La Posesión

Rudolf von Ihering

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal
México, 2003

LA POSESIÓN

RUDOLF VON IHERING

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

RODOLFO VON IHERING

LA POSESIÓN

VERSIÓN ESPAÑOLA

DE

ADOLFO POSADA

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

I. El fundamento de la protección posesoria.
II. La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante.

SEGUNDA EDICIÓN

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
IMPRESOR DE LAS REALES ACADEMIAS DE LA HISTORIA
Y DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
Preciados, 1 y 6 — Apartado 12.250
1926

INDICE

Páginas

IHERING, por A. Posada 1
Introducción 25

1.ª PARTE

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA

I. Ojeada general 29
1. *Teorías relativas* 32
2. *Teorías absolutas* 34
II. La interdicción de la violencia como fundamento de la protección de la posesión 35
1. Falta de protección de la *detentio alieno nomine* 40
2. Falta de protección de la posesión de las cosas no susceptibles o de las personas incapaces de posesión 45
3. Protección de la posesión del *injustur* o *malae fidei possessor* 48
4. Falta de delito en los interdictos posesorios 50
5. Inutilidad de los interdictos posesorios considerados como acciones penales especiales al lado de las ya existentes 52
6. Las *condiciones* y la restitución de la posesión 53
III. Las otras teorías relativas 54
1. Teoría de Thibaut 54
2. La opinión de Röder 56
3. La *probabilidad de la propiedad* 60
4. Opinión de Gans 62
IV. Teorías absolutas.—La teoría de la voluntad 64
V. Las otras teorías absolutas.—La teoría de Stahl 80
VI. La posesión como una posesión de la propiedad.—Insuficiencia de la protección de la propiedad sin la de la posesión 84

Páginas

VII. Medios de protección de la posesión.—1. Interdictos *retinendae possessionis* 108
VIII. 2. Interdictos *recuperandae possessionis* 130
IX. La idea de la propiedad en el derecho de posesión material.—1. *Correlación extensiva de la posesión y de la propiedad* 171
a) Donde no hay propiedad no hay posesión. 173
b) Donde la propiedad es posible, la posesión también lo es 183
X. 2. La cuestión de la adquisición y de la pérdida de la posesión.—*Crítica de la teoría de Savigny* 189
XI. 3. La posesión es la exterioridad de la propiedad 207
XII. 4. Aplicación a la adquisición de la posesión 222
XIII. 5. Aplicación a la pérdida de la posesión 236

2.ª PARTE

LA VOLUNTAD EN LA POSESION

PRÓLOGO 253
I. Observaciones previas acerca del lenguaje 263
II. Nuestro asunto 267
III. Distinción entre la relación posesoria y la mera relación de lugar 279
IV. Condición de la voluntad en la relación de simple tenencia 296
V. Relación de la tenencia y de la posesión, según las dos teorías 305
VI. Construcción dialéctica de la teoría subjetiva. Plan de la discusión 328
VII. La prueba histórica de la teoría subjetiva 336
VIII. Desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia 343
IX. La prueba del procedimiento 380
X. La prueba político legislativa 422
XI. La prueba didáctica 444
XII. Ojeada sobre la historia literaria 455
XIII. El *animus possidentis*, de Paulo 473
XIV. Crítica de la teoría subjetiva desde el punto de vista interior 499
XV. La teoría de los juristas romanos 532
XVI. Teleología de la relación posesoria derivada 551
XVII. Relaciones posesorias problemáticas 568
XVIII. Historia ulterior de la noción de tenencia 605
XIX. Conclusión 640

La Posesión se terminó de imprimir en noviembre del 2002. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvo al cuidado del licenciado Juan Carlos Gómez Martínez.

PRESENTACIÓN

"Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf". *El fin del Derecho es la Paz, y la lucha el medio para alcanzarla.* Esta frase célebre, que es todo un lema en el ámbito legal de Alemania desde el siglo XIX, resume en unas cuantas palabras el sentimiento y la visión jurídica del autor de la obra que ahora nos honramos en presentar. No cabe duda que en el mundo jurídico de Occidente son muy pocos y contados los libros —y por lo tanto los autores— que pueden alcanzar la categoría de auténticos ***"Clásicos del Derecho"***. Y uno de ellos es, precisamente, el que ahora el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** tiene el enorme agrado en hacer llegar al ávido y culto lector jurídico del Distrito Federal, intitulado ***"La Posesión"***, del mundialmente célebre **Rudolf von Ihering**, erudito jurisconsulto y romanista alemán que ejerciera una indiscutible influencia en multitud de abogados de generaciones posteriores en su propio país, y en los de otras naciones de Europa y América; extraordinario tratado que ahora presentamos en la versión que en la lengua de *Cervantes* realizara, en el año de 1892 (y reeditada en 1926), don Adolfo Posada, profesor de la

Universidad de Oviedo, y uno de los muchos prominentes doctrinarios que recibieron el innegable influjo de su obra y pensamiento.

—0—

Rudolf von Ihering nació en la ciudad de Aurich, en el principado de Hannover, el 22 de agosto de 1818. Cursó sus estudios superiores en las Universidades de Heidelberg y Berlín; a la edad de veinticinco años fue nombrado *privat docent* en la Universidad de Berlín, y posteriormente continuó con esta actividad en las Universidades de Basilea (1845), Rostock (1846), Kiel (1849), Giessen (1852) y Viena (1868), época en la que se distinguió no sólo por su genial producción doctrinaria, en donde sobresalió como el padre de la *Escuela Jurídica Sociológica*, en la que postuló una *jurisprudencia de intereses* en oposición a la tradicional *jurisprudencia de conceptos*; sino también por la innovadora forma que tenía de ejercer la docencia, alejándose de la tradicional metodología pedagógica de aquellos años, para desarrollar una propuesta original y personal basada en un mayor acercamiento con los alumnos al trabajar conjuntamente con ellos en diversos proyectos de investigación, sistema utilizado en la actualidad en los centros de posgrado e investigación de las más reconocidas y afamadas universidades del mundo.

En 1872 recibió por disposición del Emperador de Austria-Hungría, Francisco José (el hermano mayor de

Maximiliano, quien fuera efímero *Kaiser von Mexiko*), un título nobiliario con privilegios hereditarios; y ese mismo año, fue nombrado profesor titular en la Universidad de Gotinga, ciudad a la cual se integró plenamente y en la que produjo lo mejor de su obra jurídica, rechazando incluso ofrecimientos para impartir cátedra en universidades de mayor prestigio académico. En agosto de 1888, cuando **Rudolf von Ihering** cumplió setenta años de vida, se le rindió un magno homenaje que testimoniaba el culto y el reconocimiento públicos al autor de obras como: *"Disertaciones del Derecho Romano"* (*Abhandlungen aus dem Römischen Recht*, 1842); *"Cuestiones de Derecho Civil sin solución"* (*Civilrechts Fällen ohne Entscheidungen*, 1847); *"El espíritu del Derecho Romano"* (*Der Geist des römischen Rechts*, 1851); *"Jurisprudencia de la vida diaria"* (*Jurisprudenz im täglichen Leben*, 1870); *"La lucha por el Derecho"* (*Der Kampf ums Recht*, 1872), y *"El fin en el Derecho"* (*Der Zweck im Recht*, 1877). Cuatro años después de esa celebración, el 17 de septiembre de 1892, este ilustre jurisconsulto pasó, sin exageración ni eufemismo alguno, a la vida eterna.

—0—

Los principios y conclusiones que **Rudolf von Ihering** va obteniendo sistemática y metódicamente a lo largo de este imprescindible libro demolieron, desde sus cimientos, la teoría clásica encabezada por el también célebre jurista prusiano de principios del romanticismo *Friedrich Karl von*

Savigny y seguida por muchos otros autores que en su momento hicieron eco de sus principios, que consistía en que la diferencia fundamental entre la *posesión* y la *tenencia* era, además de la cosa o *corpus*, la voluntad de poseer para la propia persona, *animus rem sibi habendi*, o en calidad de propietario, *animus domini*, debido a que si tenía la voluntad de poseerla para otro, se consideraba entonces como simple tenencia.

Frente a esta teoría, bautizada como *subjetiva*, **von Ihering** opuso la de carácter *objetivo* en la cual se manifiestan tres estadios que delinean a la posesión, los que son: el interés; la dirección de la voluntad hacia esa cosa; y la realización de esa voluntad, a través del establecimiento de una relación exterior con la cosa. Y es en el primero de estos momentos, o sea el del *interés*, en donde encontramos el fundamento de la protección del Derecho a la posesión, ya que gracias a esta noción es que las cosas pueden cubrir o satisfacer alguna necesidad humana, debido a que la posesión *"jamás puede ser un fin en sí misma, no tiene como tal valor alguno económico"*; y la forma en que la persona manifiesta su voluntad hacia la cosa, es la relación con ella de un modo que sea reconocible en el exterior, relación que era definida por los romanos como *naturalis possesio*.

Ihering, uno de los raros ejemplos que ha logrado conjuntar en su persona las calidades de jurisconsulto y científico social, aventuraba, siguiendo el método utilizado en las

ciencias exactas y naturales, una hipótesis por adelantado para someterla a toda clase de pruebas teóricas, históricas y doctrinarias que le dieran sustento, comprobación y firmeza, de ahí que definiera de manera previa a la posesión, como: *"La manera como el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio de la existencia de la posesión"*; definición de la cual se desprende su principal diferencia con la teoría de Savigny (sobre quien expresó que su obra *"más que ninguna otra, provoca la crítica, no en los detalles, sino en los fundamentos mismos de las opiniones"*), que confundía la idea de la posesión con la de poder físico (o detentación) sobre la cosa.

Al respecto —y en apoyo a su brillante teoría— nuestro autor introdujo el concepto de *exterioridad*, la que en tratándose de la propiedad está caracterizada, precisamente, por la posesión, o sea: *"el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres"*, de donde se comprende que haya posesión visible y otra no visible, porque ésta no descansa en la mera detentación física de la cosa, sino en elementos jurídicos y morales que el legislador toma en consideración para conceder la protección necesaria a dicha relación externa del individuo con ella, de lo cual se desprende que:

> *"La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba a favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario".*

—0—

La publicación del presente tratado que ha sido, es y seguirá siendo todo un clásico y fuente de consulta primaria y obligada en su materia, representa para el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** un motivo de especial orgullo y satisfacción, con el que se refrenda y se constata la trascendencia social de la labor editorial como función auxiliar de su fundamental misión de *decir el Derecho* en esta ciudad Capital; por lo que sólo resta agradecer muy cumplidamente y de manera anticipada, por la calurosa recepción y gran respuesta que el personal de la Judicatura, los estudiosos del Derecho y los abogados postulantes darán al presente libro, tan inmortal como su propio autor.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ
PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

Invierno del 2002-2003.

IHERING

I

Hace ya algunos años, en 1881, publiqué una traducción española del celebérrimo folleto del ilustre Ihering, sobre *La lucha por el derecho*. La traducción llevaba al frente un hermoso prólogo, debido a la pluma del eminente escritor don Leopoldo Alas. Fué entonces la vez primera que en España se publicaba algo del insigne jurisconsulto alemán. Entonces, considerando cuán conveniente sería para la cultura jurídica de nuestra patria facilitar el conocimiento de los preciosos libros de Ihering, intenté traducir y publicar otras obras, tales como el *Espíritu del derecho romano*, *El fundamento de la protección posesoria*, y quizá hasta *El fin en el derecho;* pero circunstancias que no son del caso especificar, me impidieron realizar tal deseo. No era sin duda la oportuna ocasión aquélla. Ihering, en España, no era apreciado tanto como hoy empieza a serlo. Por fortuna, si yo no pude publicar el *Espíritu del derecho romano*, ese gallardo monumento jurídico, no faltó quien más adelante llevara a feliz término tal empresa, y puede ya nuestra juventud universitaria, que, desgraciadamente, no suele manejar con libertad ni el francés, leer las soberbias y atrevidas lucubraciones del profesor de Goettinga en nuestra propia lengua. Ahora enriquécese la escasa producción literaria jurídica en España con una obra más de Ihering, obra que en cierto sentido completa el *Espíritu*

del derecho romano, y que, por otra parte, contiene una de las más atrevidas concepciones jurídicas de nuestro autor.

En efecto, Ihering, como él mismo declara en sus estudios sobre la teoría de la posesión, acomete con valentía y firmeza una empresa arriesgada y difícil, que exige un valor a toda prueba, puesto que atacando concepciones e ideas muy admitidas, y que fueron obra principal de uno de los pensadores más geniales y más afamados y seguidos de nuestro tiempo, Savigny, se corre gravísimo riesgo de no ser oído y aun de no merecer serlo. Con el vigor y honrada sinceridad que son características en Ihering, expone esta situación crítica suya en el prefacio a su monografía acerca de *La Voluntad en la posesión* (1). «Quien quiera combatir, dice, una falsa tendencia, debe buscar a aquel que primero le ha seguido y el terreno donde ha comenzado a seguirla. Por esta razón he elegido a Savigny, y la teoría de la posesión, tanto en mi obra anterior sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, como en la presente. Se *refutan* las opiniones falsas, pero se *combaten* las tendencias falsas. Ante las primeras, basta oponer la verdad al error: la susceptibilidad personal o la presunción tan sólo pueden introducir un estilo y un tono impropios de la polémica científica con el adversario. Ante las segundas, por el contrario, es preciso más: quien quiera combatir debe empuñar las armas y debe elegirlas tanto más cortantes cuanto el enemigo es más temible. Su intención es de acabar con su adversario. Si no lo logra, él mismo sucumbirá, y todos sus esfuerzos no harán más que agravar la derrota. Tal es la suerte que yo corro. Tengo plena conciencia de haber puesto

(1) *Besitzwille*. Jena, 1889. Un resumen muy completo de la teoría de la posesión, de Ihering, está en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad, Elster, etc., palabra *Besitz*, por Ihering, 1890.

mi nombre científico a prueba, de una manera tal, que si las críticas y acusaciones que he lanzado contra Savigny no son fundadas, mi nombre sufrirá quebranto irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá fácilmente censurarme como ingrato, aun sin tener en cuenta el homenaje que yo rindo plenamente a los méritos de Savigny» (1).

***

La obra de Ihering, sobre la Posesión, como en general su *Espíritu del derecho romano*, tiene ciertamente un carácter muy interesante, en cuanto suponen en el momento crítico por que la formación actual del derecho positivo atraviesa, ese trabajo de renovación, o mejor, de revisión de las instituciones jurídicas, tan necesario, si no hemos de *encastillarnos* en unas fórmulas jurídicas hechas bajo condiciones muy distintas de las que hoy se imponen a la vida. El derecho, como norma social, como contenido más o menos íntimo de las instituciones *jurídicas*, corre el gravísimo riesgo, que mil veces apunta Ihering, de cristalizarse en formas fijas e invariables, mientras el torrente avasallador de las nuevas necesidades sigue su curso, buscando sus fórmulas flexibles y transitorias en esferas y disciplinas que no tienen nombre de derecho. Bastaría estudiar, por ejemplo, el articulado de los Códigos civiles modernos, para comprender cuán justificada, cuán imprescindible es la tarea de Ihering, cuán necesitados andamos de esas revisiones de las teorías admitidas, y cuán fecunda puede ser otra tarea del mismo autor, la cual consiste en vivificar la crítica y la investigación del derecho romano formalista y hecho de suyo; pero más formalista y acabado en las concepciones de sus expositores, con el soplo de

(1) Prefacio de la obra citada sobre *La Voluntad en la posesión*.

las tendencias expansivas y realistas que dominan en las ciencias modernas.

Ya he manifestado que este espíritu de renovación y de crítica se ofrece por modo especial e intensivo en la obra que hoy se publica en español. La institución jurídica de la posesión es, en verdad, objeto de un análisis detenido y detalladísimo por parte de Ihering. La construcción romana en sí misma, y tal como la interpretan los romanistas más conocidos, principalmente Savigny, se estudia y critica de una manera admirable, como ha de verse. Los textos del antiguo Derecho aparecen vivificados por el luminoso examen del espíritu moderno, por la interpretación real y directa de quien concibe en vivo el derecho, de quien no se para en la letra y procura desentrañar su sentido, porque ve tras ella un alma, una carne y una sangre, que han vivido la vida imperfecta y absolutamente condicionada del hombre...

Pero no es mi propósito detenerme a estudiar la teoría de la posesión que Ihering expone como consecuencia de su *revisión* de la teoría de Savigny y de su nueva y original interpretación del derecho romano. Trabajo es éste que se hace en las notas con que se aumenta la versión española. Creo, por otra parte, más conveniente aprovechar la ocasión que nos ofrece la publicación de este libro, para decir algo sobre el mismo Ihering, sobre sus teorías jurídicas, investigando los caracteres de tan saliente personalidad científica, e indicando sus tendencias, sus ideas generales, sus métodos, sus aspiraciones en la ciencia del derecho, y hasta, si es posible, la índole particular de su espíritu poético, de verdadero artista, que ve desde muy alto las cuestiones. Todo ello, además, explicará la posición especial que, en el movimiento contemporáneo de la Filosofía del derecho, ocupa nuestro autor.

II

De un autor de la importancia de Ihering pueden hacerse dos diferentes indicaciones biográficas: las unas, que se dirigen a señalar la posición social del mismo, lo cual, además de satisfacer cierta curiosidad muy fundada, contribuye no poco a explicar la influencia que tenga o pueda tener sobre sus contemporáneos y hasta su manera de ver muchas cosas, y las otras, que se dirigen principalmente a señalar los caracteres de su espíritu científico, y a determinar el valor y alcance de su esfuerzo en la esfera del saber a que se ha dedicado.

Al presente, como de lo que se trata es de dar a conocer en España la obra jurídica de Ihering, impórtanos sobre todo el segundo aspecto de la cuestión; verdad es que no puede en absoluto prescindirse del primero. Pero acerca de éste nos hacen falta recoger muy pocos datos. Ihering nació en 1818, en Aurich (antiguo reino de Hannover). Desde los primeros pasos de su vida científica se manifiesta con vocación el estudio del derecho. A él dedica en su vida el esfuerzo poderoso y constante de su privilegiada inteligencia. De las dos direcciones que el cultivador del derecho puede seguir, a saber, la de la aplicación práctica y al día en los tribunales, o la de la investigación científica, más la tarea de la enseñanza y educación de la juventud: Ihering sigue al parecer esta última. A partir de los veinticinco años, en que es ya *privat docent* en la Universidad de Berlín, pertenece a la enseñanza universitaria. En la cátedra vierte las luminosas teorías que luego ordena y expone en los libros, y desde la cátedra ejerce su personal influjo en la formación actual de la ciencia del derecho. Y debe de ser este influjo grande, porque Ihering, profesor *a la alemana*, en el recto

sentido *pedagógico* que esto supone, no es el profesor-orador que en España priva, no es el catedrático que se limita a exponer dogmáticamente, no, Ihering es el profesor que intima con sus alumnos, que trabaja al lado de ellos. Su *Seminario* jurídico, verdadero laboratorio donde se estudia práctica y positivamente el derecho, tiene fama universal (1).

En 1872 Ihering aceptó una cátedra en la Universidad de Göttinga. Desde esa fecha vive y trabaja en tal Universidad, a la cual acuden cuantos quieren orientarse en la Filosofía del derecho. Y he aquí un dato importante. En diferentes ocasiones le fué ofrecido un puesto en las grandes Universidades de Berlín, Leipzig, Heidelderg. Tales ofertas no le sedujeron. Con vocación decidida al estudio del derecho, y queriendo consagrarse por entero a la ciencia, prefirió la vida tranquila y ordenada de la ciudad universitaria, a la vida más movida y brillante de aquellos centros de población. En pago de esta señalada devoción a la ciencia, y como prueba de un aprecio extraordinario al profesor insigne, no ha mucho, el 22 de Agosto de 1888, la patria rindióle alto tributo de admiración, celebrando grandioso jubileo en su honor. Ihering cumplía entonces setenta años (2).

---

(1) Véase mi libro sobre *La enseñanza del Derecho en las Universidades.*

(2) Impreso, compuesto y hasta publicado este estudio en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, leemos en un periódico que ¡el insigne Ihering ha muerto! Era, como dice uno de los periódicos en que leímos tan fatal noticia, el primer jurisconsulto, quizá, de Alemania; la ciencia del Derecho pierde en Ihering, que deja por terminar su obra más transcendental *(El fin en el Derecho)*, uno de sus representantes más insignes. Luto riguroso debe vestir sin duda. No pudiendo transformar el presente estudio, para apreciar la obra ya desgraciadamente concluída de Ihering, nos limitaremos a rendir desde aquí sincero homenaje a la memoria del ilustre escritor

De todas estas rápidas indicaciones, una conclusión nos importa. Ihering es un hombre dedicado con alma y vida a la ciencia del derecho. Esto explica lo amplio, lo completo de su obra jurídica. Mas para explicar mucho de la índole especial que, según veremos, reviste ésta, es preciso anotar otro dato. Ihering fué un romanista decidido. Según se desprende, no tanto de su misma teoría cuanto de algunas indicaciones que pueden recogerse en sus libros, debió ser Ihering al principio un discípulo de Savigny, un continuador del espíritu de la escuela histórica. Verdad es que luego se convierte en franco y leal adversario, ya de Savigny, de Puchta y Bruns, cuyas ideas combate, por ejemplo, en la *Teoría de la posesión*, ya de la escuela histórica como tendencia jurídica, cual puede verse en *La lucha por el derecho*, y en algunos pasajes del *Espíritu del derecho romano;* pero esto no importa para que se deban explicar ciertas trabas que sujetan a Ihering, y le hacen ver el derecho de cierta manera excesivamente material y egoísta, por el influjo que en su educación jurídica ejerce el estudio del derecho romano y la preparación de sus ideas fundamentales bajo la acción de los entusiasmos ardorosos de los partidarios de la escuela histórica en pro de aquella admirable construcción *lógica* de un derecho *racional*, que es la grande obra del pueblo rey.

III

Considerada la producción literaria jurídica de Ihering, se ofrece al pronto con extraordinarias proporciones, y sin orden y trabazón lógicas. Compónenla publicaciones jurídicas todas, pero de muy diverso carácter. Por una parte, tenemos disertaciones aisladas e independientes sobre puntos importantes del

derecho, ya de derecho romano, ya de derecho positivo alemán, ya de índole más general y con un fin de propaganda científica. Por otra, tenemos obras de proporciones verdaderamente monumentales, pero de índole *al parecer* diversa, pues mientras una tiene un carácter marcadamente histórico, o al menos filosófico histórico, y se refiere a un determinado derecho positivo (el romano), otra es, por el contrario, una obra de carácter filosófico, un verdadero tratado de Filosofía del derecho (1).

