

LA POSESIÓN Y LA POSESIÓN PRECARIA

José Félix Palomino Manchego*

Catedrático de la Facultad

Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. 1.- Savigny, representante de la escuela histórica del derecho. 2.- Ihering y la jurisprudencia de conceptos. 3.- Razones para ocuparse de la obra de lama more. 4.- A modo de conclusión.*

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

Días atrás encontré a Héctor Enrique Lama More en la sala de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Se alistaba para dictar sus clases en el curso de Derechos Reales que tiene a su cargo en el turno noche. Y lo primero que le expresé fue lo siguiente: «Héctor, el título de tu libro me ha hecho recordar a dos grandes juristas del siglo XIX, cuyas obras de fecundas enseñanzas han transitado por los campos de la Ciencia Jurídica, la Filosofía del Derecho y del Derecho Civil: Rudolf von Ihering (1818-1892) y Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)» A propósito, ¿cuál es el título del libro de Lama More? Se rotula: *La posesión y la posesión precaria (El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano)* (Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, 239 págs. Antecede Presentación de Jorge Avendaño Valdez).

¿Por qué evocar a Ihering y a Savigny? La respuesta es muy sencilla: ambos han dedicado sendos estudios al tema de la posesión. Y el libro bajo comentario —*La posesión y la posesión precaria*— no se puede entender, en toda su magnitud, si es que no se toma como antecedentes el pensamiento de ambos autores germánicos. Al respecto, sólo voy a espigar algunas reflexiones acerca de las ideas de Ihering y Savigny. Y, luego tocaré puerto apostillando el libro de Lama More.

1.- SAVIGNY, REPRESENTANTE DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Friedrich Carl von Savigny nació en Frankfurt an Main, el 21 de febrero de 1779. Empezó enseñando en la Universidad de Marburgo, entre los años 1801 y 1803-1804. En 1810 se fundó la Universidad de Berlín, y Savigny empieza ahí la docencia como profesor de Derecho Romano, habiendo sido nombrado Rector años después en concreto, a partir del 16 de abril de 1812 hasta el 18 de octubre de 1813. En 1817, el recordado profesor de Berlín, fue nombrado miembro del Consejo de Estado prusiano, y en 1819 Consejero del Tribunal de Revisión y Casación de las provincias renanas de Prusia. Savigny planteó a la Ciencia Jurídica una doble orientación: debía ser al mismo tiempo histórica (positiva, concreta) y filosófica (absoluta, sistemática, general). Estos planteos provocaron diversos debates entre sus contemporáneos.

Como lo ha descrito con acertadísimas frases Joachim Rückert: Savigny logra ser un estudioso de categoría por la energía con que reduce lo positivo a unidad, principio y sistema. Esta doble cualidad la muestra sobre todo en su obra dogmática e histórica juvenil sobre el derecho de la posesión, en la que agudamente reúne los detalles de las fuentes romanas en reglas de principio y ubica la posesión de manera estrictamente sistemática junto a los derechos reales y el derecho de obligaciones.

Sin embargo, una de las notas características que Savigny plasmó a través de la Escuela Histórica del Derecho, y que hasta hoy late, es el concepto del «espíritu del pueblo»

(Volksrecht) a través del cual se condensan todas las manifestaciones del Derecho, la vida, las costumbres, el arte, el lenguaje, al igual que la organización política, del que toman nacimiento y luego se unifican. Igual sucede con su preferencia que tuvo al Derecho Romano, tal como se desprende de sus obras. Savigny falleció en Berlín el 25 de octubre de 1861.

2.- IHERING Y LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

Rudolf von Ihering (o Jhering) –renovador indiscutible del método jurídico– nació el 22 de agosto de 1818 en Aurich (Hannover). Fiel heredero a la vocación jurídica de su padre, estudió en las universidades de Halle, Múnich, Gotinga y Berlín, para luego obtener el grado de doctor. En 1845, luego de frustrados intentos, obtuvo la cátedra de Derecho Romano en la Universidad de Basilea, habiendo ejercitado también la docencia en Rostock y Kiel. Sin embargo, su talante científico se desarrolló en Gissen, Viena y Gotinga, donde falleció el 17 de setiembre de 1892.

Su configuración humanista, la brillantez de sus exposiciones, la hondura de su espíritu investigador y el calor que infunde a todos los temas que trata, por abstrusos que sean, hicieron de von Ihering un maestro favorito y siempre actual como aguijón para la curiosidad y la exégesis del mundo que nos rodea. Filósofo, sociólogo, moralista, es uno de los pensadores de la segunda mitad del siglo [XIX] que no cayó ni debe caer en el olvido como guía intelectual que fue desde la cátedra y el libro en el campo del Derecho, y cuyas enseñanzas continúan latente como algo vivo. Así lo ha descrito, en perfecta sintonía, uno de sus traductores, Diego Abad de Santillán, en la Presentación que realiza al libro de Ihering que lleva por título *El fin en el Derecho*, y que vio la luz en 1872 (t. I, Editorial Cajica, Puebla, Pue., México, s/f., pág. 7).

