiéndose atribuido a la posesión distintas funciones, principalmente las de constituir el contenido de derechos reales, obrar como elemento para la adquisición de los mismos y ser fundamento de las acciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posesorias, cabe preguntar si se trata realmente de tales, es decir, de funciones de una entidad jurídica unívoca, o si, antes bien, se está en presencia de entidades jurídicas distintas, con fundamentos y requisitos propios, lo que valdría tanto como afirmar la imposibilidad de construir una teoría posesoria que pueda tener aplicación a todos los efectos y funciones que se han atribuido a la posesión.

Y precisamente, el tópico de los efectos de la posesión es uno de los que más elocuentemente ponen de relieve las discordancias doctrinarias en la materia posesoria, pues mientras algunos no le reconocen más efecto que el de las acciones posesorias(16)(158), y otros le agregan el de la usucapación(17)(159), son muchos los autores que le suman más y más efectos, habiéndose así llegado a enumerar setenta y dos o setenta y tres(18)(160), pero tampoco faltan quienes niegan a la posesión efecto alguno(19)(161).

La posesión se contrapone al derecho de propiedad y trata de hacerlo sucumbir en la usucapación "y quien conoce qué fetiche constituye la propiedad - para la ideología de la clase dirigente - no quedará maravillado si los juristas, frente a la anomalía de la relación posesoria, hayan sido inspirados por una más o menos latente aversión hacia aquel instituto. Para convencerse, basta tener presente la rabiosa tentativa de algunos (como Dernburg, Foderá, Kierulf, Meischeider) de relegar la posesión fuera de las fronteras del derecho. ¡Tentativa absurda! Y no sólo porque choca contra el ordenamiento jurídico codificado, sino porque la posesión constituye, ahora y siempre, en última instancia, el fundamento sobre el que se rige la propiedad, que sin ese puntal, caería en la vorágine de la probatio diabólica. Y es precisamente esta contradicción (entre la necesidad que se tiene de la posesión como auxiliar de la propiedad y su función tendencialmente antidomínica) lo que ha oscurecido la serena visión científica, induciendo a muchos estudiosos a considerar el fenómeno posesorio como una anomalía, una triste necesidad, y por fin una aberración (Meischeider) . . ." (20)(162)

La existencia de textos aparentemente contradictorios en las fuentes romanas, las interpolaciones de los mismos, la terminología ambigua, exenta de constancia y a veces ambivalente, contribuyen para la dificultad de que tratamos.

A este respecto Schulz se expresa así: "...las fuentes del derecho romano relativo a la posesión se nos ofrecen caóticamente; los textos están plagados de interpolaciones y las fuentes verdaderamente fidedignas, son escasas. Aplicar este derecho, considerándolo como derecho vivo, constituye una difícil tarea y desde los glosadores, viene esta empresa atormentando a las sucesivas generaciones de juristas. Desde el famoso libro de Savigny *Das Recht des Besitzes* (1803), el derecho romano de posesión, ha constituido el tema favorito de los romanistas continentales, pero los métodos faltos de crítica que éstos emplearon y su tendencia a la abstracción, han determinado que sus obras (salvo escasas excepciones) no puedan considerarse más que como colecciones de materiales con frecuencia confusas. Mediante la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicación de modernos estudios críticos y filológicos, a partir de la época de Alibrandi, se han podido establecer las líneas fundamentales del derecho clásico, si bien numerosos detalles referentes al mismo, resultan todavía dudosos. La exposición del desenvolvimiento postclásico, con inclusión del derecho justiniano (mucho más dificultoso que el derecho clásico), se halla todavía en sus inicios. No disponemos en la actualidad de una obra moderna comprensiva de todo el derecho romano de posesión"(21)(163).

La doctrina posesoria ha cobrado tal extensión, que su literatura resulta abrumadora y a menudo en vez de orientarse al estudio y explicación de los textos, se ha explayado en aspectos metafísicos y poco prácticos.

La pasión y la vehemencia que con frecuencia han caracterizado las controversias doctrinarias (a veces indicios de debilidad argumental) han sido contraproducentes para arrojar luz sobre un instituto que tanto la necesita(22)(164).

Por último, y por lo que a nuestro derecho respecta, ha de agregarse a lo dicho precedentemente, que la diversidad de fuentes difíciles de conciliar, como son, principalmente, el Esboço de Freitas y la doctrina francesa, es una causa más de las dificultades que encierra esta materia.