Para nuestro fin inmediato, las obras que más importan, son las dos últimas a que acabo de aludir, a saber: el *El espíritu del derecho romano* y *El fin en el derecho*. Ahora bien; a pesar de su opuesto carácter y del diverso contenido, se pueden establecer entre ellas lazos tales de relación, resultado sin duda de un cri-

---

(1) He aquí una nota detallada de las obras de Ihering según una indicación del traductor francés de la *Lucha por el derecho*, señor Meulenaere: *De heriditate possidente*, 1842. - *Abhandlungen aus dem Römischen Recht* (Disertaciones de Derecho romano, que comprende tres muy interesantes), 1844; *Civilrechts fällen ohne Entscheidungen* (Cuestiones de derecho civil sin solución), 1847.—*Jurisprudenze im täglichen Leben* (Jurisprudencia de la vida diaria), 1870. Una porción de disertaciones publicadas en el *Anuario de dogmática del derecho privado romano y alemán actual*. Ihering las coleccionó en tres gruesos volúmenes; de ella forman parte las monografías sobre la Posesión. *Geist der römischen Recht (Espíritu del derecho romano)*, cuatro volúmenes por terminar, 1877-88. Hay traducción española.—*Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, 1867. (La falta en derecho privado romano).—*Der Kampf um's Recht* (La lucha por el derecho), 1889. Ultima edición. Hay traducción española.—*Der Zweck im Recht*, 1877-86 (*El fin en el derecho)*, por concluir; falta el tomo 3.°.—*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (es un escrito humorístico y satírico, en que trata de algunas cuestiones de derecho), 1889.—*Der Besitzwille (La voluntad en la posesión)*, 1889.—*Besitz*, 1889, en el *Diccionario de ciencias políticas*, de Conrad y otras.

terio unitario personal en el autor, que no es aventurado afirmar que ambas obras se completan, y que ambas indican el admirable génesis de una grandiosa concepción jurídica; tan grandiosa, que quizá puede reputarse, con ciertos distingos y limitaciones, como la que mejor refleja la actual situación crítica del pensamiento científico y de la misma conciencia popular en lo tocante al derecho.

El *Espíritu del derecho romano*, resultado de una revisión de los fundamentos del derecho positivo de Roma, hecha a la luz de una crítica con procedimientos ignorados de Savigny y bajo la preocupación en que todo espíritu serio y honrado vive respecto de lo inseguro de los principios transcendentales en que el derecho descansa, refleja de un modo exacto, por una parte, las nuevas aspiraciones, hijas de nuevas necesidades que el derecho romano no puede satisfacer; por otra, la tendencia irresistible del sentido realista que rompe de pronto con los formalismos lógicos en que se encastillaban los antiguos romanistas. Además, el *El espíritu del derecho romano* es, con respecto al mismo Ihering, la revelación literaria del proceso interno que sigue el espíritu científico del insigne profesor al formarse, y mediante el cual se elaboran los conceptos jurídicos fundamentales, cuyo desarrollo constituye el contenido riquísimo de la otra obra que dejo citada: *El fin en el derecho*. Por eso decía que ambas se completan, y aún añadiré que no se tiene cabal idea de la concepción jurídica de Ihering sin conocer ambas, pues contrayéndose el estudio a la primera, no aparece claro el aspecto ético que Ihering asigna al derecho, y limitándose el estudio a la segunda, no es fácil explicar cómo Ihering, que ve ese aspecto ético del derecho, considera a éste sólo como un fenómeno y función sociales, como una tarea del Estado. Es preciso penetrar muy en el pensamiento íntimo del autor para

dar el valor que realmente tienen sus palabras y sus ideas en *El fin en el derecho*, y tener en cuenta que el autor de este gran libro es el romanista de el *Espíritu*, para comprender las contradicciones a que aludo.

IV

Antes de intentar exponer las principales ideas jurídicas de Ihering, conviene definir ciertos caracteres de su personalidad, digámoslo así, *literaria:* pues por raro privilegio de la fortuna, Ihering es un jurista que tiene dentro un literato... hasta un poeta... Ihering, en verdad, distínguese de la generalidad de los juristas y de los escritores que suelen hablar del derecho, porque es un verdadero *artista* del derecho. El derecho se ofrece a su espíritu con un aspecto poético. No es sólo objeto de estudio, no es materia de discursos y de códigos y de textos, es objeto del sentimiento, es alimento del alma, es tema lleno de armonías, algo que conmueve las fibras más delicadas del corazón. Ihering se entusiasma con aquel entusiasmo que nace de la contemplación estética, ante el espectáculo que ofrece el derecho en la realidad.

¡Ah! Y es éste un mérito extraordinario. Infundir en los textos muertos, en las expresiones prosaicas del derecho escrito, en las leyes, el espíritu de quien sabe sentir las palpitaciones vivas de una existencia animada y fecunda, romper con la rutina que reduce el estudio del derecho a razonamientos lógicos, llenos de aspereza y sequedad, sin alma, sin sangre... es algo que merece notarse por lo poco común.

Pero aún hay más. Probablemente, en virtud de esta índole poética de su espíritu, Ihering ha llegado a ver el derecho como

lo ve, como un todo orgánico que se transforma según la ley del medio, que cambia con las necesidades fundamentales de la vida, que no se contiene ni agota en fórmulas insustituíbles. Esto le ha inducido, sin duda, a estudiar el elemento dramático del derecho al realizarse (1), y a poner de manifiesto los grandes conflictos jurídicos que hay siempre en los más grandes y poéticos conflictos humanos.

Muchas páginas pudiéramos citar en el *Espíritu del derecho romano*, en las cuales es preciso señalar al lado del razonamiento del historiador, de la sutileza del jurisconsulto, ese entusiasmo del poeta, del que ve, a través de los documentos, al hombre vivo con todas sus pasiones buenas y malas. La pintura del *Estado* romano, el aparecer del derecho en la vida social, la determinación de los estímulos y motivos del derecho (toda una psicología jurídica), y otros temas mil, están tratados por Ihering de un modo que seduce y atrae, como atraen y seducen las obras de un literato verdadero. No quiero alargar demasiado este estudio, copiando aquí muchos pasajes de Ihering; pero no puedo menos de hacerlo de uno en que se revela extraordinariamente esa cualidad que en él señalo. Acomete el insigne escritor el gravísimo y obscuro problema «de arrancar al derecho antiguo la palabra de su origen y de su fin» (2). Ihering experimenta aquel placer extraño que experimenta todo el que ama lo misterioso e indeciso de la vida humana en los comienzos de la historia, y exclama: «Sí, yo siento un encanto indecible al copiar la marcha del espíritu humano a través de las vías más obscuras de su actividad prehistórica: gusto de descubrir esas galerías en ruinas que el tiempo ha interrumpido, y que abrió paciente-

(1) V. *La lucha por el derecho.*

(2) *Espíritu*, etc., t. IV, pág. 306.

mente la mano de los hombres. Mi espíritu se exalta al sorprender y revelar la prueba de que miles de años ha, en ese mismo lugar, reinaba una incesante y laboriosa actividad, elaborándose una creación circunspecta y juiciosa, que ese mundo subterráneo del derecho, con sus fundaciones profundas, no es la obra de una potencia natural, ciega, sino el hecho libremente querido, y la gloria del pensamiento de los hombres»...

***

Decía que, probablemente, esa cualidad poética que existe en Ihering, habrá influído muchísimo en su manera de ver el derecho. Lo que se puede asegurar es que gran parte de las críticas acerbas de nuestro autor contra los excesos de formalismo jurídico, contra el predominio del aspecto *lógico* en el razonar teórico de los jurisconsultos, y aun en la *concreción* de las instituciones, sobre el aspecto real que nace de la imposición diaria del estímulo (fin), de la necesidad variable y del momento, se explica, en virtud de su tendencia a concebir el derecho, como carne de nuestra carne, como vida de nuestra vida, como fin querido de una serie inmensa de luchas y de esfuerzos. Mientras el derecho sea como «se lee en muchos libros recientes, no más que una creación de la dialéctica jurídica, para cuya inteligencia no son necesarios los puntos de vista prácticos (1), el derecho no puede concebirse como elemento sustancial de la vida, con su aspecto animado y bello, con su armonía íntima, con sus procedimientos dramáticos, con todo, en fin, lo que es base de su posible consideración estética.

(1) Obra citada, t. IV, p. 309.

V

Una exposición detenida de la obra jurídica de Ihering no es posible hacerla aquí. Necesítase para esto un espacio del que no disponemos, por muy amplias que fuesen las proporciones que a este estudio se quisieran dar. Por eso, prescindiendo de muchas cuestiones, importantísimas, sin duda, he de contraer mi atención a indicar cuál debe de ser el concepto del derecho de Ihering, procurando señalar su posición en el movimiento jurídico contemporáneo.

En Ihering hay una grandiosa y original *intuición* del derecho, en lo que tiene éste de esencial y de todos los tiempos, que no se ha desarrollado en toda su rica plenitud y de un modo natural, orgánico, por dos causas quizá, a las cuales ya he aludido antes, a saber: 1.° Por el predominio en el jurisconsulto del estudio del derecho romano. La educación jurídica de Ihering es la de un verdadero romanista, y el derecho romano, con sus fórmulas, con sus soluciones hechas para todos los problemas de la práctica del derecho, no es la mejor escuela para poder elevarse a una concepción ideal, abierta siempre, del derecho, como principio vital y fecundo, y eternamente adaptable a las más diversas condiciones. Cierto que Ihering rompe, según hemos visto, con el criterio formalista y proclama el empleo de un método realista de investigación; pero esto no obsta para que el influjo de los estudios históricos del derecho romano se deje sentir, v. gr., en el predominio que en su idea del derecho tiene el elemento económico, el lado del fin y del estímulo. 2.° Por la importancia que da al aspecto social del derecho, Ihering no entra directamente en el elemento interno del derecho que excluye del mismo y define como característico de la *mo-*

ral. Para él el derecho es siempre función y fenómenos sociales, que encuentran su encarnación viva en el Estado.

Pero, y he aquí la gran dificultad que existe para interpretar debidamente el concepto del derecho de Ihering, no puede decirse que éste se queda como encallado en el concepto reinante, genuinamente kantiano del mismo, según el cual el derecho es mera relación exterior, social, para hacer posible la coexistencia de las libertades mediante el empleo de la coacción. No; Ihering, por de pronto, exige al derecho un contenido, que es el estímulo, en virtud del cual el derecho se produce. En su crítica admirable de la teoría de la voluntad (1) rechaza las definiciones todas (2) que hacen consistir el derecho en la mera facultad de obrar o de obligar, abogando por la necesidad de darle un elemento *sustancial*, que en su sentir no es otro que el de la *utilidad* o el *provecho*, y un elemento *formal*, que es la *protección*, la *garantía*, llegando a afirmar que los *derechos son los intereses jurídicamente protegidos*. En otro lugar, inspirándose en Krause, Ahrens y Röder, advierte, contra los que no ven lo esencial del fin en el derecho, que cuando se reconocen derechos al niño o al loco, «no es en atención a su capacidad posible, ni depende esto del capricho arbitrario del legislador; como todo ser humano, llevan sus derechos escritos sobre su

(1) *Espíritu del derecho romano*, t. IV.

(2) Las definiciones que copia Ihering son las siguientes: «La facultad de poder hacer nosotros mismos una cosa o de exigir de otro que él haga u omita una cosa para nosotros (Mackeldey, Seuffert). Facultad de obrar o abstenerse (Mühlenbruch). La facultad fundada sobre una regla válida de obrar libremente y de una manera determinada sobre el mundo exterior (Wening-Ingenheim). Derecho y facultad de coacción significan la misma cosa (Kant). El derecho es la posibilidad de la coacción garantida por la ley (Thibaut).—V. *Espíritu del derecho romano*, t. IV, párrafo 70 y nota 486.

frente. Las necesidades humanas de toda especie, esta fatalidad de la naturaleza animal del hombre, y el que todos los derechos subjetivos tienen por primer fin satisfacer en la forma asegurada por el derecho las necesidades de la vida, no se imponen con más autoridad a una persona que a otra. Lejos de eso, cuanto menos capaz es una persona para atender a esas necesidades, más grande es respecto de ella la misión del Estado» (1).

Como se ve, en este pasaje hay esa gran intuición, a que aludo, del contenido necesario del derecho: el bien, y de las condiciones en virtud de las cuales este *bien* determina por sí mismo la obligación. Pero Ihering prescinde de esto más tarde, y tanto en el *Espíritu del derecho romano*, como en *El fin en el derecho* (sobre todo en éste) (2), atiende casi siempre, en la relación jurídica, al lado de la exigencia, principalmente, y asigna como caracteres esenciales del derecho los formales y externos, por virtud de los cuales el derecho es norma impuesta desde afuera, en defensa de las exigencias o fines (que estimulan a vivir) por el Estado, y cuyo cumplimiento constituye la condición de la existencia de la sociedad (3). Así llega a afirmar: 1.° Que lo que promueve la existencia del derecho, lo que nos estimula

(1) Obra citada, t. IV, pág. 323.

(2) *Der Zweck im Recht*, t. I.

(3) La rectificación de este sentido, que ya se advierte también en *La lucha por el derecho*, se hace de un modo contundente por Leopoldo Alas en el Prólogo a mi traducción española de este folleto, especialmente en las páginas XIX y siguientes. Para comprenderlo bien, debe verse *El derecho y la moralidad* del mismo señor Alas, y para completar el estudio de la tendencia a que responden las ideas que este escritor sostiene, debe consultarse Giner, *Derecho natural, Curso de Filosofía del derecho* y *Notas* a la trad. esp. de la *Enciclopedia jurídica* de Ahrens, especialmente T. 1. Puede verse también *Ideat de la humanidad*, de Krause, por Sanz del Río, y también *La idea del derecho*, Röder, trad. Giner.

a vivirle, según él, no es sino el deseo de la paz social, la necesidad de condicionar la vida de la sociedad. Y 2.° Que el derecho es el conjunto de condiciones de la existencia de la sociedad, aseguradas o garantidas mediante la coacción exterior por la fuerza de que dispone el Estado. Sólo teniendo en cuenta que Ihering no prescinde de fijar el fundamento esencial de estas garantías en el respeto profundo a los fines humanos, se puede sostener lo que antes digo respecto a la intuición total del derecho.

Porque, a la verdad, si se prescinde en el derecho de la idea de la *cualidad* del fin, y por otra parte se prescinde de la idea de obligación, esto es, que en todo derecho hay frente a un fin racional, un ser que está obligado (y puede estarlo sólo siendo ser de razón) a cumplirlo. ¿Qué queda del derecho? Sólo un mecanismo indiferente, ciego, de adaptación de medios o fines por la fuerza, por la coacción que el Estado ejerce. Ese es el camino precisamente que conduce a los formalismos lógicos, a las cristalizaciones y acartonamientos de los juristas, que Ihering condena.

Por esto, es necesario al definir el derecho sin prescindir de la condición exterior bajo que en determinada esfera puede cumplirse, atender sobre todo al elemento interno, es decir, a la elaboración del mismo en la conciencia, pues sólo fundándose en la conciencia, esto es, sólo apoyándose en la espontaneidad y libertad de los seres de razón, se cumple el derecho.

Lo que hay en Ihering es, que contemplando la producción histórica del derecho, que al principio se ofreció como el *poder material* limitándose a sí mismo en su propio interés, que siempre se revela bajo la forma material de coacción, y expresándose en normas con carácter impositivo y como función del Estado, al determinar a aquél en su idea, no puede prescindir de toda

esta *sugestión* de la historia, y asigna como esencial del *derecho en sí* lo que no es más que condición (necesaria?) de su realización en determinados momentos. Téngase en cuenta, si no, que si prescindimos del fondo, esto es, del contenido del derecho, como relación entre los fines *racionales* de la vida y la *libre* actividad de los seres, en ese caso no hay criterio posible para discernir en la obra del llamado *derecho positivo*, en esas manifestaciones impositivas del Estado, la acción brutal y tiránica del poder y la injusticia que se anida en las leyes, de la realización social del verdadero *derecho;* no hay criterio para discernir, en aquella hermosa lucha de que el mismo Ihering nos habla, tan elocuentemente, en su obra más divulgada y conocida, quién es el defensor de la justicia...

Otra consecuencia de estas limitaciones conque se desenvuelve el concepto del derecho en Ihering, es que éste tiende a ver en él, más bien un orden de provecho, de utilidad, de interés, un orden, en suma, de egoísmo, que de abnegación, de desinterés, de sacrificio. Ahora bien: si consideramos el derecho en la relación, se advierte que lo característico en él es precisamente esto último. En efecto, sólo teniendo en cuenta que hay *quien* se siente *capaz* de obligación, hay relación jurídica posible. Exigencia, finalidad, estímulo para vivir según el principio del egoísmo, existen en el mundo animal, en todo el mundo orgánico; lo que convierte esas exigencias y finalidades en *jurídicas*, es que pudiendo referirse por el engranaje misterioso de la realidad al sistema general de la vida necesaria, dependen en su satisfacción y cumplimiento de la aplicación adecuada de condiciones que están dentro de la esfera de la actividad *libre* de un ser (1). Y cuenta que sólo infundiendo esta idea, de que el

(1) V. acerca de esto, Giner y Calderón, *Resumen de Filosofía del derecho.*

derecho, para ser cumplido, depende más del sér de la obligación que del de la exigencia, el cual al exigirlo puede cumplir un deber (lucha por el derecho), sólo infundiendo esta idea, repito, se puede levantar en las sociedades el espíritu jurídico, harto caído y frío.

La diferencia fundamental entre la vida racional y la vida de lucha y de combate regida por los estímulos de las pasiones ciegas, está en que la conciencia afirme como ley el derecho; pero no entendido esto como exigencia que no reconoce más que su aspiración a ser satisfecha, sino entendido cómo orden de abnegación, como sistema de prestaciones y servicios. Se comprende que el espectáculo de la historia humana, con sus luchas, con sus poderes que vienen por la fuerza a establecer, en cuanto es posible, una paz material, un *modus vivendi*, induce a ver el derecho en esa fuerza misma que impone el cumplimiento de los fines a quien no se conceptúa obligado y se niega; pero la reflexión debe procurar vencer tales obsesiones y reobrar, para conseguir que cada vez sea la vida racional más dulce y noble, más expansiva y menos egoísta, inspirándose más en el deber y menos en la exigencia, sobre todo en esa exigencia regulada *a priori* por las leyes o por los Códigos, y que se hace efectiva ante los Tribunales de justicia. ¿Dónde, en verdad, puede darse una idea más pobre, más estéril y limitada del derecho, que esa que toma como norma jurídica de vida las relaciones determinables ante el juez y que tiene como criterio para fijar sus exigencias jurídicas el de que la coacción sea posible? No, el derecho pide más alto ideal, más amplia esfera, más juicio personal, más espontaneidad, más vida interior; pide, sobre todo, una plena posesión de sí, un alma templada, según predica Tolstoï, en la gran virtud de la abnegación que prescribe el cristianismo...

Mientras esto no ocurra, el derecho será objeto del comercio vulgar, de disputa de leguleyos y sofistas, capa con que se cubren a nombre de la existencia social y de superiores necesidades de orden... las más bajas y adyectas pasiones, el egoísmo más refinado y cruel. ¡Bienaventurados los que sufren persecución *de la justicia*!...

No podía Ihering desconocer todo esto; y en su obra *El fin en el derecho* (en el tomo segundo, al final), después de exponer el derecho como hemos indicado, al investigar en la realidad misma su efectuación, y al considerar cuáles soportes deben dársele para que no resulte un mero mecanismo de fuerzas ciegas, y la sociedad sometida sólo al poder coactivo... un rebaño de bestias que obran bien ante el temor del látigo (el Código penal...), señala la interna motivación por la que el hombre espontáneamente va hacia el bien y respeta el derecho... Pero según Ihering, esta indagación sale de la esfera en que el derecho se contiene y cae de lleno dentro de la moral. El amor y el sentimiento del deber *(das Pflichtgefühl)*, son pura moralidad... Verdad es que añade que sin ellas el derecho carece de base firme, el derecho no es posible. Hay en todo esto, quizá, algo de cuestión de nombres. La moral, para Ihering, lo mismo que el derecho, tienden a hacer posible la vida social, estableciendo un orden de relaciones de paz, y produciendo sentimientos de respeto y de mutuo auxilio. Pero el derecho, como norma coactiva, es impotente para conseguir lo que ahí se pide. Por mi parte, no llamaré derecho a esa norma coactiva *en sí*, en cuanto ni es eficaz para hacer efectiva la justicia sin un contenido *moral*, ni ella *por sí* implica de un modo necesario que el derecho se cumpla, por ejemplo, cuando el poder coactivo está en manos de un tirano. Lo coactivo, lo exterior, lo formal, la garantía, implican para ser jurídicas que sean *en sí justas*, es decir, que

hay que salir de ellas para que puedan reputarse en el derecho. Lo esencial de éste, esta en que al manifestarse la coacción, sea en virtud de hallarse obligado a obrar el Estado; lo cual ocurre cuando la obligación se desconoce por quien primero *debe* cumplirla. Esto, aparte de que si el derecho dependiera para ser cumplido de que fuera posible la coacción por el Estado..., medrado andaría el cumplimiento del derecho (y así anda).

Y siendo esto así, ¿por qué dar nombre de derecho a aquello que no tiene lo característico de la relación jurídica? ¿Por qué denominar moral a aquella esfera interna, íntima, que es precisamente donde se elabora la idea de obligación, y en donde debe iniciarse el espontáneo movimiento del cual *depende siempre* que el derecho se cumpla?

En este punto se ve en Ihering lo que ya indicaba: el influjo del concepto del derecho que impone el estudio del derecho positivo, especialmente del Romano. Sólo a fuerza de querer penetrar en el fondo de la vida humana y de romper con el formalismo jurídico, interpretando los textos y las instituciones, no según los principios lógicos, sino según los estímulos y necesidades de la realidad, llega Ihering a encontrar incompleto el concepto del derecho y a considerar necesario acudir al contenido de la moral...