Consiguientemente, el insigne Ihering se inició y luego se enfrentó, sin miramientos, acaso seguro de su férrea personalidad científica, a la afamada Escuela Histórica del Derecho, representada, y fundada, entre otros, por el gran Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), al igual que Gustav Hugo (1764-1844), Georg Friedrich Puchta (1789-1846) y Carl Friedrich Eichhorn (1781-1854). Y lo hizo a través de sus escritos sobre la teoría de la posesión, en cuanto a la interpretación de la materia que trata y en cuanto a la metodología utilizada. Y, como es natural, tuvo seguidores como también críticos entre sus contemporáneos.

3.- RAZONES PARA OCUPARSE DE LA OBRA DE LAMA MORE

Además de lo expresado al inicio, dos motivos fundamentales me han llevado a redactar, con el mayor de los agrados, la presente reseña bibliográfica: a) La amistad que me

une con Lama More desde hace tres lustros aproximadamente cuando yo, abogado en pleno ejercicio, iba a su despacho —siendo él en aquella época Juez Especializado en lo Civil— y era objeto de las más finas atenciones, como lo hacía con los demás colegas, detalle que lo cultiva hasta el día de hoy. Y b) Porque, andando el tiempo, vuelve a mi mente las clases magistrales que dictaba en 1978, en San Marcos, el extinto profesor Luis Delgado Calle, quien tenía a su cargo el curso de Derechos Reales (Derecho Civil III), cuando la malla curricular todavía era semestral.

Saltan a la vista los siguientes caracteres esenciales de la obra *La posesión y la posesión precaria*, que han sido ubicados con buen criterio metodológico y sistemático:

1. Introducción.
2. Antecedentes normativos en nuestro país acerca del precario.
3. La posesión. Referencias históricas. Teorías y su influencia en el Derecho Civil Peruano. Adquisición y clases de posesión.
4. El precario.
5. La posesión ilegítima y la posesión precaria.
6. El arrendamiento y la posesión precaria.
7. La compraventa y la posesión precaria.
8. Selección de jurisprudencia referida a diversas situaciones procesales que se presentan en la posesión precaria.
9. Conclusiones.
10. Reflexiones finales.
 - Epílogo (Fundamentos para una modificación legislativa).
 - Bibliografía.

Como advierte, con precisión, el maestro Avendaño Valdez en la «Presentación»¹⁴ que antecede a la obra: «El trabajo de Lama no es sólo la posesión precaria. En rigor, es un estudio acucioso y sustentado de la posesión en general, que es, como todos sabemos, un derecho real, al cual le asigno dos características: ha sido poco estudiado en el Perú y es, además, el más importante de los derechos reales».

Coincidimos con Lama More cuando afirma que en nuestro país según el artículo 896 del Código Civil de 1984, predomina el concepto de la posesión como un *derecho subjetivo*, pues si bien establece que «la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad»; sin embargo —agrega Lama More— de un estudio sistemático de la ley sustantiva peruana, se aprecia la influencia de la teoría objetiva de Ihering, al establecer la existencia de la llamada posesión mediata y la inmediata de origen germánico, en virtud del cual se reconoce la calidad de poseedor a quien

tenga un bien para sí, aun cuando no cuente con *animus domini* (arrendatario, comodatario, etc.) reduciendo la figura de la detentación o mera tenencia (no-posesión) sólo al caso de quien posee en relación de dependencia de otro (*servidor de la posesión*).

A los provechosos estudios desarrollados en su día por Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Avendaño Valdez Alfredo Bullard González, Jorge Eugenio Castañeda, Angel Gustavo Cornejo, Carlos Ferdinand Cuadros Villena, Manuel de la Puente y Lavalle, Ignacio Galindo Garfias, Gunther Gonzáles Barrón, José León Barandiarán, Lucrecia Maisch von Humboldt, Toribio Pacheco, Eugenio M. Ramírez Cruz, Eleodoro Romero Romaña, Manuel Sánchez Palacios Paiva y Fernando Vidal Ramírez, se suma el libro de Héctor Lama More: *La Posesión y la posesión precaria*, que contiene estimulantes sugerencias y es de continua referencia.

4.- A MODO DE CONCLUSIÓN

En el orden de los resultados, la experiencia de Lama More en la impartición de justicia con una praxis consolidada –ahora como flamante Presidente de la Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de Lima, haciendo colegiado en compañía de dos distinguidos magistrados y ex-alumnos míos en la Academia de la Magistratura, a saber, Juan Manuel Rossell Mercado y Rolando Alfonzo Martel Chang– y complementado con la enseñanza en las universidades de San Marcos, de Lima y en la Academia de la Magistratura, son méritos que le permiten a Lama More haber llevado a buen puerto su libro, de superlativa valía, *La posesión y la posesión precaria*. La obra que reseñamos fue, en realidad, la tesis que, con enmiendas y adiciones, sustentó Lama More para obtener el grado de Magíster en Derecho Civil con mención en Derecho Civil en la Pontificia Universidad del Perú, habiendo obtenido la calificación de sobresaliente.