***

Pero no debo insistir más sobre este punto. La posición de Ihering en la Filosofía del derecho resulta bien definida. En lo relativo a la manera de considerarle, Ihering rectifica la escuela histórica y hace esfuerzos admirables para romper con la con-

cepción kantiana, buscando en las inspiraciones de Leibnitz, de la escuela filosófica de Krause, Ahrens y Röder, y aun de Stahl, un complemento, para dar al derecho una base *ética*.

VI

Conviene ahora aludir a otro aspecto modernísimo de la obra jurídica de Ihering, y el cual sirve para acabar de definir su actual posición filosófica. Me refiero al que resulta de la importancia que, según ya he dicho, da nuestro autor a la vida social del derecho. *El fin en el derecho*, que según el propio Ihering, debería llamarse *La Teleología del orden moral en la vida*, tiene cómo objeto predominante el estudio de la formación del derecho en el organismo social. Considerado aquél como una función fundamental de este organismo, es preciso, dado el concepto, y para comprender la ley de su evolución, atender a las condiciones en que dentro de la sociedad y según sus exigencias el derecho se produce (1). En tal respecto, Ihering puede considerarse como uno de los jurisconsultos que ponen las bases más principales en que ha de apoyarse la futura *Sociología*. Precisamente esta modernísima ciencia en la mayoría de sus más ilustres representantes, carecía de lugar para la concepción adecuada del derecho, como fenómeno que tiene un aspecto sociológico. De ahí que el estudio de Ihering tenga un interés extraordinario para determinar los estímulos reales de la

(1) Este problema, que es el núcleo de las relaciones entre la Filosofía del derecho y la Sociología, se estudia hoy en Italia y en Alemania con gran detenimiento. V. la interesante obra del señor Anzilotti, *Le Filosofia del diritto e la Sociologia*.

vida que provocan la formación del derecho y que condicionan su cumplimiento. En este punto la obra de Ihering, con los estudios de Post, Stein (1), y la gran obra sociológica de Schäffle (2), deben considerarse entre lo más importante que para llevar al derecho las conclusiones y aspiraciones de la Sociología, se ha publicado en Alemania.

Ihering tiene en este respecto un valor particular. Generalmente la Sociología hasta ahora, fué obra de... sociólogos, economistas, naturalistas, en general, de gente preparada en el estudio de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. Faltaban jurisconsultos. Ihering, que no se propone directamente el problema sociológico, sino el jurídico, por su concepción social del derecho y por la aplicación de un método realista al estudio de las condiciones en que el mismo se produce socialmente, introduce en la Filosofía del derecho los elementos necesarios para darle una base sociológica, y por otra parte prepara el terreno para que la Sociología comprenda todo el valor que los fenómenos jurídicos tienen en la estructura y vida del organismo social. Puede asegurarse que la obra de Ihering será uti-

---

(1) *La ley natural del derecho (Das Naturgesetz des Rechts)*. La tendencia a que aludimos en el texto, se acentúa en Post en obras posteriores. V. *El origen del derecho (Der Ursprung des Rechts)*, 1876.—*Los comienzos de la vida del derecho y del Estado (Die Anfang des Staats und Rechtslebens)*, 1878.—*Materiales para una ciencia general del derecho fundada en la Etnología comparada (Bausteine für allgemein Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis.)*, 2 vol., 1880-81.—*Los fundamentos del derecho y los rasgos generales de su desenvolvimiento histórico (Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwickelungsgeschichte*, 1884. Debe citarse Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft*, 1876.—*(Presente y porvenir* de la ciencia *del derecho y del Estado)*.

(2) *Estructura y vida del cuerpo social.*

lísima para la futura concepción sociológica del Derecho y del Estado, y más aún, para la más completa y orgánica formación de la Sociología, que hasta ahora, salvo en Schäffle, no solía tener tan en cuenta como debiera el orden moral y menos el orden jurídico.

* * *

Y no considero oportuno añadir más. El examen de las ideas jurídicas de Ihering queda con lo dicho esbozado apenas; pero no puedo darle aquí mayores proporciones. Quizá tengamos ocasión de volver sobre el asunto, y entonces se procurará insistir acerca de la importancia que, para las relaciones entre la ciencia del derecho y la Sociología, tiene la obra realizada por Ihering. Esa ocasión puede ofrecérsenos pronto, si, como espero, a la publicación en español de la monografía que va a continuación, sigue la de otras no menos interesantes del mismo autor insigne.

ADOLFO POSADA

Oviedo, Septiembre, 1892.

INTRODUCCION

Ninguna monografía sobre el derecho romano habrá despertado seguramente tanta admiración y aprobación de una parte, a la vez que oposición de la otra, como la de Savigny, acerca de la posesión: todo, a mi ver, con justicia. Tendrá siempre la gloria Savigny de haber restaurado en la dogmática del derecho civil el espíritu de la jurisprudencia romana; y sea cual fue, re en definitiva el resultado práctico que de ello se obtenga, aquel mérito no sufrirá detrimento alguno. Pero el reconocimiento de ese mérito no debe ni puede impedir a la ciencia someter las opiniones de Savigny a nuevo examen, y ni aun puede contener a la crítica aquel anatema lanzado por Puchta en un momento de mal humor y de despecho producidos por el torrente abrumador de la literatura posesoria, contra toda duda que se intentara suscitar: la experiencia lo ha demostrado y lo demostrará constantemente.

En efecto; la obra de Savigny, más que otra alguna, provoca la crítica, no en los detalles, sino en los fundamentos mismos de las opiniones, y sería a mi ver un síntoma de agonía del sentido y del juicio jurídicos, una prueba de decrepitud, que nuestra ciencia, ante los enigmas que ha provocado la teoría de Savigny sobre la posesión, se diese por satisfecha.

Desde el primer momento en que yo pude formar un juicio científico independiente, me he encontrado en contradicción con esta teoría sobre puntos esenciales. Sin embargo, me creí obligado a no exponer públicamente mis opiniones sino después de haberlas sometido a investigaciones numerosas. He practicado

éstas en gran escala; y sin pretender que en ellas se encuentre una garantía objetiva de la verdad, a lo menos me atrevo a asegurar que nada he omitido para lograr alcanzarla subjetivamente. La dificultad primera con que he tropezado en la teoría posesoria de Savigny, refiérese a la cuestión del *animus domini*, y ya en 1848 he expuesto en mis lecciones el fondo de la opinión que se encuentra desarrollada en el capítulo III. Otros puntos de divergencia se me ocurrieron en seguida, particularmente en la doctrina del *constitutum possessorium* y en la cuestión del fundamento de la protección concedida a la posesión. Tales puntos harán el objeto de estudios que se sucederán por este orden:

I. *Fundamento de la protección posesoria.*
II. *Naturaleza jurídica de la posesión.*
III. *El «animus domini».*
IV. *El «constitutum possessorium».*

1.ª PARTE

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA

I. Ojeada general..... 29
1. *Teorías relativas*..... 32
2. *Teorías absolutas*..... 34

PRIMERA PARTE

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

Ojeada general

¿Por qué se protege la posesión? Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué, pues, se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada a la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien, ¿cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?

Cuando una institución existe después de siglos, ningún hombre dotado de juicio imparcial puede sustraerse a la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos, y de hecho, la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta seriamente en duda. Pero se está muy lejos de haber llegado a un acuerdo unánime respecto de sus motivos.

Algunos autores, especialmente los antiguos, eluden por completo el problema; se conforman, como sucede a menudo, con el hecho consumado. Pero si existe hecho alguno necesitado de explicación, es éste de seguro. Así lo comprendió Savigny y por eso procuró explicarlo. Su respuesta, sin embargo, a pesar de la aprobación que al principio encontrara, no ha podido al fin sostenerse, intentándose en diferentes ocasiones resolver el problema de distinta manera; y así quiero yo ahora intentar a mi vez buscar una nueva solución. El interés del asunto no es en modo alguno privativo de la filosofía del dere-

cho y del arte político legislativo, como a primera vista pudiera creerse, sino que tiene una gran importancia dogmática, y espero demostrar que su solución exacta es no sólo la primer condición para la buena inteligencia de la teoría posesoria toda, sino que también conduce a resultados prácticos importantes.

La circunstancia de que las soluciones dadas a esta cuestión no han sido hasta la fecha reunidas en vista de una crítica general, y para ser sometidas a un juicio exacto, me obliga a dedicarme ante todo a esa tarea (1). He procurado clasificar tales soluciones, análogamente a las teorías del derecho penal, distinguiendo así las teorías *absolutas* y las teorías *relativas*.

Las teorías *relativas* de la posesión investigan el fundamento de su protección, no en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños a ella; no es protegida sino para dar a otros la plenitud de su derecho; por sí misma la posesión no puede concebirse.

Las teorías *absolutas*, por el contrario, tratan de concebir la posesión considerándola en sí misma y por ella misma: La posesión no debe su protección y su importancia a consideraciones y puntos de vista que le sean extraños, sino que por sí misma es por lo que pretende ser reconocida jurídicamente, y el derecho no puede negarle este reconocimiento. Una de estas teorías encuentra el fundamento jurídico de la posesión en la *voluntad*. La posesión es la voluntad en sí, el hecho, pues, por el cual la voluntad humana se realiza sobre las cosas, y que debe ser reconocido y respetado por el derecho sin examinar si es útil o dañoso; es un derecho primordial de la voluntad el de que se reconozca la posesión, tanto por el legislador *in abstracto*, como por el Juez *in concreto*, cuantas veces tengan que ocuparse de ella. En suma, el poseedor puede reclamar el reconocimiento de la protección con el mismo derecho que el propietario. A esta necesidad de proteger la posesión, fundada

(1) Debe hacerse, no obstante, mención especial de Randa. *Der Besitz nach österr Recht.* (La posesión en el derecho austriaco.)

en el carácter *ético* de la voluntad, se opone otra teoría con la necesidad *económica* de la posesión. La posesión es tan económicamente necesaria como la propiedad; ambas no son sino formas jurídicas bajo las cuales se realiza el destino económico de las cosas para satisfacer las necesidades de la humanidad (1)

Según esos dos puntos de vista diferentes, agrúpanse a continuación las varias opiniones que existen, sin ocultar, por lo demás, que no puede hacerse tal cosa con la precisión y claridad que son posibles cuando se trata de las teorías del derecho penal.

---

(1) Consideramos oportuno no dejar pasar sin la debida aclaración crítica esta oposición que desde luego se propone entre lo *ético* y lo *económico* de la posesión como de la propiedad por los autores, y que suele servir para que resulten dos conceptos diferentes, según se trate de *jurisconsultos* o de *economistas*.

En efecto, aun cuando quepa distinguir en la posesión el aspecto *ético* del *económico*, no son fundamentalmente opuestos, a no ser que se tome lo económico en el sentido de la utilidad indiferente de la motivación moral del obrar (de la conducta). Mas como lo económico al cabo se revela como la relación de medio a fin de la actividad humana (exteriorización de la voluntad), con la naturaleza física, para aprovechar los medios que ésta ofrece como condición de que depende la satisfacción de necesidades racionales, no puede aquella actividad ser de cualquier manera, sino siempre según el derecho y la moral, es decir, según las exigencias que impone a la conducta del hombre el ser persona, esto es, sér de razón. Por eso, en cuanto la *posesión* es el primer *paso* de la voluntad *exteriorizándose*, para obtener los medios que son la condición del cumplimiento de una relación jurídica (no *meramente* de la propiedad de las cosas materiales), si por una parte, tratándose de la propiedad, se funda en la exigencia racional económica, por otra se legitima tan sólo en vista del carácter racional de esta misma exigencia, que es la que determina al sujeto de razón a obrar, como sér jurídico. Por donde se ofrece el aspecto *ético* necesario de la posesión, el cual quizá explica, mejor que otras hipótesis examinadas en el texto e inspiradas en el derecho romano y en los prejuicios del derecho positivo, su *protección*, así como sirve para distinguir al ladrón que tiene materialmente la cosa, del que la tiene en justicia (poseedor) o la tiene bajo la creencia sincera de un derecho a ella *(bona fides possessor)*.—(N. DEL T.)

Por otra parte, la distinción ha sido hasta aquí tan poco acentuada, que se encuentran en ciertos autores los ecos de los dos sistemas a la vez (1). Quizá este ensayo contribuya a arrojar alguna luz, por lo menos, sobre ese punto.

I.—Teorías relativas

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino

1) En la interdicción de la *violencia*.

a) Savigny acentúa principalmente el motivo *jurídico privado* que asiste al *poseedor*. (La perturbación posesoria es un *delito* contra el poseedor.)

b) Rudorff, por el contrario, se fija más en el motivo *jurídico público* que asiste a la *comunidad*. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el *orden jurídico*).

2) En el gran principio de derecho, según el cual, «nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su prerrogativa». (Thibaut).

3) En la *prerrogativa de la probidad*, en virtud de la cual se debe suponer hasta prueba en contrario, que el poseedor que *puede* tener un derecho a la posesión, tiene en realidad ese derecho (Röder) (2).

---

(1) Puchta, *Vermischte Schriften (Miscelánneas)*, p. 265; Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik* (Derecho natural fundado en la Etica), 2.ª edición, Leipzig, 1868, § 95; Gans. V. más adelante.

(2) A esta misma opinión se inclina Ahrens, el cual en su *Curso de derecho natural* dice, después de haber afirmado que la posesión es algo más que el mero poder de hecho, lo siguiente: «No obstante, cuando hay por parte de una persona el poder de hecho sobre un objeto o la *detención* unida con la *intención (animus rem sibi habendi)* de tener el objeto para sí, la reunión de estas dos condiciones esenciales basta para constituir la posesión y ella misma puede regular sus relaciones jurídicas bajo la presunción de que habrá regulado estas relaciones en conformidad con el derecho objetivo; lo que es consecuencia de este otro principio del derecho personal: que cada uno debe ser considerado como hombre honrado y probo mientras no se demuestre lo contrario: *quilibet prae-*

4) En la *propiedad*, la posesión es protegida:

a) Como propiedad *probable* (o posible); tal es la opinión antigua.

---

sumitur bonus fidei ac justus donec probetur contrarium (pág. 275, traducción española).

Ahora bien; según advierten los señores Giner y Calderón (*Resumen de filosofía del derecho*, pág. 218), en el supuesto de las opiniones de Röder y Ahrens, la posesión vendrá a ser un caso de presunción jurídica (presunción *juris tantum*). Y así parecen ver la posesión los mismos citados filósofos españoles. «La relación, dicen, en que el sujeto se coloca respecto del objeto de que dispone, es una manifestación de voluntad. Ahora bien, debe suponerse conforme al principio general que presume *intachable* a toda persona... que esa manifestación subjetiva concuerda con el orden de derecho, que es justa. Esto constituye una presunción jurídica de las que denominan los jurisconsultos presunciones *juris tantum*, susceptible como tal de ser destruída por una prueba en contrario. Pero en tanto que esta prueba no se produce, subsiste la presunción de esa armonía entre el hecho y el derecho, y en ella se funda el amparo de la posesión». Sobre esto de la *presunción* hablaremos más adelante; ahora diremos que, en rigor, si bien la posesión en sí misma encuentra su fundamento, según ya dijimos en la nota anterior, en cuanto es condición necesaria en general para cumplir el fin de la vida racional en el derecho y en cuanto es, dentro de toda relación jurídica, el primer momento, y en la de propiedad, el comienzo de ésta, como dice Gans, la posesión no tiene derecho a ser amparada y protegida, sino en cuanto *es* efectivamente el sujeto de ella *intachable*, *probo*, como dicen Röder, Ahrens y Giner. Si no lo *es* no hay posesión. Es preciso distinguir en la protección: 1.°, la de la posesión en general, que descansa en la consideración de que la posesión es un momento esencial, una circunstancia precisa de la vida jurídica; 2.°, la del poseedor en *concreto*, que se funda: *a*), en la necesidad de respetar los efectos que de la posesión como momento esencial jurídico nacen, y que sólo el sujeto activo del derecho (persona) puede reconocer; y *b*), no en la *presunción*, sino en la *necesidad de ver* la probidad de la persona que posee, porque no se revela a la apreciación de otra suerte. Téngase en cuanta que la protección al poseedor se le dispensa *siempre qué sea* o resulte (como si lo *fuese* para el caso) poseedor de *buena fe*, y mientras resulte realmente en la producción exterior de la conducta que lo es. Es decir, que si por una parte la protección posesoria atiende a la institución de la posesión en sí misma, en la manifestación *concreta* de cada posesión *(el hecho)* se funda en el aspecto *ético* que se revela por los datos al sentido.—(N. DEL T.)

b) Como propiedad que *empieza*. (Gans).

c) Como complemento necesario de la protección de la propiedad; tal es mi opinión.

2.—Teorías absolutas

La posesión es protegida por sí misma, en atención a que:

1) Es la *voluntad* en su encarnación real. (Gans, Puchta y Bruns).

2) Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las necesidades de la humanidad por medio de las cosas y por el poder libre que sobre ellas se ejerce—su fin es conservar el estado de hecho de las cosas», (Stahl) (1).

---

(1) Puede quizá afirmarse que todas estas teorías, unas más otras menos, se formulan bajo la preocupación natural (presión) del derecho romano. Para sentar bien el punto de vista crítico respecto de ellas e interpretar la legislación positiva filosóficamente, conviene insistir en las indicaciones de la nota anterior. Supuesta la idea de la posesión, la dificultad estriba, para el derecho positivo, en determinar adecuadamente: 1.°, qué relaciones internas presupone la posesión; 2.°, qué datos del sentido bastan para que ésta se revele, y de hecho subjetivo personal, pase a ser reconocida, declarada y protegida socialmente. El problema aquí está en si la posesión consiste en la mera posibilidad de-disponer del objeto (tenencia material, si se trata de cosas físicas, *ponición de pies*, que dicen las *Partidas)*, en cuyo caso todos los seres poseen, o si se necesita la voluntad *(animus)* de tener el objeto por suyo. Indudablemente, en cuanto la posesión entra en la esfera social, esta última condición es necesaria, por más que el alcance de esa intención haya sido apreciado de muy diverso modo por las legislaciones y por los autores, y por lo que pudiera implicar el *animus possidendi* o bien el *animus domini*, y todavía limitando la intención al *animus possidendi*, la intensidad con que el tal se determina, dió lugar a muy distintos criterios, especialmente al amplio y *objetivo* de la concepción germánica *(la Gewere)*, y al más ceñido y *subjetivo* de la concepción romana, y dentro de ésta a la mera *detención de las cosas*, a la posesión *ad interdicta* y *ad usucapionem*.

Según advierte Ernesto Lehr *(Traité élémentaire de Droit civil germanique*, Allemagne y Autriche, tomo 1.°, pág. 142, edic., 1892) «entre los juris-

II. La interdicción de la violencia como fundamento de la protección de la posesión 35
1. Falta de protección de la *detentio alieno nomine*..... 40
2. Falta de protección de la posesión de las cosas no susceptibles o de las personas incapaces de posesión 45
3. Protección de la posesión del *injustur* o *malae fidei possessor*..... 48
4. Falta de delito en los interdictos posesorios 50
5. Inutilidad de los interdictos posesorios considerados como acciones penales especiales al lado de las ya existentes..... 52
6. Las *condiciones* y la restitución de la posesión..... 53

II

La interdicción de la violencia como fundamento de la protección de la posesión

La opinión de Savigny es tan conocida, que apenas si considero necesario copiar sus propias palabras (1): «No constituyen-

---

consultos alemanes antiguos la institución correspondiente, con más o menos exactitud a la que llamamos hoy posesión, se designaba con el nombre de *Gewere*. Tal nombre, lo mismo que la palabra francesa *possession*, indicaba tres cosas distintas: 1.° poder de hecho que se tenía sobre un fundo; 2.°, el derecho que nacía de este poder de hecho, y 3.°, el fundo mismo sobre el cual recaía ese poder o ese derecho. Como la posesión, significaba un poder, un derecho y la cosa misma poseída». Teniendo en cuenta las exigencias del derecho romano, por virtud de las cuales la mera tenencia no acusaba posesión y la *Gewere* sí, se ve de cuán distinto modo se llegó a entender el asunto.

En las legislaciones positivas se refleja también esta variedad en el modo de entender la posesión. Por de pronto, se cuestiona por los tratadistas respecto del alcance de los preceptos del derecho romano, pudiendo verse en Van Wetter *(Traité de la possession en Droit romain)* un resumen de las diversas opiniones, y en cuanto a las legislaciones que más o menos han seguido al derecho romano, ya inspirándose totalmente en él, ya sufriendo su influencia, se nota bastante diversidad de pareceres. Entre las legislaciones actuales vigentes en Alemania, por ejemplo, califícase la posesión *cum animo domini* por el *Código civil austriaco* (art. 309) y *el sajon* (art. 186), así como por el *Proyecto de Código civil bávaro* (III, 1, art. 1.°) y el *Proyecto de Código civil alemán*. En cambio, el Código Maximiliano, como advierte el citado Lehr (pág. 144), llama posesión a la

---

(1) *Rechts des Besitzes (Derecho de posesión)*. Edición 7.ª, páginas 30-32.

do la posesión por sí un derecho, la perturbación de la misma no es en rigor un acto contrario al derecho: no puede llegar a serlo más que si a la vez se viola la posesión y un derecho cualquiera. Ahora bien: eso es lo que ocurre cuando la pertur-

---

simple tenencia de una cosa «para sí», por oposición a la tenencia, sin ánimo alguno. Lo mismo ocurre con el *Landrecht prusiano*, que califica de poseedor a quien tiene una cosa, con intención de disponer de ella «para sí», distinguiendo entre poseedor completo e incompleto. El *Landrecht* badés no exige del poseedor más que la intención de disponer de la cosa en su propio nombre y para sí. El Código sajón, a pesar de lo antes dicho, concede las acciones posesorias a quien quiera que tenga la cosa para servirse de ella, o a título de garantías. Entre los principales Códigos suizos, los de Berna (art. 349) y Zurich (art. 64), consideran como poseedor al que, sin el *animus domini*, tiene la cosa, como p. e., el usufructuario, el colono, el arrendatario. Se procura en estos Códigos distinguir la posesión que puede implicar la propiedad de la cosa, toda ella, el *dominio*, de la posesión de un derecho, que no supone dominio, sino tal o cual aprovechamiento de aquellos que la propiedad plena (directo y útil) entraña.

En el Código de Napoleón (art. 2230), se tiende a ver en la posesión el *animus domini*, y Laurent, rebatiendo a Troplong, cita estas palabras de Domat: «que la simple detención de una cosa no se llama posesión propiamente; no basta para poseer tener la cosa y que se tenga bajo su poder». Según el mismo Laurent, los redactores del Código no han reproducido la distinción de la posesión natural y civil *(Principes de Droit civil*, XXXII, 263). En cambio, de la definición del Código civil italiano (art. 685), así como de la de los Códigos italianos anteriores Parma, Nápoles, Albertino), en opinión del profesor Lomonaco, pueden distinguirse tres clases de posesión: *natural*, *legítima* y *de buena fe*, o sea, simple tenencia (garantida por el interdicto de recobrar), la posesión con *animus domini* y la que sirve de punto de partida y fundamento a la usucapión propiamente dicha.

Viniendo ahora a nuestro Código civil, en primer término tra a de la posesión como de relación jurídica independiente *(derecho real)*, inmediatamente despues de la propiedad (tít. 5.° del libro 2.°), y respondiendo luego al criterio impuesto por la base 11, distingue entre posesión natural y civil en esta forma (art. 430): «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos». Para esclarecer bien el concepto legal de la posesión en el Código civil, deben tenerse en cuenta los artículos 432, 433,

bación producida en la posesión es el resultado de la violencia: en efecto, siendo toda violencia injusta, contra esta injusticia es contra la que se dirige el interdicto.—Los interdictos posesorios suponen un acto que, por su misma forma, es injusto —El po-

---

438, 444, 446 y 447. Las copiamos para ver de qué suerte se regula la posesión en aquellos puntos que ahora estudiamos. Por de pronto, tenemos que «la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derechos para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona» (342): que se reputa poseedor de buena fe, al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide; y poseedor de mala fe, al que se halla en el caso contrario» (433): que «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseídos, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho» (438): que «los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión» (444): que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión, por los medios que la ley de procedimientos establece» (446); y que «sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio» (447).

De todo lo copiado se ve bien claramente que para nuestro Código, la posesión se ofrece obedeciendo a un criterio amplio, y que por *sí misma*, no en atención a la propiedad plena, tiene un valor esencial. Amplitud y valor que aparece aún más claro, si relacionamos el art. 446 del Código con el 1651 de la ley de Enjuiciamiento civil, el cual dice que «el interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en *posesión o en la tenencia* de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido despojado de dicha *posesión o tenencia*».

Hay, pues, gran semejanza entre nuestro Código y la *Gewere* germana Parece verse en el hecho de la posesión un estado jurídico digno de amparo y respeto, sin atender al *animus domini*, ni siquiera al *animus possidendi*, por más que esto, cuando se trata de seres racionales, es preciso suponerlo, pues de un modo implícito existe siempre, y la tenencia de una cosa lo supone, mucho más si se advierte la exigencia de la buena fe. Por donde a la cuestión antes planteada de si para que la relación subjetiva de la *posesión*, se convierta en relación social, reconocida y amparada, basta la mera posibilidad de disponer del objeto, las legislaciones

seedor tiene derecho a exigir que nadie le perturbe violentamente». No hay ahí violación de un derecho subsistente por sí, fuera de la persona, sino un estado de ésta que se encuentra modificado perjudicándola; y si se quiere reparar completamente, y en todas sus consecuencias, la *injusticia* resultante del acto de *violencia de que la persona* ha sido víctima, es indispensable restablecer o proteger el estado de hecho contra el cual la violencia se hubiere dirigido» (1).

---

todas, más o menos, exigen que la voluntad se manifieste con *intención*, suponiendo la *creencia* en el poder que al sujeto asista para *tenerlo*. Esta última condición, después de todo, es la revelación del carácter ético de la posesión jurídicamente considerada.

Si ahora, en breves términos, quisiéramos sintetizar de qué suerte el concepto romano de la posesión pasó a las legislaciones modernas, nada mejor que estas palabras del señor Azcárate, en su importante *Historia del derecho de propiedad* (T. 3.°, pág. 111.) «Conservan, dice, el concepto romano de posesión: *detentio rei corporalis animo sibi habendi:* y de aquí los dos requisitos: *corpus* y *animus domini*, esto es, la tenencia de la cosa y su retención en concepto de dueño. Pero se apartan, de un lado, en que mientras el derecho romano considera la posesión como un poder absoluto análogo a la propiedad, admitiendo sólo la que llama cuasi-posesión, respecto de determinados derechos reales, los Códigos modernos reconocen que lo mismo cuadra a éstos que al dominio, y de otro, en que el primero sólo ampara la *posesión civil* (la que conduce a la usucapión) y la *posesión* (la protegida por los interdictos); pero no la mera *tenencia*, mientras que muchos de los segundos conceden esta protección, siquiera sea pasajera y provisional, afirmando el principio de que, cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede perturbarla arbitrariamente. Además nótese que unos Códigos definen la posesión en su sentido más lato, determinando luego las varias especies de ella; al paso que otros, como el de Berna, siguiendo a los romanos, definen la que tiene mayor importancia jurídica».

Acerca de la diferencia entre la *Gewere* germana y la *posesión*, v. Ahrens. *Enciclopedia jurídica*, tomo 2.°, págs. 357 y siguientes (traducción española). Ahrens cita a este propósito a Allrecht. *La posesión (Gewere) como base del antiguo derecho real alemán* y Sandhas, *Ensayos germanistas*.—N. DEL T.)

(1) Savigny, *Rechts des Besitzes*, pág. 5.ª. Edición 7.ª de Rudorff. Viena, 1865, pág. 56.

La opinión de Rudorff (1) no se diferencia esencialmente de la de Savigny. En tanto que este último coloca el derecho a la protección contra la violencia en la persona del *poseedor*, y afirma expresamente (pág. 63) que «los interdictos posesorios tienen su fundamento en consideraciones de derecho privado», Rudorff acentúa el carácter público de la violencia, como «perturbación producida en la paz y en el orden públicos» relacionando la protección de la posesión con la prohibición de hacerse justicia por su mano (2). Claro es que este mismo punto de vista último puede conciliarse con el derecho privado del poseedor a ser protegido, como lo prueba muy bien el *Decretum Divi Marci*. Pero por otra parte resulta demasiado estrecho, cuando se advierte que la perturbación o despojo violento de la posesión no tiene siempre por objeto hacerse justicia por su mano; sino hablar de los otros casos de despojo ilegal de la posesión (*clam*, *precario*). Las dudas formuladas de diversos lados contra esta modificación de la opinión de Savigny (3) parecen haber inducido al autor a retirarla tácitamente (4), de suerte que po-

---

(1) *Zeitschrift gesch. R W.* VII, pág 90 y siguientes. *(Revista histórica de ciencias jurídicas)*.

(2) Savigny, ob. cit., págs. 62-64.

(3) Savigny, *Apéndice*, pág. 575.

(4) Evidentemente, dado el fundamento de la protección de la posesión antes indicado, en cuanto ésta es condición esencial de la relación jurídica, y en cuanto es necesario respetarla por su forma exterior de derecho, las garantías que aun al llamado poseedor de mala fe conceden las leyes, no pueden descansar sólo en el derecho del poseedor, que siendo de mala fe no tiene derecho, sino en el principio del derecho social y transitivo que impide la violencia ejercida por la persona misma, y exige la intervención del poder constituído en representación del Estado, en una palabra, en el principio que impide a toda persona tomarse la justicia por su mano. Después de todo, esto mismo sirve para hacer ver el fundamento de la protección de la posesión *justa* y de los efectos jurídicos de la de buena fe, como puede verse, por ejemplo, en nuestro Código civil. (Capítulo 3.°, tít. 5.° del libro 2.°). Se atiende al elemento *ético*, inseparable de toda relación jurídica, y el cual supone *probidad intachable* en la persona, en tanto que en las garantías provisionales de la posesión de mala fe (no hay en rigor ahí verdadera posesión), se atiende,

dremos contraer de aquí en adelante el examen a la idea de Savigny.

Esta, indudablemente, a primera vista seduce y atrae; pero es que se olvida y se ignora el aspecto que reviste la posesión en el derecho romano. En un tratado de derecho natural tendría un lugar muy adecuado (1), mas en una obra que pretende exponer la teoría romana de la posesión, no puede menos de causar sorpresa profunda, porque, en rigor, es inconciliable con esta teoría y se presta desde todos los puntos de vista a la contradicción. La tentativa de llevar a la práctica legislativa semejante idea, engendraría un derecho de posesión que no tendría ni la más remota semejanza con la posesión romana. Paso a demostrarlo examinando los principales puntos de la teoría romana de la posesión.

I.—Falta de protección de la «detentio alieno nomine»

Si los interdictos posesorios descansan en la idea de una violación del derecho cometido contra la persona, no puede razonarse por qué han de ser negados a aquel que posee *alieno nomine*. ¿Qué es lo que la injusticia contra la persona tiene de comun con la manera según la cual posee? ¿Será por ventura menos lesionado el orden legal por la expulsión de un arrendatario que por la de un enfiteuta? La violencia siempre será violencia, importando poco contra quien se ejerce. Una acción

---

no tanto al derecho de la persona, cuanto a las condiciones del derecho en sí mismo, referidas a la prohibición de hacerse justicia por su mano.—(N. del T.)

(1) Y aun en este mismo supuesto será preciso, como advierte Randa (*obra citada*), que el despojo de la posesión sea en sí un acto injusto. «En sí misma la violencia no puede parecer injusta, sino en tanto que lesiona un derecho. En efecto, allí donde ningún derecho es lesionado, y hay sólo un cambio del estado de hecho, no puede haber cuestión respecto a evitar la injusticia de la violencia y sus consecuencias». Más adelante (IV) volveré sobre este punto.

que, como tal, esto es, independientemente de la persona lesionada, encierra ya una injusticia, no puede serlo o no serlo según la diversidad de los supuestos.

Escuchemos lo que Savigny replica a este propósito: «Una de dos, dice (p. 59), o suponemos que el que tiene la cosa está de acuerdo con su verdadero poseedor o está en oposición. En el primer caso, no tiene necesidad de interdictos, pues que los del poseedor le bastan. En el segundo, si quiere invocarlos contra la voluntad del poseedor, sea contra el mismo, sea contra un tercero, no podría hacerlo, porque contravendría las relaciones obligatorias en que se basa su tenencia y que ponen a salvo todos sus intereses. ¿Convencerá esta deducción a nadie? Lo dudo (1). Savigny ha perdido ahí de vista su propia y personal idea de los interdictos posesorios. En efecto, si éstos son medios de protección frente a la injusticia ejercida contra la *persona*; si la relación posesoria no tiene más que una importancia subordinada, que se reduce al elemento de hecho de la situación, entonces no puede comprenderse por qué el detentador debe depender del poseedor para ser protegido contra una injusticia que le es personal. Es indiferente por completo «que los interdictos del segundo protejan suficientemente a ambos, y que por esto el detentador no los *necesite*» (2), desde el momento en

(1) V., en este sentido, Randa: op. cit., nota 3.ª.

(2) Todo esto nace de considerar la posesión mera *posesión civil*, como derecho real absoluto, y no poder descomponer, en la relación de propiedad, los derechos especiales, que sin implicar la propiedad con el dominio, entrañan, sin embargo, una relación de posesión. Recuérdese a este propósito lo que disponen los Códigos de Berna (art. 349), y Zurich (art. 64), y la distinción de nuestro Código entre tenencia y posesión; y entre tenencia y posesión de las cosas, y tenencia y posesión de derechos, así como las exigencias de la *ley de Enjuiciamiento civil* respecto al interdicto de retener y recobrar, que pueden esclarecerse comparando esta ley con la antigua, y viendo cómo en ésta se concedía el interdicto de recobrar, lo mismo al poseedor legítimo (el propietario al usufructuario), que al simple tenedor (inquilino, arrendatario, colono, depositario, etcétera); y según advertían los comentadores, señores Manresa y Reus: «Aun al que tiene la cosa por fuerza, clandestinamente o por ruegos».

que la perturbación de la posesión está, no en la posesión, sino en el derecho de la persona. La protección contra la injusticia de la perturbación no es cosa de oportunidad o de necesidad, sino una simple consecuencia. El *lesionado* será *protegido:* si ambos son lesionados, ambos deben ser protegidos; si uno sólo es lesionado, uno sólo debe ser protegido. Ahora bien; el que tiene la cosa, es quien debe serlo, en todos los casos, puesto que es el primero y más directamente molestado por la violencia. Y eso es lo que ocurre por virtud del interdicto *quod vi aut clam;* si el *opus vi aut clam factum* lesiona por igual el interés del arrendatario y el del arrendador, ambos tienen el interdicto (1). Pues bien; si se reflexiona que este interdicto supone un delito (2), se verá fácilmente lo que los jurisconsultos romanos hubieran debido decidir, de haber considerado los interdictos posesorios desde el mismo punto de vista.

Si los detentadores no tienen necesidad de un medio de protección independiente, ¿por qué les concede el derecho romano las *act. furti* y *vi bonorum raptorum*? (3). El motivo mismo por el cual, en opinión de Savigny, les negaba los medios posesorios, debería haberle hecho negar también esas dos acciones, y no es así; lo cual prueba que el derecho romano no ha dejado de ver la dirección *inmediata* de esos delitos contra el tenedor, ni la necesidad y la importancia de concederle contra ella una

---

«Pueden entablarlo - añadían - siempre que sean despojados violenta o clandestinamente de la *posesión o tenencia*, y contra el que les haya causado el despojo, cualquiera que sea, aunque fuese el verdadero dueño de la cosa...»

Sabido es que la ley de Enjuiciamiento civil vigente, de los dos interdictos hizo uno solo (de retener o de recobrar), y que en ella se habla siempre de *posesión o tenencia* de cosas, dígase y derechos; pues la tenencia de la cosa debe, en todo caso, y para los efectos a que aquí se alude, implicar derecho.—(N. DEL T.)

(1) C. 12, *quod vi* (43, 24).

(2) L. 3.°, pr. ibid., *facto tuo* DELINQUETIS; l. 1.°, § 2.°, INJURIAM *commiisti.* Este interdicto compete hasta el hijo de familia. L. 6.° de O. y A. (44, 7), *injuriarum et quod bi aut clam.* L. 13, § 2.°, *quod vi.*

(3) L. 14, § 2.°; L. 85 de furt. (47, 2); L. 2.°, § 22, *vi bon* (47, 8).

protección también *inmediata*. Y no sólo la lesión *personal* es la que se toma en cuenta en esas dos acciones, y en el *interdictum quod vi aut clam*, sino que también el interés *real*, *patrimonial* del mantenimiento de la relación posesoria encuentra ahí su expresión *Praeterea*; dice la citada L. 14, párr. 2.° de furt., *habent furti actionem coloni, quam vis non sint, qua interest eorum*; y en la L. 2.ª, párr. 22, *vi bon.* citada, la cosa recibida en comodato, en prenda, en locación, está comprendida en nuestro patrimonio, en el sentido de que sin ser por su naturaleza una cosa *in bonis*, se conceptúa como si se encontrase *ex bonis*, esto es, *ut ex substantia mea res ablata esse proponatur... ut inter sit mea eam non auferri.* Así ocurre que el locatario obtiene el *interdicto de migrando*, en virtud de la retención de las cosas inferidas, lo mismo respecto de las que le han sido prestadas o arrendadas, que de las que han sido depositadas en su poder, extendiéndose también a esas cosas la *hereditates petitio* (1).

Cuando el poseedor y el tenedor no están de acuerdo—dice Savigny—este último no puede invocar los interdictos, porque iría contra los fundamentos de las relaciones en que se apoya su tenencia. Pero aun suponiendo que el ejercicio de los interdictos contiene en sí una usurpación frente al poseedor, ¿qué importancia tiene ésta ante el autor de la perturbación? Este último no es juzgado más que según el alcance y medida de su propia acción, y no puede deducir un derecho de las relaciones obligatorias que existen entre el tenedor y el poseedor (2). Si

(1) L. 2.ª de migr. (43, 32); L. 19 pr. de her. pet. (5, 3).

(2) Independientemente del derecho romano y de todo derecho positivo, nos parece que la opinión de Ihering responde, más que la de Savigny, al concepto del derecho, considerado éste como relación que siempre se establece entre la finalidad racional y la conducta libre de los seres. Así, en el caso a que Ihering se refiere, la relación jurídica está entre el mero tenedor y el que la perturba: es decir, que aquí el tenedor (sér de fines), es el que no puede ni debe consentir la violencia ejercida por un tercero respecto de los derechos que tiene, y el cual, al violentarla, le niega la condición jurídica. La conclusión de que el «autor de la violencia no puede deducir un derecho de las relaciones obligatorias que existen entre el tenedor y poseedor», indica el profundo sentido jurídi-

en algún caso pudiera eso suceder, sería en el de expulsión del arrendador por el arrendatario, porque entonces la violación del lazo obligatorio es indudable y flagrante; y, sin embargo, el derecho concede sin dificultad los interdictos al arrendatario, que se ha convertido en poseedor (1), y el tercero, que, según Savigny, viniese a oponer las obligaciones que existieran entre el arrendatario y el arrendador, no sería oído.

En suma: la tentativa de Savigny para refutar las objeciones que puedan ser dirigidas contra su teoría de la falta de protección del tenedor, queda completamente frustrada. Es una extraña ironía del destino literario (de que por lo demás se encontrarán numerosos ejemplos en el mismo Savigny, a pesar de su gran genio) el que el restaurador de la teoría romana de la posesión, haya enunciado, para dilucidarla, una idea que está con tal teoría en contradicción irreconciliable, y que al propio tiempo haya levantado la oposición más viva contra una aparición moderna que en la esfera de la posesión se produce, y que precisamente contiene la realización histórica de su idea; aludimos al *summarissimus* y a la *actio spolii*. Aquel que veía en la perturbación y en el despojo de la posesión una injusticia contra la persona, debería aplaudir esos dos remedios legales concedidos a todo poseedor, sin atender a la calidad de su posesión, y saludarlos con gozo, como realización de su idea. Pues

---

co de Ihering, y cómo, a pesar de las limitaciones que aún se notan en su concepto del derecho para ver éste como relación ética que descansa en la intención reflexiva, rompe ciertas trabas que impone el derecho positivo considerado como derecho objetivo, real y respetable en sí, para no ver el derecho sino en la vida y siempre en la conducta y en cada relación: en este caso, en la relación especial y concreta entre el tenedor y el que intenta turbarle (negar el derecho) en la tenencia de la cosa.

Nuestras leyes (el *Código civil*, artículos citados, y la *Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1651 a 1662), responden en parte a esa *desintegración* del derecho, por cuanto, según hemos indicado, descomponen y garantizan las relaciones jurídicas que implican posesión, sin implicar dominio. (N. DEL T.)

(1) L. 12 *de vi* (43, 16).

bien: ¡Savigny los considera como una aberración científica, como un absurdo! Por lo demás, quien así se expresa y lucha por conservar la pureza del derecho romano, debería combatir como nadie la proposición, según la cual, los medios de protección de la posesión se reducen a una protección de la persona. Ahora bien: ¡Savigny, no sólo ha enunciado tal proposición, sino que la ha mantenido durante medio siglo.

2.—Falta de protección de la posesión de las cosas no susceptibles o de las personas incapaces de posesión.

a) *Las cosas.*—No puede ofrecerse el problema de la posesión ni de la protección de la posesión, de las cosas *extra-commercium*. ¿Por qué no? Desde mi punto de vista, esta cuestión podrá ser resuelta en las páginas siguientes de una manera satisfactoria. En efecto, esas cosas no son susceptibles de propiedad; ahora bien, la posesión no es otra cosa que la exterioridad de la propiedad, y debe, por tanto, cesar allí donde la propiedad no puede concebirse (1). Pero desde el punto de vista sos-

(1) Tal, en cierto respecto, parece ser el sentido de nuestro Código civil, el cual, en su art. 437, dice: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Artículo que es preciso relacionar con el 338, según el cual, «los bienes son de dominio público o de propiedad privada»; y son de dominio público, según el artículo 339: «1.° Los destinados al uso público, como los caminos, canales, torrentes y puentes, construídos por el Estado; las riberas, playas, radas y otros análogos. 2.° Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión». Estas cosas, por tanto, no son susceptibles de posesión *legal*, y que produzca efectos *legales*, porque no son susceptibles de propiedad particular, con lo cual parece que podrá aquí considerarse la posesión según Ihering dice, pero aún sería fácil argumentar que sin atender para nada al dominio, por las mismas razones que se reputan ahí, las cosas, como inadecuadas para la relación total de propiedad, son inadecuadas para aquellos actos que implica la mera posesión (uso, aprovechamiento

tenido por Savigny, esta proposición no puede ser explicada en manera alguna.

En efecto, si la lesión de la posesión no adquiere importan-

---

de las cosas sin la exclusiva y las consecuencias del dominio pleno). Esto aparte de que, en este caso, al determinar la imposibilidad de la posesión, o más bien, al negar los recursos que la amparan, se restringe naturalmente el concepto de la posesión, por una parte, a la que pueden tener las personas en concepto de tales frente y en distinción respecto del Estado, y por otra a la ordenación social de la misma conforme con el criterio positivo que regula la propiedad. Basta tener en cuenta el cambio sufrido en las legislaciones por las cosas *extra comercium*, cambio que implica la situación temporal de determinados bienes, más que la *incapacidad* natural de los mismos para ser poseídos. En rigor, todo lo que se dice aquí de los bienes susceptibles o no de apropiación, y que es causa de la distinta capacidad en las cosas para ser objeto de posesión con efectos legales, responde a un cierto criterio *positivo* muy limitado de la propiedad; pues declarar cosas *inapropiables*, las de dominio y uso público, o bien las *comunes*, como hacen los autores, es no ver la relación de propiedad que la Nación, como tal, tiene con respecto de los primeros, y no ver que respecto de los segundos se establece en el uso constante de todos los hombres la relación esencial de propiedad, que consiste en «aplicar las condiciones naturales a su fin correspondiente» (Giner), aquí a la satisfacción de nuestras necesidades materiales mediante el desarrollo de la actividad obrando la naturaleza.

Pero, prescindiendo de esta consideración filosófica, lo cierto es que la ley positiva limita el concepto de posesión en la forma dicha, y aún más, consecuencia en el fondo de esto mismo y del criterio *privilegiado* que el Estado tiene, a la vez que los bienes de dominio y uso público son *extra comercium*, en la regulación de las relaciones de posesión y de propiedad de la Administración como poder, se rompe con la ley general, y, por ejemplo, no se ampara la posesión de los particulares con el interdicto frente a la Administración, cuando obra ésta en el círculo de sus atribuciones, habiéndose sostenido en el Senado español (*Diario de Sesiones*, 8 de Abril y siguientes, 1892) que en ningún caso deben concederse aquéllos ni aun cuando el particular esté en posesión por más de un año; doctrina que no prosperó, afortunadamente. Acerca de este punto debe verse la discusión habida en el Senado (Abril, 1892). Se ha tratado también por A. Posada, REVISTA DE LEGISLACION, 1892, artículo *Interdictos contra la Administración*. V. Azcárate, *Historia del derecho de Propiedad*, tomo 3.º Véase respecto de Italia, Ricci, *Corso teorico-pratico de Diritto civil*.—(N. DEL T.)

cia jurídica, sino en tanto que encierra una injusticia contra la persona, la cualidad de la cosa no tiene ningún valor; poco importa que sea mueble o inmueble, susceptible o no susceptible de propiedad. Es en rigor tan indiferente, como investigar si un asesinato se ha cometido cerca de una casa o de un seto, bajo un haya o bajo una encina. Si la idea de Savigny fuese exacta, debería aplicarse a la posesión la decisión que contiene la L. 13, párrafo 7.° *de inj.* (47, 10) para la *actio injuriarum*, la cual prescinde por completo de la cualidad jurídica particular de la cosa. Que se me impida hacer uso de mi propia cosa, o de una *res publica (in publicum lavare aut in cavea publica sedere, etc.)*, o de una *res communes omnium (in mari piscari)*, es perfectamente indiferente; yo tendré siempre la *actio injuriarum*. Que no se diga: el poseedor de una *res extra commercium* no tiene interés en la cosa, o comete una injusticia poseyéndola y la injusticia no puede ser protegida; porque no se puede decir lo mismo del ladrón o del bandido (1), y, sin embargo, se les conceden los interdictos posesorios. Además, aunque no fuese exacto en cuanto a la *res sacrae publicae*, no se puede decir lo mismo en cuanto a todas las *res extra commercium*. En efecto, la *res religiosa* se encuentra con respecto a quien pertenece *(ad quem pertinet)* en relación análoga a la de propiedad: él tan sólo está autorizado para usar de ella conforme a su destino: tiene, como el poseedor, la facultad de excluir a cualquier otro; en una palabra, tiene en esa relación interés jurídico reconocido y protegido (2). En caso de perturbación violenta de esa relación, concurren en

(1) Así no se les concede ni aun cuando se les ha robado a ellos mismos la cosa, la *actio furte* (v. la L. 76 § 1.° *de furte*), 47, 2): *si honesta ex causa interest*, (v. también L. 12, § 1.° *ibid*, *Nemo improbitate sua consequitur actionem* y la *act, ad exhibendum*. L. 3.ª § 11, *ad exh.* La acción de división de herencia no se extiende a lo adquirido *vel vi out latrocinio aut aggressura*. L. 4.ª § 2.°, *fam. erc.)* (10,2).

(2) Los textos en que me apoyo están en mi *Espíritu del Derecho Romano*, III, pág. 335; se puede añadir el de Orelli, *Corp. inscri.*, número 4358, señalado por Rudorff, sobre Savigny, ley citada, pág. 604, y en el cual se trata de la tradición de un monumento funerario (*in vacuam possessionem— ire aut mittere).*

verdad las condiciones que, según Savigny, bastan para los interdictos posesorios, y, sin embargo, se niegan éstos al derechohabiente (1) concediéndole otros medios de protección. Lo mismo ocurre entre el padre y el hijo. El interés para aquél, así como la injusticia de la parte contraria, ¿eran menores, cuando quien retenía era un hijo, que cuando era un esclavo? Y no obstante, en este último caso se le concedía el *interdictum utrubi*, un interdicto posesorio, mientras que en el primero debía hacer uso de interdictos especiales *(de liberis exhibendis* y *ducendis)*.

b) Capacidad de poseer en las personas.—Como es sabido, los esclavos y los hijos de familia son en derecho romano (2) incapaces de poseer. Según Savigny (pág. 126), «esta proposición resulta evidente de la regla general por virtud de la que el hijo de familia no puede tener derecho alguno patrimonial». ¡Perfectamente! Pero, ¿cómo armonizar semejante explicación con la idea de Savigny, según la cual en la posesión, no es el patrimonio lo que se protege, sino la persona? Si fuese cierto que los interdictos posesorios nacen del delito, hubiera sido imposible negárselos en absoluto al hijo de familia, pues tendría derecho a ellos con el mismo título que según la L. 9.ª de O. et A. (44, 7). *Suo nomine nullam actionem habet nisi* INJURIARUM *et* QUOD VI AUT CLAM *et depositi et commodati.*

3.—Protección de la posesión del «injustus o malae fidei possessor»

He aquí, a mi modo de ver, una contradicción más, todavía, e insoluble, dada la opinión de Savigny. Si se niéga al ladrón y al bandido la *act. furti* y la *act. legis Aquiliae* (3), ¿cómo hubieran

(1) L. 30, párrafo 1.º, *de poss.* (41, 2).

(2) L. 49, párrafo 1.º, *de poss.* (41, 2).

(3) L. 12, § 1.º; L. 76, § 1.º, *de furt.*, (47, 2); L. 40 § 6.º, *arg.*; L. 17, *pr. ad leg., Aq.*, (9, 2). Pero se les concedía las acciones de contrato., p. e., la *ad commodati*, L. 15, 16, *Commod*, (13, 6); la *act. depositi*, L. 31, *Dep.*, (16, 3).

podido concedérseles los interdictos posesorios si se hubiera visto en éstos acciones penales? Que se compare la manera de expresarse los jurisconsultos en la L. 12, § 1.°, y en la L. 76, § 1.°, *de furt.* cit. *Furti actio*—dice la L. 12—*malae fidei possessori non datur, quam vis interest ejus rem non subripi, quippe, cum res periculo ejus sit, sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam melae fidei furti actio datur;* y la L. 76, § 1.°: *nam licet inter sit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cujus interest furti habet actionem si* HONESTA EX CAUSA INTEREST. Aquí todavía nos pone Savigny frente a un enigma irresoluble, no habiendo hecho tentativa alguna para conciliar con su idea esos pasajes, de los cuales, por lo demás, se sirve él mismo con otro fin contra sus adversarios (p. 65). Si el propietario se apodera clandestinamente o por violencia de la cosa de manos del *malae fidei possessor*, o si la destruye, este último no tiene contra aquél ni la *condictio furtiva*, porque presupone la propiedad, ni la *act. furti*, porque presupone el interés; ni la *act. legis Aquiliae* porque presupone un derecho sobre la cosa, o a lo menos la *bonae fidei possessio*: el propietario robado rechazará la acción del delito prevaliéndose simplemente de su propiedad (1). Si, por el contrario, el *malae fidei possessor* se sirve de un interdicto posesorio, según puede hoy hacerlo para los muebles como para los inmuebles, despues que Justiniano equipara por completo los *interdictum uti possidetis* y *utrubi*, entonces el defensor no será admitido a exceptuar su propiedad, y la *malae fidei possessio* del demandante no será cuestionable sino en tanto que la *exceptio vitiosae possessionis* sea fundada frente a él. ¿Quién no percibe ya que el punto de vista de la apreciación es diferente en ambos casos? En el primero, es el del delito el que impera; en el segundo, otro bien distinto.

(1) De la propia suerte rechaza *act deposite* del Candrou, L. 31, párrafo 1.°; *Dep.* (16, 3), i. f.

4.—Falta de delito en todos los interdictos posesorios

No puede reconocerse materia de delito sino en un solo interdicto, en el *interd. undevi;* debe negarse en todos los demás. Savigny (p. 31) quiere justificar su existencia en el *interd. de precario,* diciendo que «es injusto en sí abusar de la buena voluntad de otro, como es injusto recurrir a la violencia para apoderarse de una cosa». Pero si tal aserto fuera exacto, también se deberían llamar acciones penales la *condictio ex mutuo*, la *act. commodati* y la *act. praescriptis verbis* posible, fundada en el *Precario.* El *interdictum de precario* puede, ciertamente, revestir carácter penal por el *dolus* del que tiene la cosa en precario (1), lo mismo que en la reivindicación (por el *dolus praeteritus* del poseedor); pero esta simple posibilidad no convierte el interdicto ni la reivindicación en acciones penales. Prescindiendo de tal circunstancia, aquél se dirige de la propia suerte contra el heredero que contra el testador. (2)

¿Podrá afirmarse que la negativa de restituir encierra necesariamente *dolus?* De ningún modo. Supongamos, por ejemplo, que el heredero o tutor del que tiene en precario y el cual se ha vuelto loco, no tienen noticia del mismo, o que el que tiene la cosa en precario aprende entre tanto que es el propietario. En este último caso, está en su pleno derecho al negar la restitución, *ideirco quia receptum est, rei suae precarium non esse.* (3).

---

(1) Resulta que el heredero de quien tiene la cosa en precario no responde aquí, como en los demás casos, del delito del testador sino de la riqueza. L. 8.ª § 8.º, *de prec.*, (43, 26).

(2) L. 8.ª § 8.º, cit. *heres ejus, qui precario rogavit, teuetur quemadmodum ipse.*

(3) L. 4.ª § 3.º, ibid.; L. 45, pr. De R. J., (150, 17); L. 21, *de usuc* (41, 3); L. 31 § 1.º, *Dep*, (16, 3). La prueba de la propiedad establecía *ipso jure* la falta de fundamento del *intd.* V. mi *Geist des R. R.* (Espíritu del derecho romano), III, págs. 65, 66.

De los dos interdictos *retinendae possesionis*, hay uno el *interd. utrubi*, bajo la forma que tenía antes de Justiniano, que resiste a cuantos esfuerzos pudieran hacerse para ponerle en armonía con la idea de Savigny. Sabido es que este interdicto podía dirigirse, no sólo contra aquel que inmediatamente había sustraído la posesión al demandante, sino también contra tercero, aun contra el *bonæ fidei possessor:* la única condición exigida era que el demandante hubiera poseído durante el año anterior más tiempo que el defensor, a contar desde el momento en que la acción se insinuase. Savigny no se ha pronunciado nunca, que yo sepa, sobre la manera de conciliar este interdicto con su opinión; si lo hubiera intentado se habría convencido de la imposibilidad de su empresa. En los dos sitios donde debería haberlo hecho (págs. 31 y 49), deja nuestro interdicto en silencio; y cuando caracteriza los *interdicta retinendæ possessionis*, insiste sobre la condición de la *lesión violenta* de la posesión (pág. 400), e invoca en lo que concierne al *interd. utrubi* las palabras *vim fieri veto*, de la fórmula de la L. 1, *pr. utrubi* (43, 31); al tratar mássingularmente de este último interdicto, añade que no encuentra acerca de este punto «nada especial que hacer notar» (1). Pero ¿cuál era el sentido de las palabras *vim fieri veto*? No era evidentemente necesario que ocurriese una violencia para que se pudiera intentar el interdicto, sino más bien que el defensor no pudiese oponer violencia alguna al demandante cuando éste quisiera apoderarse de la cosa *(quominus is eum ducat)*. La violencia no era, pues, una condición de este interdicto, como no lo era para los numerosos interdictos no posesorios que estaban provistos de la misma fórmula. De otra suerte, el Pretor, en lugar de hablar para el porvenir, hubiera debido hablar del pasado, como, por ejemplo, en el *interd. quod vi*

(1) El mismo Rudorff, que es tan versado en el conocimiento del sistema formulario romano, y de quien se habría debido esperar una demostración más concluyente de la inadmisibilidad de este argumento sacado de la fórmula, no encuentra nada que decir en ella; a lo menos yo no encuentro observación alguna por su parte en la continuación del pasaje citado (pág. 400, nota).

aut clam: quod—FACTUM EST, o en el *interd. unde vi: unde*—DEJECISTI.

Habrá de permitírseme ser breve en cuanto al *int uti possidetis*, en atención a las diligentes investigaciones de que ha sido objeto en estos últimos tiempos (1). No es verdad que «la lesión violenta de la posesión» sea una de las condiciones de este interdicto (Savigny, pág. 400). La investigación del Juez: *num vis facta sit contra edictum Prætoris* no es para *antes*, sino para *después* del otorgamiento del interdicto. Este podía invocarse sin dificultad por ambas partes en el caso de una controversia sobre posesión *(controversia de possessione)* completamente pacífica y exenta de todo género de violencia, como, por ejemplo, si se tratase de saber, entre dos pretendientes a una herencia, cuál había tomado primero la posesión de un fundo hereditario, ejemplo éste en el que Ulpiano (L. 1. § 3, *uti poss.*, (43, 17) igual que Gayo (IV, 148) encuentran el punto de partida para la exposición de este interdicto. Según Savigny, si se invocase en este caso debería ser rechazado.

5. — INUTILIDAD DE LOS INTERDICTOS POSESORIOS CONSIDERADOS COMO ACCIONES PENALES ESPECIALES AL LADO DE LAS YA EXISTENTES.

Si fuese cierto que el Pretor quería por los interdictos posesorios crear tan sólo una nueva especie de acciones contra delitos, en vano sería que se tratase de justificar la utilidad de su innovación, puesto que las acciones existentes bastaban de un modo suficiente: para la perturbación en la posesión, el *interdicto quod vi aut clam* y la *actio injuriarum* (2); para la sustrac-

(1) Véase sobre todo Hermann Witte. El *Interdictum uti possidetis*, Leipzig, 1863, y especialmente, págs. 40 y siguientes.

(2) Véanse ejemplos del primero en L. 7. § 5, 6, 9, 10, L. 6, 11, etc., *Quod vi* (43, 24); de la segunda en L. 13, § 7, *de inj.* (47, 10) y Paulo S. R. V. 6, § 5.

ción de la posesión la *actio furti*, que en el derecho antiguo se extendía hasta las mismas cosas inmuebles (1), y abarcaba a la vez la sustracción clandestina y la violenta (2), pudiendo en caso de necesidad comprender hasta el mismo tenedor de una cosa en precario (3).

6.—Las «condiciones» y la restitución de la posesión

Nadie hasta Bruns (4), en estos últimos tiempos, ha llamado la atención sobre ellas, habiendo hecho notar, (pág. 416) «que no se concilian con la teoría de Savigny». La posesión aparece ahí como objeto y base independientes de la acción, y fuera de toda violencia; por lo cual es absolutamente imposible sostener que en el pensamiento de los romanos sólo la violencia es la que da a la posesión su importancia jurídica.

Resumiendo todo lo que precede, en una sola proposición, diremos que la teoría de Savigny atribuye al Pretor la creación de *acciones penales*.

1) Que eran *perfectamente superfluas* al lado de las introducidas ya por el derecho civil (núm. 5).

2) Esas acciones no eran *concedidas* a aquellos a quienes debieran *concederse*, según los principios que se refieren a las acciones (núms. 1 y 2).

3) Por otra parte, se *concedían* a aquellos a quienes hubieran debido ser *negadas*, según los mismos principios (núm. 31); y, por último,

4) Exceptuando una sola, en ninguna puede descubrirse el más leve rastro de un *delito*.

---

(1) Gellio XI, 18, § 13.

(2) L. 1, *ut bon* (47, 8) Gayo, III, 209.

(3) Conf. Gell. Loc cit. con L. 66, pr. 67, pr. *de furt.* (472).

(4) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.*—Tubinga, 1848, págs. 27 y siguientes.

III. Las otras teorías relativas 54
1. Teoría de Thibaut..... 54
2. La opinión de Röder 56
3. La *probabilidad de la propiedad* 60
4. Opinión de Gans..... 62

III

Las otras teorías relativas

1.—Teoría de thibaut

El supuesto de que Thibaut parte (1) en su teoría de la posesión, no es el hecho puro y simple, sino el *ejercicio del derecho* (2), como un *modo* especial del estado de hecho; ya tendremos ocasión de mostrar más adelante qué fecundo puede ser este punto de vista para la buena inteligencia de la teoría de la posesión. No hay sino que la base sobre que Thibaut quiere fundar la protección de la posesión, es muy poco firme. «Es—dice—un principio imperativo y necesario para la razón, que nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su derecho; de lo cual resulta que un estado de cosas puramente de hecho en sí, adquiere la más alta importancia, por cuanto lleva a esta regla, según la cual todo aquel que ejerce de hecho un derecho, debe ser mantenido en este estado de hecho hasta que otro haya demostrado tener un derecho mejor».

Pero si la posesión es simplemente un *estado de hecho*, ¿por

---

(1) *System des Pandektenrechts*, 8.ª edición, § 203-204. En su trabajo sobre la posesión y la usucapión, Jena, 1802, § 2.º, no alega motivo alguno para la protección de la posesión.

(2) V. también en el mismo sentido Hufeland, *Über den eigenthumlichem Geist des römischen Rechts*. (Sobre el espíritu particular del derecho romano), 2.ª parte, Sección 1.ª, pág. 5.ª y siguientes, pág. 18 y siguientes.

qué es preciso un *derecho* preeminente para hacerla cesar? Un estado de hecho nace y pasa sin que el derecho tenga nada que ver con él. Es un hecho que mi tilo protege al vecino contra los rayos del sol: ¿quién le protege si yo quiero derribar el árbol? Es un hecho, para un comerciante, tener una extensa clientela: ¿le protege el derecho cuando un concurrente se la arrebata? Si la circunstancia de que la posesión encierra el ejercicio de un *derecho*, no es suficiente para darle el carácter de *relación jurídica*, si es preciso por el contrario colocarla, según Thibaut, al igual que todos los *estados de hecho*, es preciso admitir para unos y otros la misma ley y decir que su nacimiento, su existencia y su cesación no son más que el efecto de la fuerza física. Sin duda *vencer*, en la esfera del derecho, supone un *derecho preeminente*, pero trasplantar esta idea al terreno del hecho, es olvidarse de cuanto se ha dicho acerca de éste.

Pero admitamos, si se quiere, que la *preeminencia del derecho* sea lo que decida. El arrendatario expulsado por un tercero que no tiene derecho alguno sobre la cosa, ni a la cosa, posee sin duda un «derecho mejor» que este último, en cuanto su estado de hecho, a lo menos, descansa sobre una concesión obligatoria de parte del verdadero propietario; ¿por qué entonces no es escuchado, y por qué se le niegan los interdictos posesorios? (1). Pero todavía hay más: si el arrendatario sustrae a su vez la posesión al que le expulsó o a su heredero, ¿por qué se le niega en absoluto en el proceso posesorio la prueba que ofrece practicar de un mejor derecho?

Resulta que la explicación de Thibaut, que parecía mantenerse exclusivamente en el terreno del hecho, invade al propio tiempo el del derecho, pero sin que responda, ni sobre el uno ni sobre el otro, a sus propios principios. Si la posesión no es

(1) V. lo que decimos respecto del derecho vigente en España en este punto. Debe tenerse en cuenta además el carácter que adquiere como derecho real el arrendamiento por más de seis años inscripto en el Registro de la propiedad. La argumentación de Ihering no tendría tanta fuerza tratándose del derecho actual de muchos países, según se ha visto.- (N. DEL T.)

realmente más que un estado de hecho, de que la fuerza capaz de anular un estado de cosas deba ser más enérgica que aquella que la mantiene, no se infiere que la posesión haya de tener una *protección jurídica*; la argumentación que se agita sólo dentro de la esfera física, no puede salir de ella para sus resultados (1). Si, por el contrario, la posesión es un *derecho*, este punto de vista lleva a dar a la protección posesoria una fisonomía muy distinta de la que tenía en el derecho romano. Ahora bien, el sistema especial del derecho romano para la protección de la posesión no púede ser comprendido de ese modo.

Del mismo defecto adolece

2.—La opinión de Röder (2)

Este escritor ve el fundamento de la protección de la posesión en el derecho primordial de *probidad* (*Dat Recht der Unbescholtenheí*), el cual encuentra su expresión en la regla: *Qui libet*

(1) Indudablemente, como que en las relaciones jurídicas, repetimos, lo esencial es el elemento ético, y esto es lo que quizá no se veía claro en el derecho romano, ni aún lo ve siempre el mismo Ihering, tener más fuerza no es tener *mejor* derecho, o más claro, tener derecho; porque entendido el derecho en sus principios absolutos, no lo hay mejor ni peor: lo hay o no lo hay. Sólo la formación reflexiva y necesariamente *apriorística*, o de prevención del derecho positivo, puede exigir la terminología de derecho *preeminente* y *mejor* derecho; que en sí mismo el derecho determinado siempre en cada relación, supone un ser de fines o exigencias (el que tiene el derecho), y un ser obligado de medios (el que lo ha de cumplir). Cuando en una contienda civil se debate acerca de un derecho que varios se disputan y todos obran de buena fe, lo que se ventila, no es quién tiene un derecho mejor, sino quién lo tiene, y aquel que lo tiene, es decir, aquel que es el verdadero sér de fines, es el que se pone en condiciones definidas de exigir del obligado el medio, y del Estado, subsidiariamente, el mismo medio, por virtud de una acción coactiva ejercida sobre aquél, si por acaso lo negare, perturbando el derecho, que el Estado procura entonces restablecer cumpliéndolo.—*(N. T.)*

(2) *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie.* (Principios de derecho natural o de filosofía del derecho); 2.ª edic.; sec. 2.ª, pág. 250.

præsumitur justus (?—bonus) donec probetur contrarium. En virtud de este derecho que todo poseedo tiene, es preciso admitir provisionalmente que toda relación exterior en que el mismo se encuentre ante una cosa o persona, y la cuál puede constituirse sobre el fundamento y como consecuencia de un derecho necesario para su ejercicio, también se constituye actualmente en virtud sólo de un derecho semejante, y por consiguiente esa relación *no* es injusta (1).

La aplicación de ese derecho primordial a la posesión descansa en un supuesto equivocado. No se trata en la posesión de lo intachable de una *relación* exterior, sino de la probidad y lo intachable de una persona. Si la persona es intachable, el tenedor no lo es menos que el poseedor jurídico, y el no poseedor que el poseedor. El no poseedor tendrá el mismo derecho a ser personalmente creído, puesto que esta pretensión no está fundada sobre el hecho exterior de la posesión. Ahora bien; si la posesión está basada en una presunción de legitimidad, es preciso que se justifique de otro modo: la presunción inferida de la persona no sirve para el caso. Pero aunque fuera de otra suerte, si el poseedor no tiene en favor suyo más que esa presunción, ¿por qué se prohibe al adversario rebajarla por la prueba en contrario? ¿A dónde va a parar la probidad, si el adversario demuestra que él es el propietario y el demandante un ladrón? (2). Si en el procedimiento posesorio no se considera la

(1) Respetando la opinión de Ihering, y no intentando discutir (luego diremos algo) si en tales palabras de Röder se interpreta el sentido íntimo del derecho romano, nos parece que considerada la posesión en sus principios racionales, tal como hoy podemos discutirla, después de las vacilaciones de las legislaciones positivas y de la indecisión del sentido jurídico positivo de los pueblos; nos parece, repetimos, que Röder se acerca mucho a la verdad de las cosas. Atiende Röder, al fundar la protección de la posesión, no a nada material, sino a considerarla en sí misma y en cuanto es la *revelación* circunstancial del derecho, en cada caso, y por el momento indudable; en una palabra: la posesión se protege en cuanto no se *sabe actualmente nada* contra *su justicia.* — (N. DEL T.)

(2) Pero esto, repetimos, que, independientemente de la construcción materialista del derecho positivo, qué se inspira en el romano, es el re-

posesión como una relación jurídica independiente, sino como una prueba de la existencia de un derecho completamente distinto, ¿por qué no se equiparan los derechos y se permite la prueba y la contraprueba, convirtiendo, por ejemplo, el posesorio en petitorio? La idea de Röder puede bastar para explicar por qué en el procedimiento reivindicatorio el poseedor queda exento de prueba—si bien esta liberación del defensor del peso de la prueba no tiene, como es sabido, nada que ver con la posesión como tal, puesto que se representa en todas las acciones—, pero esta idea no puede en modo alguno explicar el carácter particular de la *posesión*, es decir, la exclusión de la cues-

---

sultado necesario de la misma naturaleza de la relación jurídica. El que está en posesión de una cosa, tiene no sólo la apariencia, sino la plena exterioridad formal, por la que se revela a los seres inteligentes el derecho como exigencia. Respecto de él, mientras no haya otro dato exterior que revele el fondo real y positivo que cubre aquella exterioridad y por virtud del que se *induzca* que el sujeto de la posesión no lo es y está en el *error (bonae fidei possessor)*, o bien la detenta a sabiendas de que no le corresponde (*malae fidei possessor*), o la ha robado (ladrón), no hay más remedio que—*suponer* no basta—*creer* que el que goza de la posesión actualmente, el mero tenedor, está firme en su derecho. El Estado debe ampararle porque aquél es el sujeto racional de la exigencia jurídica. Si alguien le perturba, aunque sea el legítimo poseedor, como lo que al pronto hace éste no basta para revelarle como tal, *socialmente* no se sabe; la protección y amparo del poder tiene que ir en favor del primero, respecto del cual, en aquel instante al menos, se siente obligado el Estado.

Claro está, tal protección nunca puede ser definitiva, ni indiscutible su fundamento; pero al que pone en duda la realidad jurídica de la misma, incumbe demostrarlo.

A esta idea responde nuestra legislación, por ejemplo, al definir (Código civil) quién se *reputa*—no quién *es*—poseedor de buena fe, y al disponer (artículo 436) que «la buena fe se presume siempre, y al que afirme la mala fe de un poseedor incumbe la prueba». De igual suerte responde a esta idea la manera como está redactada nuestra ley de Enjuiciamiento civil en punto al procedimiento de los interdictos, a lo que debe mostrar el demandante en el de retener o recobrar, a lo que puede ser objeto del debate en el juicio y a la posibilidad de ventilar, respetando actualmente la posesión, el derecho que en definitiva asiste a las partes o a un tercero. – (N. DEL T.)

tión de derecho en el proceso posesorio, que es, después de todo, el punto culminante donde se revela el mérito de toda la teoría de la posesión.

Hemos partido para cuanto queda dicho del supuesto de que Röder toma por base de su teoría la noción científica corriente o romana de la posesión; quien en un tratado de filosofía del derecho quiera sostener otra, puede hacerlo—no he de disputar yo tal derecho a nadie—; pero, por lo menos, debe entonces decirse por qué y cómo se prescinde del derecho romano; y esto es lo que Röder no ha hecho (1).

---

(1) Ciertamente dentro del derecho romano, dado su carácter sistemático admirable, que hace sea la construcción jurídica más completa y más *hecha* que la humanidad haya producido, para penetrar el espíritu de cada institución, y explicarse el sentido y alcance de cada relación jurídica en la institución presupuesta, es necesario tener en cuenta toda la *trama lógica* del derecho positivo. En Roma, como en ningún otro pueblo, hay que conocer la formación histórica del derecho, sin olvidar el sistema complejo de los motivos circunstanciales que en ella intervinieron poderosamente. Y quizá no hay materia tan peculiar y característica en tales respectos, y que exija todo eso de un modo más apremiante, como la de las acciones, y por ende, cómo acciones, los interdictos. Pero precisamente esto debe tenerse muy presente cuando se trata de investigar, no sólo el espíritu de la teoría jurídica romana de la posesión, sino la posesión misma como relación de derecho, pues acaso hay que romper en gran parte con el derecho romano, el cual, después de todo, si supone un gran progreso hacia la dulcificación de las relaciones humanas mediante la transformación de las mismas, de relaciones materiales sometidas al poder e inspiradas en el poder (lucha por la existencia), en relaciones *éticas*, no es ni con mucho la última palabra, ni el definitivo estado.

En Röder, y así implícitamente lo reconoce Ihering, hay que ver, no tanto al inspirado en el derecho positivo de Roma, como al investigador reflexivo de los principios del derecho en la conciencia. Confírmase esto último con tener presente la dirección krausista en que Röder debe ser colocado; dirección que viene a representar, después de todo, algo muy distinto del derecho romano, por el valor que da al elemento ético en la relación jurídica, y que es, sin duda, el que se necesita acentuar para rectificar el carácter formalista y material, coactivo, del derecho, que se traduce en leyes y que cristaliza en instituciones.

Explícase, no obstante, la apreciación de Ihering respecto a Röder (que es el *filósofo del derecho* más *especialista* de cuantos estudia), tenien-

De las tres opiniones que refieren la protección de la posesión a la *propiedad*, las fundan:

3.—Una (la más antigua), sobre la probabilidad de la propiedad

Esta opinión era antes muy seguida (1), y Savigny le ha reconocido cierta autoridad en la tercera, cuarta y quinta edición de su obra (2), en tanto que la rechaza en la sexta. En la sépti-

---

do presnte el estado de renovación y de crisis de la filosofía del derecho. En rigor, apenas si existe ésta como ciencia de los principios fundamentales del mismo, y atendiendo a todos los aspectos de la relación jurídica. De ahí que la mayoría de los tratados—y el de Röder está en este caso menos que muchos—son generalizaciones del derecho romano contenido en los monumentos más notables, con algo de lo que, en la desorientación del espíritu jurídico colectivo de los pueblos, se va vislumbrando. Todo lo más que acaso se ha logrado, es discutir y comenzar a ver el derecho en su concepto por algunos, sin que éste haya penetrado en la vida real y positiva de los hombres y de las sociedades, que todavía fluctúan inseguros y sin brújula bajo la influencia de las Instituta, del derecho canónico y germano, y de lo que, merced al poder incontrastable de la necesidad, van dejando como precipitado concreto en la conciencia de todos, las soluciones que la vida impone: la vida espontánea y fresca de los que no adaptan su conducta a una ley establecida, sino que obran según las inspiraciones de la conciencia.

La teoría de la posesión de Röder está en el tomo 2.º de la obra ya citada, págs. 188, 247 y siguientes y 388.—(N. del T.)

(1) Savigny designa como uno de sus últimos defensores a Hufeland, l. c, pág. 43, pero no se encuentra allí tal opinión claramente acentuada. Véase Randa, nota 7.ª

(2) Párrafo segundo, al fin: «Si se pregunta por qué ha sido introducida esta especie de protección contra la violencia, es decir, por qué el expulsado debe obtener la restitución de la posesión—acaso injusta—que ha perdido, se puede afirmar con certeza que tal protección descansa sobre la presunción general de que el poseedor puede ser también el propropietario. En esta relación se puede considerar la posesión como una sombra de la propiedad, como una propiedad presunta; pero eso no se refiere más que a la institución jurídica en general, no al motivo jurídico de una protección concreta cualquiera».

ma, publicada después de su muerte, se encuentra una adición suya (pág. 57), según la cual «esta presunción no es precisamente errónea en sí misma, puesto que en realidad la mayor parte de los poseedores tienen efectivamente derecho a la posesión; sin embargo, es preciso prescindir de ella, en virtud de la teoría especialísima del derecho romano en materia de posesión».

No radica el defecto de esta opinión donde Savigny lo señala; esto es, en el supuesto de que el derecho *romano* no *conocía* semejante presunción, puesto que no se trata aquí de un precepto jurídico positivo, sino más bien de una cuestión legislativa que no ha sido desenvuelta en el derecho romano, y para lo cual podemos servirnos de expresiones desconocidas de los romanos, con tal que sean exactas. El defecto radica en que el motivo que se alega tendría a su vez necesidad de ser motivado. Aun suponiendo que el legislador dijese: «Yo quiero presumir que el poseedor es propietario», todos podrían preguntarle: «*¿Por qué* lo presumes?». Es una regla que todo derecho debe ser demostrado; ¿qué motivo hay que obligue a eludirla excepcionalmente respecto de la propiedad? No basta para ello que el resultado de la estadística sea el de que en la mayoría de los casos el poseedor es al mismo tiempo propietario, como no basta la estadística de la mortalidad para razonar una presunción respecto de si determinada persona ha muerto ya a una edad dada o si vive todavía. Por lo demás, esta presunción debería en rigor lógico llevarnos también al resultado de conceder al poseedor anterior una *in rem actio* contra terceros (acción en pro de la posesión más antigua); pues una vez reconocida como fundada la presunción, ¿por qué habrá de restringirse a un solo caso? Ocurre con ésta lo que con la otra presunción que más arriba hemos rechazado, a saber, la de la legalidad o de la buena fe personal del poseedor. El elemento de verdad en esta opinión consiste en la idea de que en la posesión se trata de una prueba especial y más fácil de la propiedad—así llamamos a la posesión en este sentido, propiedad presunta, provisional, o, como Savigny, una sombra de la propiedad—; pero después de haber sentado *este hecho*, aún no se ha indicado el *fundamento*

del mismo, ni la necesidad de facilitar la prueba. Por nuestra parte, tratamos de hacerlo más adelante.

Del matiz de la indicada opinión, según el cual la propiedad *posible* es la que está protegida en la posesión (1), debe decirse que si con eso se quiere indicar el motivo legislativo de la protección posesoria, se agrava la dificultad más bien que se resuelve. El salto de la simple posibilidad de la propiedad a la protección de la posesión, es aún más grande que aquel que parte de la probabilidad; ¿por qué, en verdad, deberá ser protegida una simple posibilidad, y dónde encontrar, además, ejemplos de una protección semejante?

La segunda opinión que toma el fundamento de la protección de la posesión en la propiedad, es

4.—La de Gans (2): lo que se protege en la posesión es la propiedad que empieza

Uno de los efectos de la posesión, sin duda, consiste en la usucapión, y es perfectamente exacto que la *actio publiciana* protege, en la posesión *ad usucapionem*, la propiedad que empieza; pero, como ya hemos dicho, en diferentes ocasiones (3), sólo en la posesión *ad usucapionem*. La posesión del *malae fidei possessor* (4), por mucho tiempo que dure, no conduce a la propie-

---

(1) No se encuentra científicamente desenvuelta en ninguna parte, pero se apoya en expresiones ocasionales y en matices lingüísticos que no he reunido. No se trata aquí de la «posibilidad jurídica subjetiva» de Puchta (Curso, § 122), que no es más que, bajo otra forma, la expresión de su opinión misma y la cual se menciona más adelante.

(2) *System des röm. civil Rechts* (Sistema de derecho civil romano); Berlín, 1827, págs. 201-212. *Über die Grundlage des Besitzes* (Sobre el fundamento de la posesión); Berlín, 1839. Véase más adelante otro sistema del mismo autor.

(3) Rudolf en *Zeitschrift. f. gesch. R. W.*

(4) Se parte aquí de un supuesto muy poco fundado, a causa de ver la posesión como momento tan sólo para la relación jurídica de propiedad material, siendo así que *poseer* el medio es el primer paso en toda

dad, y, sin embargo, es protegida. Esta protección—y se trata aquí precisamente de la protección de la posesión como tal—no puede, pues, ser justificada desde el punto de vista que nos ocupa (1).

Aquí debería exponer mi propia opinión, pero prefiero aplazarla todavía y examinar antes las teorías absolutas.

---

relación jurídica que se cumple, y el cual en sí mismo entraña ya toda una relacion especial de derecho. Por esto, no puede hablarse de verdadero *poseedor* de mala fe. Este no *posee* en rigor jurídico, sino que *detenta* la cosa, y la ley no le *protege*, no puede *protegerle* como tal, sino en cuanto exteriormente se revele como poseedor de buena fe.—(N. DEL T.)

(1) Ciertamente como *paso* para la propiedad *legal* del aprovechamiento de objetos naturales dados, no; pues mirada la posesión en sí misma, no siempre es el *comienzo* de una propiedad que se hace (el arrendador, el prestatario, el depositario, etc.); pero, sin que la posesión sea eso, si se da a la propiedad un sentido más amplio, como realización de la relación total del aprovechamiento de los beneficios que las cosas reportan, la posesión es el comienzo de la propiedad, y sólo en atención a esto, es decir, en atención a que por ella se va a la realización plena de la relación jurídica (aplicación de la condición al fin) tiene el valor que tiene en el derecho.—(N. T.)

IV

Las teorías absolutas

1.—La teoría de la voluntad

Al lado de la opinión respecto de la cual acabamos de hablar, se encuentra en Gans otra solución distinta del problema. La detención de la cosa, dice, considerada como acto de la voluntad del sujeto, puede ya encontrarse en armonía con la «voluntad universal», es decir, con la ley—y en ese caso tenemos la *propiedad*—, ya descansar tan sólo sobre la «voluntad particular»—y en tal caso tenemos la *posesión*—; el motivo por el que la voluntad es reconocida y protegida, aun en esta última dirección, consiste en que la voluntad en sí misma, es un elemento sustancial que reclama protección; la voluntad particular de la persona, cuando se aplica a las cosas, es un derecho y debe ser tratada como tal». Puchta (1) adoptaba la idea de Gans y la convertía en su conocid aopinión, según la que, la posesión es un derecho de la persona misma. En sentir de este autor, «la voluntad de una persona jurídicamente capaz debe, hasta cierto

(1) En su monografía, publicada primero en el *Museum Rhenan*, 3.°, número 17, y luego recogida en sus *Miscelánneas* con el título de *In Welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz (¿A qué clase de derechos pertenece la posesión?)*. Véase además la monografía publicada por primera vez en la misma revista, núm. 15, *Uber die Existenz des Besitzrechts (Sobre la existencia del derecho de posesión)*. No obstante, la polémica violenta que sostenía contra Gans en la primera de esas disertaciones, Puchta admite en la segunda (pág. 265, nota *a*) que «Gans se expresa en el mismo sentido».

punto (?), ser reconocida en derecho, aun antes de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad de una persona jurídicamente capaz, y que en tal supuesto es *posible* que sea justa. En la posesión se encuentra, por consiguiente, protegida la posibilidad del derecho, es decir, la capacidad jurídica; el derecho de posesión no es más que una especie particular del derecho de la personalidad, el derecho de personalidad aplicado a la sumisión natural de las cosas».

A diferencia de Gans y de Puchta, que no tratan la cuestión del fundamento de la protección dispensada a la posesión más que con ocasión de la naturaleza jurídica de ésta, Bruns (1) ha hecho de ello el objeto de un examen por separado. Pero desde el primer momento, pone el problema en un terreno demasiado estrecho, limitando la protección contra la «violencia, la perturbación violenta y la substracción». No sería difícil, según él, alegar consideraciones empíricas de oportunidad que justifiquen semejante protección, pero «eso significaría poco en una cuestión en la cual la ciencia exige positivamente una necesidad jurídica interna sacada de la naturaleza misma de la posesión». De los dos factores de la posesión, el poder físico y la voluntad, el primero, como simple estado de hecho, no encierra el menor fundamento de una protección jurídica, pero ya es otra cosa cuando se trata del segundo. «La voluntad que se realiza en la posesión, aun cuando en sí no constituya *derecho* alguno, y aun cuando exista *puramente como hecho*, quizá hasta en contradicción palmaria con el derecho, debe, sin embargo, ser protegida en razón de su naturaleza general. La voluntad es por sí, en su esencia, absolutamente libre, y precisamente el reconocimiento y la realización de esta libertad es lo que constituye todo el sistema jurídico. La coacción y la violencia ejercidas contra la voluntad son, pues, en general, por sí mismas, y sin mirar a su legalidad particular, injusticias contra las cuales la voluntad debe ser protegida. Sólo cuando la voluntad se coloca en oposición

(1) *Recht des Besitzes im Mittelhalter und in der Gegenwart (Derecho de posesión en la Edad Media y en la época actual)*. Tubinga, 1848, part. 78.

inmediata, directa, contra la voluntad universal, o el derecho (resistencia contra la autoridad del Estado o vías de hecho contra otro), es cuando aparece como voluntad injusta, en contra de la que están permitidas la coacción y la violencia.—La posesión no es, pues, un derecho como la propiedad, la obligación, etcétera, etc., sino un hecho; y este hecho es protegido contra la violencia, sólo porque es la manifestación positiva de la voluntad y en consideración a los derechos generales de la voluntad. Son, por tanto, la personalidad y la libertad de los hombres los que, ante todo y sobre todo, reciben en la protección de la posesión una plena consagración jurídica» (1).

(1) Aparte de si estas opiniones están o no conformes con el derecho romano, cuestión que luego ventila Ihering, desde un punto de vista filosófico, se prestan a muy largas consideraciones críticas. Por de pronto, nos encontramos frente a la teoría de la voluntad en el derecho, que el mismo Ihering refuta de un modo contundente en su *Espíritu del derecho romano* (tomo 4.º). En efecto, la voluntad en sí misma, sin un contenido sustancial, no basta para determinar el derecho. La voluntad es elemento formal del derecho, el cual, refiriéndose a la conducta humana, abarca todas las facultades del hombre como sér de razón que es, en virtud de lo cual es sér jurídico. Por otra parte, ¿dónde habrá criterio más arbitrario que el sustentado en el texto? ¿Cómo ha de ser protegida la posesión porque sea una manifestación tan sólo? Sin la *evidencia*, siquiera sea *aparente*, de que el fondo de la voluntad es bueno, ¿qué principio puede invocarse para proteger la posesión? El poseedor actual, que exterioriza su voluntad, que realiza su personalidad en las relaciones de detención de un objeto, es respetado, no en su voluntad misma, sino en cuanto esta voluntad aparece conforme al derecho.

Mucho podría decirse también respecto de la oposición de la voluntad (privada, individual, sin duda) a la voluntad universal, o sea el derecho. Pero esto nos llevaría muy lejos al discutir: 1.º, si la voluntad, aun cuando sea universal, crea el derecho, o si *puede* tan sólo ser órgano del derecho; y 2.º, si siempre que la voluntad se opone y resiste a la autoridad del Estado, viola el derecho, con lo cual se zanja de plano la difícil cuestión del derecho de resistencia (revoluciones y demás), y por otra parte, se niega lo que con frecuencia ocurre; es, a saber, que el derecho puede estar de parte de la voluntad (privada, individual) y contra el Estado, y su órgano el Gobierno...

Lo que en cambio consideramos muy en su punto es lo que dice Bruns respecto de que, al proteger la posesión, lo que se protege ante

Varios autores se han adherido a esta opinión (1): es posible que tenga algún atractivo y que seduzca, pero yo la conceptúo completamente insostenible. Aun cuando difiere de la opinión de Savigny en cuanto da a la defensa un motivo interno, la voluntad concreta incorporada en la posesión, mientras que Savigny la aplica a la posesión como un postulado externo del orden jurídico, sin embargo, se confunde en último término con la misma opinión de Savigny (2), según éste lo ha hecho notar con mucha razón contestando a Puchta (pág. 62). «Yo también —dice— fundo esta protección sobre la inviolabilidad de la persona y sobre la relación que establece entre ella y la cosa que la misma se ha sometido». Dudo, no obstante, si transportando de esa suerte la injusticia de la violencia de la esfera del orden objetivo a la de la voluntad subjetiva, se logra otra cosa que empeorar la teoría de Savigny, en vez de mejorarla. De todos modos, me es incomparablemente más fácil concebir la defensa de la violencia, desde el punto de vista del orden jurídico objetivo, que desde el punto de vista de la voluntad subjetiva.

La solución de una controversia no puede esperarse sino cuando de antemano se ha establecido un acuerdo respecto del punto de vista que se quiere adoptar. Esta observación es de la más alta importancia para la cuestión que nos ocupa, porque parece que se está muy lejos de una adecuada conformidad

---

todo es la personalidad, pero no porque ésta sea inviolable en todas las manifestaciones de su voluntad, sino porque al desarrollarse las relaciones *jurídicas*, esto es, al producirse adecuadamente la actividad *racional* de la persona, la posesión del *medio* es un momento esencial, y no protegerla sería negar las condiciones de vida a la persona misma. Mas no debe olvidarse que se ha de exigir que la relación en que la persona se pone como sujeto activo (relación, si se quiere, para la propiedad) ha de *ser* en sí misma, o *aparecer* como si lo fuese (relación *jurídica*) y por tanto, la voluntad que se manifiesta ha de tener un *contenido* jurídico, que es el que motiva y justifica la protección, sin duda. - (N. DEL T.)

(1) Especialmente Randa, ob. cit., y también Rudorff en la última edición de la *Posesión* de Savigny, pág. 581. Windscheid, *Pandectas*, § 148, nota 6.

(2) Así lo reconoce también Winscheid, loc. cit.

acerca del punto de vista en que es preciso colocarse. Ya es el derecho romano el punto que se supone, ya es un derecho ideal que se acomoda a las necesidades del momento (1). He aquí por qué creo oportuno declarar que toda la discusión que va a seguir está exclusivamente fundada en el derecho romano. Si consigo, como espero, probar que la teoría de mis adversarios no puede en manera alguna conciliarse con el derecho romano, ni con su doctrina especial de la posesión, ni con otras doctrinas y sus principios, quedará sentado que esta teoría puede tener un valor filosófico-jurídico o legislativo—no trato esta cuestión, por más que pongo eso en duda—; pero no podrá ciertamente aspirar a un valor histórico ni a tener una autoridad dogmática, que es todo lo que me propongo demostrar.

Estoy plenamente de acuerdo con mis adversarios para admitir que la voluntad es la *vis agens* de todo el derecho privado. Pero la voluntad encuentra su medida y sus límites en la ley, y no llega a ser un poder jurídico más que cuando se mantiene en los límites que le han sido asignados por la ley. No es verdad que aun fuera de esos límites, sin la protección del derecho y hasta en abierta contradicción con él, pueda pretender su eficacia; el derecho, para concedérsela, tendría que ponerse en

(1) Independientemente del derecho romano y de todo derecho positivo, cabe considerar la cuestión desde el punto de vista de la filosofía del derecho, que es al que se alude en la nota anterior. Y ante la transformación actual de los derechos positivos, que no encuentran en el derecho romano todas las inspiraciones necesarias, en virtud del cambio radical de las condiciones de la vida, principalmente en las relaciones de propiedad, creemos de necesidad imprescindible el examen de todos los problemas que en el de la propiedad van implícitos a la luz abierta de la filosofía. Quizá lo que más falta hace hoy, es buscar un criterio fundamental jurídico en que basar las instituciones positivas que la transformación interna de la vida social exige y apenas se vislumbra todavía. Y cuenta que una de las instituciones positivas que piden nueva savia, es la que se deriva del concepto romano de la propiedad, que es, después de todo, el que supone ciertas dificultades para comprender y organizar la *posesión*, a diferencia de *dominio absoluto* y *pleno* de las cosas.

Por supuesto, no se trata aquí de un *derecho ideal* que se acomoda a las necesidades del momento.—(N. DEL T.)

contradicción consigo mismo. En mi sentir, es ponerse un enigma, decir que el fin del derecho, que es «garantir en los límites de la posibilidad la efectuación y realización sin trabas (!) de la voluntad individual», tenga por consecuencia «que la voluntad traducida en acción debe ser jurídicamente protegida contra toda coacción no legítima, aun cuando aquélla no se encuentre dentro de los términos del derecho, sino tan sólo en los del hecho» (Randa, p. 86) (1). Es preciso distinguir la personalidad y la relación constituída injustamente. La primera, a pesar de la injusticia cometida, queda lo que ella es y no pierde en nada su protección jurídica; pero no se sigue de esto que la personalidad pueda, como un santo milagroso, ennoblecer, curar, depurar todo lo que está enfermo o impuro, y cubrir con el amplio manto de su propia protección jurídica todas las relaciones injustas a las que haya podido incorporarse su voluntad. Tales relaciones pueden ser perfectamente separadas de ella; son su obra, pero no su personalidad misma; y se puede destruir la obra (2), sin tocar al obrero. «Pero—se dice – el golpe contra la obra es ya por sí mismo una injusticia». Es precisamente lo que yo discuto. Ahí está la idea de Savigny de la injusticia formal implícita en toda lesión de la posesión; pero, en mi sentir, no puede resistir al examen en el derecho romano.

El Estado puede acudir siempre, y acude, en efecto, a prohibir y a mantener la violencia dentro de ciertos límites, sin hacer excepción alguna, en favor de aquellos que han sido víctimas del robo o del bandidaje, cuando emplean la violencia

(1) Me parece eso aún más incomprensible ante la sagacidad con que el autor muestra a continuación lo débil de la alegación de Savigny en pro de que la sustración violenta de la posesión es por sí misma una injusticia. V. más arriba. Su supuesto derecho de la voluntad a ser protegida contra toda violencia, aun en el caso de injusticia, no es otra cosa, en efecto, que la repetición, bajo otra forma, de la idea de Savigny sobre la interdicción de la defensa privada, la transformación de un principio jurídico objetivo en un derecho subjetivo.

(2) En virtud de esto, es por lo que la consideración de la personalidad prohibe al acreedor maltratar al deudor fugitivo, pero no confiscar las cosas que pueda coger sobre él. L. 10, § 16 *quae in fr. cred.* (42, 8).

contra el ladrón o bandido. Pero el motivo que determina al Estado, no es la creencia de que aun los ladrones y los bandidos tienen, en virtud de la libertad absoluta de su voluntad, un derecho irrecusable a ser protegidos en el pacífico goce de sus rapiñas, sino la consideración legislativa y política, según la que, la defensa privada es un arma de doble filo, y que vale más que el Estado mismo sea quien sostenga la balanza de la justicia (1). Desde el punto de vista del sujeto, no puedo, por lo que a mí concierne, llegar a condenar la defensa privada, y la historia misma no ha llegado a ella, sino después de haber atravesado por la fase de la *subjetividad* pura del derecho. ¿Qué injusticia sufre el bandido si la víctima le sustrae la cosa robada inmediatamente? (2) La voluntad, se dice, es libre; toda coacción es contraria a su esencia. ¿Pero no es en virtud de una coacción por lo que la autoridad pública arrebata la cosa violenta-

(1) Pueden ser estas meras consideraciones de oportunidad, un motivo circunstancial que tiene su fuerza en la producción del derecho positivo; pero debe tenerse en cuenta que la protección no se dispensa al *poseedor ladrón*, sino en cuanto *no lo es* actualmente, es decir, en cuanto para las relaciones exteriores sociales y a juicio del Estado aparece como hombre honrado. Podrá luego resultar *ladrón* efectivamente; pero mientras no *resulte*, es comó si no lo *fuera*. Ya hemos dicho que es preciso colocarse en el punto de vista de los datos sensibles que socialmente se ofrecen para definir por el momento, y sin perjuicio de lo que con nuevos datos pueda afirmarse, la posesión del poseedor actual. Esto aparte también de lo que en otra nota dejamos expuesto respecto a la explicación del principio, según el cual, nadie en un estado social de derecho debe tomarse la justicia por su mano.—(N. DEL T.)

(2) Claro es que la afirmación, según la cual, no debe nadie hacerse justicia por su mano, no niega la *legítima defensa de la persona y bienes* que los códigos consagran, o de otra suerte, habría que sufrir sin protesta, y en espera de una acción ulterior y menos segura quizá del Es ado, todos los ataques de la injusticia. Pero para aclarar adecuadamente esto, es necesario tener presente las condiciones que deben concurrir en la defensa para que sea legítima, y además, que modifica gradualmente las consecuencias sociales de la defensa de las cosas la naturaleza de las mismas, según sean muebles o inmuebles. De todas suertes, el ladrón alcanza la protección jurídica sólo cuando *no parece tal*, lo que no ocurre en el caso a que Ihering alude en el texto. - (N. DEL T.)

mente a aquel que no tiene derecho? Sí: pero—se añade—eso se hace con formas jurídicas. Es verdad; pero el hecho de la coacción subsiste siempre: la voluntad, pues, no es tan absolutamente inviolable, ni la coacción tan absolutamente condenable.

La resistencia de la voluntad ilegal contra el derecho puede y debe ser, en su caso, rota por la violencia externa: el medio de alcanzar ese fin es una mera cuestión de forma, cuya solución adecuada es, sin duda, uno de los problemas más importantes de la administración de justicia; pero que no constituye, en mi concepto, un derecho de los ladrones y bandidos—como la recta dirección del sitio de una plaza fuerte no es un derecho de los sitiados.

Pero escuchemos al derecho romano en esta cuestión. Nosotros preguntamos: la defensa privada y la violación, ¿son de una manera absoluta una injusticia irreconciliable con la idea de la libertad de la voluntad, tal cual es realizada en el derecho *romano*?

Esta cuestión debe, sin duda alguna, ser resuelta negativamente desde el punto de vista del derecho *antiguo*. Ese derecho, lejos de condenar y de perseguir en principio la defensa privada, veía en ella, por el contrario, una manifestación natural, una consecuencia necesaria de la libertad de la voluntad, y atendía sólo a que aquélla se mantuviese en los justos límites y según las fórmulas prescritas (1). El derecho nuevo, también, bajo el influjo de esas maneras de ver nacionales antiguas, concedió a la defensa privada una extensión que no puede conciliarse con la opinión que combatimos. El *possesor justus* tenía, hasta Justiniano, el derecho de expulsar violentamente (siempre que no fuese a mano armada) al *possesor injustus* que hacía resistencia; de igual suerte el arrendador, y en general el poseedor, podía expulsar a aquel que detenía la cosa en su nombre (2) y al ausente que durante la ausencia se hubiese apoderado con

(1) V. mi *Espíritu del derecho romano*, 1. § 11 (2.ª edic., págs. 118-167).

(2) Esta última consecuencia, que yo he sostenido siempre, acaba de ser ampliamente desenvuelta por K. Ziebarth. *Die Realexecution und die Obligation*. (La ejecución real y la obligación). Halle 1866, página 57 y siguientes.

la posesión de sus fundos. ¿Cómo puede conciliarse todo esto con la opinión de que la idea directriz de toda la teoría posesoria es la inviolabilidad o la absoluta libertad de la voluntad? Que los jurisconsultos romanos, modificando adecuadamente la noción de la posesión, hayan referido esos casos, en todo o en parte, a la noción de la defensa privada, es indiferente. Lo decisivo es que todas esas personas tienen de hecho la cosa en sus manos: la voluntad de mantenerse en ese estado se manifiesta claramente y de un modo indudable por la resistencia que oponen: sufren, por lo tanto, esta injusticia que se supone encierra una lesión absoluta de la personalidad, y contra la cual el derecho no puede dejar a nadie sin defensa, a saber, la *violencia*. Y, sin embargo, se ven obligadas a sufrirla.

Se ve, por lo expuesto, que el derecho romano, lejos de aplicar a la doctrina de la posesión el punto de vista *formal* de una injusticia que descansa únicamente sobre la violencia, se deja guiar por el *material* de la relación jurídica que existe entre las personas. El mismo acto de violencia, según que es cometido por o contra personas diferentes, está sometido a una apreciación completamente distinta, según las relaciones recíprocas de esas personas.

Lo que acabamos de observar con respecto a la posesión, ocurre también con respecto al *derecho de obligaciones*. Si el punto de vista que combatimos fuese fundado, todo poseedor de una cosa de otro, aun el ladrón, debería tener contra la sustracción o el daño las acciones penales correspondientes. ¿Y es este el caso? No. La *actio legis Aquiliae*, la *condictio furtiva*, la *actio vi bonorum raptorum*, se niegan a todas esas personas, y en general a todo *malae fidei possessor*, y no sólo contra el verdadero propietario, sino contra cualquier tercero (1). Ahora bien; la cuestión que nos ocupa se presentaba a los jurisconsultos romanos de una manera aún más clara para esas acciones que para los interdictos posesorios, porque es preciso decidir *exprofeso*

(1) V. para la *actio leg. Aq.*, L. 2.°. § 6.° y 8.°, *ad leg. Aq.* (9, 2); para las otras acciones, ver más arriba.

la cuestión relativa al delito. Si es en absoluto un delito arrebatar violenta o clandestinamente una cosa a otro, o dañarla y destruirla, ¿por qué esas personas son privadas de los remedios de que se trata? ¡Qué contradicción más palmaria aquella en que caen nuestros adversarios! Las acciones posesorias, cuya naturaleza penal es por lo menos bastante problemática, persiguen como *delito* un acto que no es considerado como tal en las acciones cuya naturaleza penal no ofrece duda alguna. Lo propio ocurría con la *coacción* antes del *Decretum Divi Marci:* el deudor, violentado por su acreedor, no tenía contra éste una acción penal; la injusticia formal contenida en la violación de la libre voluntad del deudor, no era tomada en consideración, frente al derecho material del acreedor (1).

De todo lo que precede debiera resultar con evidencia, al menos, que no es una idea romana, sino moderna, la de dar a la voluntad una posición inatacable, de la cual no puede ser desalojada más que en forma jurídica, y la de pretender que la voluntad, aun cuando se encuentre en contradicción con las leyes, puede solicitar ser protegida por sí misma. Es, por tanto, imposible que esta idea haya servido de regla a los romanos en su concepción de la posesión. Para mejor convencernos, examinemos esta concepción en sí misma.

Si la relación exterior de la posesión no adquiere importancia más que por la circunstancia en virtud de la cual la voluntad se incorpora a ella, y si es lesionada con ella; si como consecuencia, los interdictos posesorios descansan en el supuesto de la *lesión de la voluntad*, se puede preguntar:

1.° Cómo tales interdictos pueden concederse en el caso en que no se encuentra lesión alguna de la voluntad y cuando se trata únicamente de la existencia o no existencia de la posesión (2).

---

(1) L. 12. § 2.°, quod met. (4, 2).

(2) Es, después de todo, lo que puede ocurrir en el interdicto de adquirir, según nuestro derecho. Sabido es que este interdicto, para que proceda, según el art. 1633 de la ley de Enjuiciamiento civil, es requisito indispensable «que nadie posea a título de dueño o de usufructuario los

Dos pretendientes de una herencia que intentan colocarse en posesión de los fundos hereditarios, llegan por distintos caminos en el mismo instante a ellos: desean saber cuál de los dos ha adquirido la posesión, si el uno *in solidum* o ambos en junto. No puede ofrecer duda que deben debatir la cuestión por medio del *interd. uti possidetis*, porque de seguro no se les obligará a cometer actos de violencia, a fin de poder mostrar una lesión de la voluntad. Dos coposeedores se encuentran en desacuerdo acerca de una separación, y desean provocar una decisión judicial. Según la ley 12, *Comm. div.* (10, 3) la obtendrán mediante el *interd. uti possidetis*, sin que se les exija para ello un acto de violencia. El *interd. utrubi*, antes de Justiniano, permitía reclamar la posesión, aun contra tercer poseedor que no había recibido la cosa del demandante, sino de un tercero cualquiera, y acaso hasta de una manera legal. La idea de un delito era tan extraña a este interdicto como a la *reivindicatio*.

2.° Si es *la voluntad* lo que se protege, y si la posesión se presenta sólo como manifestación de la voluntad, ¿por qué exigir la condición de la posesión cuando la voluntad se ha manifestado de otra manera? Un cazador persigue una pieza, otro la mata ante su vista, ¿por qué no se concede aquí una acción contra el segundo por haber frustrado la voluntad del primero? (1).

---

bienes cuya posesión se solicita», y se propone dar la posesión de éstos al heredero testamentario o abintestato (art. 1634). Pero puede ocurrir que al realizar el interdicto se presente oposición sobre el derecho a poseer del reclamante, ya porque haya quien tiene el dominio o usufructo de los bienes, bien por que haya otro que por una disposición testamentaria u otro derecho se haya posesionado de los mismos. El debate, entonces, según los artículos 1642 y siguientes de la ley, recae sobre el hecho de si existe o no realmente posesión, y en rigor, no ha habido lesión de la voluntad de nadie. ¿Por qué se ampara aquí la posesión? Pues por virtud del mismo principio que sustentamos en las notas, porque en las *pruebas* y *fundamentos* exigidos, el amparado aparece como una persona *proba* y con *derecho*.—(N. DEL T.)

(1) Esta *voluntad frustrada* he aquí cómo se la trata por la legislación vigente de caza en España. Según el art. 38 de la Ley de Caza, si una o más reses fuesen levantadas y no heridas por uno o más cazadores, o sus perros, y otro cazador matase una o más de aquéllas durante la carrera,

En un local público uno coloca un signo sobre una silla, otro que lo ha visto se apodera de la silla. La voluntad de ocupar la silla estaba claramente manifestada por el primero; pero ¿quién podrá pensar en ese caso en una acción posesoria? E importa poco, por lo demás, que la voluntad tienda a la detención temporal o permanente de la cosa. Si la voluntad por sí misma merece protección, debe ser respetada lo mismo en un caso que en otro.

3.° ¡Qué de cosas incomprensibles, además, en el seno mismo de la teoría de la posesión! ¿Por qué no hay posesión sobre las cosas que no son susceptibles de ella (1), por qué no se da acción al hijo de familia capaz de querer, por qué no hay protección para los poseedores a nombre de otro? En todos esos casos la voluntad, como tal, es incontestable; existe lo mismo que en los del ladrón y el bandido, y si para estos últimos la naturaleza jurídica de su relación con la cosa no tiene influencia alguna, a causa de la naturaleza de la voluntad, ¿por qué no es así en los casos primeros? Sólo con pretextos se trata de cubrir o salvar tan palmaria contradicción. No es siempre verdad que el detentador conozca el motivo que excluye la posesión jurídica en su persona. Un hijo de familia, que en virtud de un anuncio digno de fe, de la muerte de su padre, se considera como padre de familia, tiene indudablemente el *animus possidendi*; y, sin embargo, su interdicto será rechazado si el adversario demuestra que el padre está vivo todavía. Yo conozco el caso de un comerciante de maderas, que tenía la persuasión de ser propietario del lugar donde depositaba sus maderas después de varios años,

---

el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando, tendrán iguales derechos a las piezas muertas que los cazadores que las hubiesen levantado y perseguido.—(N. DEL T.)

(1) Esta doctrina es la misma vigente, según el Código civil de España, el cual, en su art. 437, según vimos, dice: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Claro es que siempre se sobrentiende el concepto *legal*, con efectos *legales* de la posesión, pues de otro modo la cosa sería muy discutible.—(N. DEL T.)

al cabo de los cuales se demostró que una parte del referido lugar era *locus publicus*. La autoridad comunal le invitó a desalojar, y, ante su negativa, procedió de oficio a hacerlo (1). La lesión del *animus possidendi* existía aquí, y, sin embargo, el demandante fué rechazado en la instancia posesoria, por la excepción de incapacidad en la cosa. El heredero que ignora que su autor no era más que un colono del fundo, debe creerse propietario, y tiene por tanto el *animus possidendi* o *domini*. Pero, ¿para qué le sirve, si se establece el verdadero estado de las cosas?

Aun admitiendo que el tenedor conozca el motivo que ex-

(1) Cuestión es esta que ofrecería alguna dificultad para ser resuelta según el derecho vigente en España. Entraña otra, a la cual ya aludimos en otra nota, es a saber: la de si caben *interdictos contra la Administración*. Independientemente, por supuesto, del criterio filosófico que pueda sustentarse respecto del carácter *excepcional* y privilegiado de las cosas llamadas *públicas*, y que en tal concepto están o *se reputan* fuera del comercio, al tenor de las leyes españolas, es evidente que, no estando las *cosas públicas* (art. 339 del Código civil), en el comercio de los hombres, no son susceptibles de posesión (art. 437 del mismo) ni de prescripción (art. 1936), y por tanto la Administración puede proceder a su recuperación por providencias gubernativas. Pero puede esto admitirse: 1.°, en los bienes que, aunque se hallan denominados de dominio y uso público, dejan de serlo de uso, por ejemplo, una carretera que se abandona por cambiar el trazado, 2.°, en los bienes patrimoniales del Estado, la provincia y el municipio. Es cuestión ésta, que, según en otra nota dijimos, se debatió en el Senado (legislatura de 1892) y que se quiso resolver por un proyecto de ley sobre prescripción de los precitados bienes patrimoniales. Actualmente, la solución es, para algunos, dudosa y en las resoluciones del Consejo de Estado y ministerio de Hacienda hay de todo. Por de pronto, según la ley Municipal, no cabe el interdicto contra las providencias del Ayuntamiento cuando obrase en el círculo de sus atribuciones. Pero, ¿es aplicable esta disposición a los casos indicados, y al debatir la posesión de los bienes *no públicos*? El Senado español opina que no, y decidió en pro de la procedencia del interdicto. Y se comprende que así sea, porque tratándose de las cosas patrimoniales del Estado, provinciales y municipales, no hay el *pretexto* (excepción) de la incapacidad en la cosa para ser poseída, y, por tanto, las condiciones generales que para que se revele *legalmente* la *probidad* de la persona pueden concurrir. – (N. DEL T.)

cluye la posesión jurídica en su persona, no veo qué influencia puede eso tener, desde el momento en que sólo se tiene en cuenta la voluntad como tal. ¿Por qué las personas que, como el arrendatario, colono o locatario, tienen un derecho al goce de la cosa—derecho relativamente protegido y transmisible a los herederos—no han de poder aspirar por su voluntad dirigida hacia este goce, al mismo reconocimiento y protección que el tenedor en precario, expuesto siempre a una revocación, que el acreedor anticrético, que puede ser alejado en todo momento por una oferta del pago, o que el usufructuario, que no puede transmitir su derecho a sus herederos? Es una vana sutileza objetar que no tienen aquéllos la voluntad de *posser*. De ordinario no se tiene la menor idea respecto de la diferencia que existe entre la tenencia y la posesión jurídica, y esa voluntad de poseer no se distingue en nada de las de las otras personas más arriba indicadas. Pero es—se dirá—que no pueden tener otra voluntad. De lo cual resultaría que el motivo por el que se les niegue la posesión, no radica en su voluntad, sino en la regla de derecho: la posesión les falta porque no tienen la voluntad, ¿y por qué se les niega? ¡Porque el derecho no les concede la posesión!

Bruns (pág. 494) alega, como explicación, que el «comodato ni el arrendamiento dan derecho real, ni, por consiguiente, poder inmediato sobre la cosa». Pero yo preguntaría si el tenedor en precario tiene un derecho real. No tiene ni el derecho que posee el colono, por cuanto el precario puede serle quitado en cualquier momento. Y, sin embargo, ¡tiene la posesión jurídica! Que se suponga por un instante que el derecho romano no se hubiese pronunciado jamás respecto de la relación posesoria de esas dos personas: bueno sería saber si se ocurriría a nadie deducirla de la idea de la libertad y de la inviolabilidad de la voluntad.

El colono no tiene, en derecho romano, derecho alguno posesorio, y ese precepto estaba en vigor en Roma en el origen aun para los colonos de los *ager victigalis*, hasta que obtuvieron por el Edicto del Pretor remedios petitorios y posesorios. Semejante innovación, ¿responde a su *voluntad*? ¿Era ésta tan mo-

dificada, que el Pretor debiera considerarse obligado a reconocerlos como poseedores? Es difícil admitir que el colono o arrendatario de un *ager vectigalis* tuviese una voluntad distinta de cualquier otro.

En la precedente refutación no he comprendido más que los principales defensores de la opinión que combato, y no se exigirá ciertamente que dé a conocer todas las variantes y fluctuaciones con que se reproduce por autores recientes (1). Creo, sin embargo, que debo hacer una excepción en favor de Windscheid, porque esta idea ha sido presentada por este autor de una manera muy distinta de la ordinaria. «Todo individuo—dice en sus Pandectas (1, pág. 365)—, es igual a otro cualquiera en el Estado: ninguno debe elevarse por encima de otro. Toda voluntad que se realice en el hecho, en la posesión, tiene como tal, y hecha abstracción de la justicia de su objeto, un valor igual al de cualquier otra voluntad aislada que quisiera someter la cosa; si una voluntad aislada quiere realizarse frente a la primera, puede ésta acudir a la decisión de los órganos del orden jurídico establecidos por el Estado. Pero, ¿dónde radica el motivo impulsivo de este recurso, si toda voluntad tiene igual valor que cualquier otra? Realmente, en ese caso, como en todos los demás en que la voluntad trata de vencer a la voluntad, y la fuerza a la fuerza, es la preponderancia de la fuerza la que decide (2). Y no se ob-

(1) En cuanto a la opinión de Lenz. *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen* (*El derecho de posesión y sus fundamentos*), 1860. Véase Windscheid, *Pandectas*, § 150, núm. 1.

(2) Es el defecto capital de la teoría de la voluntad, como teoría jurídica. En cuanto se prescinde del contenido de esta voluntad (fin del derecho) y además no se tiene presente, en relación con este contenido, la *cualidad* de la voluntad, que ha de ser libre y buscar el bien que de su actuación en el hecho resulte, la voluntad queda convertida en mero poder de hacer, en mera fuerza, y la ordenación de la misma tiene que ser el resultado del imperio de la voluntad más fuerte. Después de todo, es lo que va implícito en el concepto que del derecho tienen los partidarios de la voluntad general como órgano que define la regla social de vida, según puede verse, v. gr., en Rousseau. Donde resulta esto más claro y patente, es en las teorías políticas. La concepción de la voluntad, según

jete que el precedente poseedor puede hacer valer que él ha ejercido ya su fuerza y que el producto debe ser respetado. Sería esto verdad, si ese poseedor tuviera además el derecho de su parte en el acto de la apropiación; en otro caso, por ejemplo, si el bandido más fuerte, que ve que le arrebata la cosa otro bandido, reclamase sólo su posesión, es decir, acerca del hecho del empleo de la fuerza, su adversario podría emplear exactamente el mismo argumento, el hecho habla en este instante a su favor. Si se hace descansar la posesión únicamente sobre la voluntad de hecho, si se la desliga de ese modo de toda relación con el derecho, entonces la posesión no es más que del que más pierde, y en vano se tratará por medio de reglas jurídicas, tales como, por ejemplo, *in pari causa condictio possidentis melior est*, de evitar la necesaria consecuencia de que la fuerza venza a la fuerza. Con el recurso de la simple voluntad de hecho, es imposible construir la posesión. La voluntad que se pone en oposición con el derecho, no puede aspirar a ser protegida, y si el derecho se ha visto en la necesidad de concedérsela con respecto a la posesión, es preciso buscar las razones, no en la voluntad misma, sino en otra parte.

---

queda dicho, lleva a la omnipotencia de las mayorías y al fin despoja al poder del Estado (soberanía) del límite natural y espontáneo, que le impone su carácter ético, para convertirla en un poder que no encuentra su límite más que en el agotamiento de la fuerza coactiva de que materialmente dispone. La concepción moderna del llamado *Estado jurídico (Rechtsstaat)*, tiene el mérito de rectificar el sentido, indiferente a la *ética* de la *concepción* prasológica del derecho, suponiendo en las manifestaciones de la voluntad política la idea de que deben producirse llevando en sí mismas el criterio del límite jurídico, es decir, la idea de que el poder político es, como todo poder humano, poder *moral*, *libre*, que sólo es legítimo cuando obra en su esfera y para su fin (racional).

Una crítica de la teoría de la voluntad, puede verse en las notas de Giner a la *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens, t. I.—(N. DEL T.)

V

Opiniones absolutas

2.—La teoría de Stahl

En sentir de Stahl (1), la posesión lleva en sí misma su importancia jurídica. La opinión de Stahl es, por tanto, absoluta.

«La posesión, como la propiedad, sirve al destino general del patrimonio; esto es, para la satisfacción de las necesidades humanas por medio de las cosas. Por esto conviene concederle también una protección jurídica diferente de la propiedad, es decir, no una garantía *de la cosa misma*, garantía por consiguiente dirigida contra toda persona que detiene la cosa, sino tan sólo una garantía del *estado de hecho*, dirigida no más contra aquel que *hace cesar* este estado (por medio de una acción *positiva*, esto es, un delito). La intención del poseedor es conservar el *estado de hecho de la cosa*. La institución de la posesión no es más que un reglamento provisional o subsidiario de la misma relación cuyo reglamento definivo y verdadero es la institución de la propiedad. He aquí por qué la posesión debe estar en relación constante con la propiedad.»

El fundamento de la protección posesoria descansa según esto, en la idea de Stahl, sobre el aspecto económico que presenta para el comercio aun la simple detención. Este interés es, yo lo reconozco, perfectamente incontestable por lo que concier-

(1) *Die Philosophie des Rechts (La filosofía del derecho)*, dos vols., sect. I, págs. 364 y siguientes, segunda edición.

ne al poseedor en particular; para el empleo económico que él quiera hacer de la cosa, importa poco que esté autorizado o no: si la cosa le es sustraída, ya está económicamente lesionado (1). Pero este punto de vista del interés económico puro no es decisivo para el derecho. A este interés debe juntarse además un motivo que autorice al poseedor a querer ser jurídicamente protegido. Allí donde falta ese motivo, se le debe negar la protección, y el interés queda un simple interés de hecho; allí donde existe el derecho, concede su protección y eleva así el simple interés al rango de *derecho*. Respecto a la relación de la persona con la cosa, el derecho romano refiere esta protección a la noción de la propiedad, es decir, a la prueba de las condiciones que se determinan en la teoría sobre los modos de adquisición de la propiedad.

La intención, el fin del derecho, es realizar el estado que corresponde de hecho a la noción jurídica de la propiedad, de asegurar la posesión al propietario. Es en verdad fácil de concebir que en el interés del orden público, el derecho prohibe toda perturbación arbitraria del estado de hecho de las cosas —por una medida de policía—; pero de ahí no resulta en manera alguna que, después de una perturbación causada al poseedor por el propietario, la controversia que pudiese decidir de un modo definitivo las relaciones de esas dos personas, deba ser limitada tan sólo al estado de hecho y separada solamente de una manera provisional por consecuencia de la prohibición impuesta al propietario de prevalerse de su propiedad. Por encima del interés de la conservación de un puro estado *de hecho*

(1) Por supuesto que aún cabría discutir si de tal manera cabe separar lo *económico* de sus elementos o aspectos *jurídico* y *moral*, pues acaso habrá que rectificar ese afán de los economistas de prescindir en las relaciones económicas de tales elementos, cayendo así en una concepción egoísta de la vida, que influye no poco en la difícil situación actual de la cuestión social, aparte de la *sequedad* que tal modo de ver introduce en el derecho privado mismo. No insistimos más, porque ya indicamos en otra nota la necesidad de relacionar los aspectos ético y económico de toda relación de derecho.—(N. del T.)

se encuentra ciertamente el del restablecimiento del estado *de derecho*, y si la misión de la policía está en efecto limitada al primero, repugna a la misión del juez no dar oídas al derecho, reduciéndose a no escuchar más que el hecho. Stahl mismo ha observado esto, y así encuentra en la excepción de la propiedad, que supone acordada por la práctica judicial germánica, contra el poseedor, un progreso en el desenvolvimiento de la idea de la posesión. Por supuesto, que si esta innovación existiese realmente, lo que no es cierto, contendría un completo abandono de la noción posesoria romana. Y es de esta última, no de una noción arbitraria de lo que aquí se trata.

Todavía hay otro punto en la teoría romana de la posesión que no puede conciliarse con la idea de Stahl, a saber: la antítesis, fatal a tantas otras tentativas de explicación, entre la posesión jurídica y la simple tenencia (1). Si la conservación del estado de hecho es el fundamento y el fin de la protección posesoria, ¿por qué restringe el derecho romano esta protección al

---

(1) Creemos conveniente para la clara inteligencia del pensamiento de Ihering acerca de la posesión, trasladar aquí las interesantes observaciones que en otro libro suyo hace respecto de la terminología de la posesión. «Nuestra terminología actual--dice--, como la de los juristas romanos, presenta una imperfección, cuyos efectos he sentido vivamente en el curso de mis investigaciones. Citaré, ante todo, la falta de precisión que resulta de la ambigüedad de la palabra *posesión* (poseer, poseedor). Al igual que el término latino *possessio*, se aplica a la vez a la posesión natural y a la civil, lo que en el caso en que se quiere distinguirlas obliga a añadir un calificativo. Yo no emplearé más que una sola palabra, a pesar de eso, para designar cada una de las dos relaciones. Llamaré la posesión natural, *tenencia*, y designaré la civil con el nombre de *posesión*. Por posesión y poseedor será preciso entender siempre la posesión y el poseedor jurídico. Para designar la relación común del tenedor y poseedor con la cosa, conservaré la expresión tradicional *relación posesoria*, que no se presta al equívoco desde el instante en que designa posesión y tenencia por medio de expresiones especiales. Con la misma significación general me sirvo de la frase: *voluntad de poseer*. Cuando se trata sólo del poseedor, hablaré de *animus dominus*».

Después habla Ihering de la imperfección de la terminología para expresar las distintas relaciones de la tenencia, según se tiene por sí o

poseedor jurídico? Si se tiene en cuenta el interés económico de la persona, el del colono o arrendatario no es ciertamente menor que el del ladrón o del bandido; si se tiene en cuenta el supuesto motivo filosófico-jurídico de la posesión—el destino del patrimonio de servir a la necesidad del hombre—se debe admitir que la cosa sirve a su fin, lo mismo en manos de uno que en las de otro. Y he ahí los dos rasgos característicos de la teoría de la posesión romana: la exclusión de la cuestión de derecho en el proceso posesorio y la distinción entre la posesión jurídica y la posesión natural, que para Stahl siguen siendo verdaderos enigmas insolubles.

¡Y sin embargo, Stahl estaba muy cerca del buen camino! Si hubiera seguido la idea «de la relación constante de la posesión con la propiedad», que él mismo emite, de seguro hubiese llegado al fin. Pero esta idea no aparece en él más que como fugaz destello; es un presentimiento momentáneo, pero sin consecuencias, de la verdad. Uno de los caracteres particulares de ese gran talento consiste precisamente en que con frecuencia las ideas se presentan en él truncándose las unas a las otras, y al lado de aquellas que conceptúa decisivas y que procura demostrar, se encuentran gérmenes de ideas heterogéneas por completo.

---

por procuración, o en depósito, y forma el esquema siguiente de la *relación posesoria*.

Relación posesoria:

I. Posesión.

II. Tenencia.

1.° Absoluta.

2.° Relativa(*dominus possessionis*, titular de la posesión).

a) Por procuración.

b) Interesada.

Más detalles acerca del asunto pueden verse en la obra *La voluntad y la posesión;* trad. franc., *Du role de la volonté dans la possession*, I. p. 1.ª y siguientes.—(N. DEL T.)

VI

La posesión es una posición avanzada de la propiedad

INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD SIN LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

Paso ahora a exponer mi propia opinión. La comprendo en la proposición siguiente: *La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario.*

La idea de colocar la posesión en relación con la propiedad no es nueva, como lo demuestra la exposición que procede.

La posesión «es el ejercicio de la propiedad» (p. 26), es la propiedad «presunta, posible, que comienza» (p. 32); está en «relación constante con la propiedad», y el mismo Savigny, aun cuando en general no sostiene esta opinión, la ha reconocido un cierto grado de verdad, y probablemente no ha dejado de tener influjo sobre su descubrimiento del *animus domini*. Pero la manera con que hasta aquí se ha procurado motivar esta conexión no es a mi ver satisfactoria; por esta razón he de seguir yo distinto camino en el examen que a continuación va.

Esta nueva tentativa parecerá a primera vista que ha de encontrar obstáculos en la manera como los jurisconsultos roma-

nos rechazan toda confusión de la posesión con la propiedad. *Nihil* COMMUNE *habet proprietas cum possessione*, dice Ulpiano, L. 12, § 1, *de poss.* (41, 2); *permiscere causas possessionis et usufructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas miscere debent*, dice Venulejus en la L. 52, pr. ib; y en la L. 1, § 2 *uti poss.* (43, 17), Ulpiano alega como motivo de la introducción del *interd. uti possidetis: Quod separata esse debet possessio a proprietate*. Pero, ¿en qué sentido se emplean esas expresiones? En un sentido en el cual no afectan en nada a nuestra opinión; es decir, en el sentido de la independencia *práctica y dogmática* de la posesión frente a la propiedad. El derecho es indiferente en la cuestión posesoria; toda ingerencia de la cuestión de propiedad se rechaza, en principio, del proceso posesorio—por nuestra parte llegamos a iguales resultados. Pero es cosa muy distinta de ésta, cuando se trata de la relación *legislativa* o *filosófico-jurídica* de esas dos instituciones, y de tal problema, que quizá nunca se han propuesto los jurisconsultos romanos, es del que aquí se trata.

La protección de la posesión es un postulado de la protección de la propiedad, el complemento indispensable del sistema de la propiedad de los romanos.

Nadie menos dispuesto que yo a mirar la propiedad como la única justificación práctica o lógica de la relación del hombre con las cosas; pero, en mi sentir, desde el momento y siempre que ese sistema se pone en vigor, la protección de la posesión es el complemento indispensable. Yo puedo figurarme un estado jurídico, fundado únicamente sobre la posesión, es decir, un estado en el cual el tenedor de la cosa no es protegido por los remedios posesorios y acciones penales, más que contra aquel que estorbe inmediatamente su relación con la cosa, sin tener la *reivindicatio* contra terceros; eso ocurrirá, aplicando a *todas* las cosas la misma relación jurídica que se realiza de hecho siempre, en una de las más importantes categorías de cosas, el *dinero*, pero yo no puedo concebir en la práctica un estado jurídico, fundado únicamente sobre la propiedad romana, con exclusión de la protección posesoria, es decir, un estado en el cual fuese

necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación (1).

Véase, en efecto, a donde conduciría semejante sistema. En toda perturbación posesoria, el propietario deberá prevalerse de su *propiedad* y no de su posesión; deberá, por tanto, realizar la prueba, aun en el caso de robo o de *damnum injuria datum*, y el éxito de su acción dependerá de la prueba de su propiedad hasta en la *cond. furtiva* y en la *actio legis Aquiliae*; tanto valdría esto, como proscribir a todos aquellos que no pudiesen probar su propiedad.

Pero—se objetará—el derecho romano liga esas acciones penales a la prueba de la propiedad: la *condictio furtiva* estaba restringida expresamente al propietario (2), y la *ley Aquilia* no concedía la acción del *damnum injuria datum* más que al *herus*, es decir, al *dominus* (3). Cierto; pero, ¿se sigue de ahí que el demandante debiera *probar* su propiedad? Esta consecuencia parecía tan necesaria, que mi pregunta hace el efecto de una *quaestio Domitiana*. Y sin embargo, no sólo tengo la cuestión como seria, sino también que no dudo en responder negativamente. Es un error muy extendido el creer que el demandante debiese realizar la prueba de todas las condiciones *positivas* de su acción, de que se hace mención en las fuentes, de manera que el elemento de hecho del asunto fuese siempre acompañado de una proposición de prueba. No se admite en su pro una presunción más que para las condiciones *negativas:* en los obstáculos a su derecho, como, por ejemplo, en la cuestión de saber si la

(1) Arndts, en la *Zeitschr für Civil und Processrecht (Revista de derecho civil y procedimiento), Nueva serie,* III, pág. 414, se expresa en sentido contrario: un sistema jurídico, que no concediese a la sola posesión, como tal, una protección jurídica, presentaría ciertamente una sensible laguna, pero no sería, sin embargo, imposible de alcanzar el fin de la propiedad, puesto que quedaría siempre la acción reivindicatoria.

(2) L. 1. de *cond. furt.* (13, 1.): *In re furtiva soli domino condictio competit.*

(3) L. 11, § 6.°, *ad leg.* Aq. (9, 2); *Legis autem Aquilia actio hero competit i. e domino.*

cosa es susceptible de usucapión o en la de la *bona fides*, en la usucapión. Pero que se intente medir la fuerza de este axioma: una condición del *mutuum*, es la propiedad de las monedas (1); según esa opinión, el demandante tendría que verificar la prueba en la *condictio ex mutuo*. Nadie creerá que juez romano alguno haya impuesto nunca una prueba tan absurda. Mas entonces se dirá, ¿por qué esta condición, si no se tiene en cuenta? Se tenía en cuenta, en verdad, mas no con respecto al demandante, sino por el defensor, es decir, como elemento de la prueba contraria indirecta. Al demandante le basta probar que ha entregado el dinero; es tarea del defensor, si discute la fuerza obligatoria del *mutuum* por defecto de transmisión de la propiedad, producir la prueba (2). Esta excepción, que por lo demás podía ser eliminada (3), como resultado del consumo del dinero y de la transmisión de la propiedad, que hubiera sido la consecuencia ulterior, no se le reservaba para proporcionarle un ardid, sino para prever el caso en que el dinero de otro, remitido por el demandante, hubiera sido despojado por el verdadero propietario (4). Sin la condición de la propiedad, aun en ese caso, el *mutuum* hubiera sido absolutamente obligatorio, y en el antiguo derecho, que, como es sabido, no admitía excepción, el defensor tendría que ser inevitablemente condenado, vista la existencia de las condiciones del *mutuum*. Bajo la condición de propiedad, no había, por tanto, más que una especie de excepción que el antiguo derecho concedía *ipso jure* al defensor en un caso completamente especial (5).

---

(1) L. 2.° § 4.°, De R. Ir. (12, 1).

(2) Arg. L 13, § 1, ibid. *Admonitus (creditor) alienos nummos fuisse.*

(3) L. 11, § 2. L 13 de R. ir. (12, 1). L. 56, § 2.°, *de fidei* (46, 1).

(4) V. un ejemplo en la L 1., § 1, *de stip. serv.* (4, 5, 3;)... *nummi tui mane bunt vindicando ergo eam pecuniam tu consequi potes.* V. también L 15, *in f. de reb. dub.* (34, 5).

(5) V. en mi *Espíritu de derecho romano*, 3.°, págs. 65 y siguientes, una exposición detallada de esta forma de defensa del antiguo procedimiento; he usado el mismo ejemplo (pág. 73) que aquí. Otro ejemplo que no he citado, está contenido en el principio de que el heredero no res-

La condición de la propiedad tiene el mismo sentido en otros casos todavía, por ejemplo, en el *legatum per vindicationem* (1). Para la validez de ese legado, era preciso que el testador fuese propietario de la cosa (2). Si eso hubiera significado que el legatario que no tuviese en sus manos documento alguno, debía proporcionar esta prueba al heredero, que es quien únicamente podría poseerla, el legado quedaría sin efecto en la mayoría de los casos. Aun aquí, esta regla tenía por objeto ofrecer al heredero una excepción fundada, a saber: que el testador había legado un objeto que no le pertenecía; pero esta excepción no podía limitarse a exponerla, debía probarla.

De la propia manera, la jurisprudencia romana prescribía para la validez de los actos jurídicos que realizara un esclavo por su señor, que éste fuera propietario de él. No se pretenderá que el demandante estuviese obligado a probar la propiedad en la forma ordinaria desde el momento en que se le antojase al defensor como ardid. En otro caso debería decirse lo mismo de las acciones noxales, que se dirigían contra el *dominus* (3). Ahora bien; está fuera de duda que semejante prueba no se exigía, sino que, por el contrario, se consideraba como propietario al simple poseedor del esclavo—el propietario de hecho, según mi sistema (4). Sólo el acreedor y el que tiene en precario se exceptúan: *licet enim justi possideant, non*

---

ponde para con el legatario más que en cuanto haya recibido del mismo alguna cosa (L. 1.ª, § 17 *ad le. Trevell.* 39, 1. L. 114, § 3.° *de leg.* I, 30). Según el contexto de este principio: *neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenire*, el legatario debería probar que la herencia es suficiente para el pago de los legados, ¡él, que desconoce en absoluto la consistencia de la herencia!; pero bajo esta fórmula se encubre únicamente una excepción que corresponde al heredero hacer valer y probar.. Arg. L. 10, § 1.°, de leg. 2. (31), *non est audiendus, si velet computare.*

(1) V. ob. cit. II, págs. 350-351.

(2) Gayo, II, 196.

(3) V. los términos de las XII Tablas en la L. 2, § 1, de nox. act. (9, 4) *si servus sciencie* DOMINO, etc., y los numerosos textos de ese título que hablan del *dominus.*

(4) L. 29, *ibid, ipso jure noxales actio contra eum competit.*

tamen opinione domini possident, como dice la L. 22, § 1, es decir, que no ejercen en calidad de propietarios. Síguese de ahí, que únicamente a esta aptitud del demandante, y no a su convicción de propietario, es a lo que se atiende en la condición de propiedad. Lo que además se prueba teniendo en cuenta que el *malae fidei possesor* tiene la acción. L. 13, cit. Lo mismo ocurre con los esclavos; su dueño era considerado sin otra prueba como propietario, y al defensor era a quien correspondía demostrar la no validez de la estipulación, sentando el defecto de la propiedad. Justiniano llegaba hasta negarle completamente esta prueba contraria, declarando absolutamente probatoria la mención hecha en el escrito de la estipulación de que el esclavo pertenecía al demandante (1).

Esas pruebas, que yo podría aumentar con muchas más referentes a otras materias, pueden ofrecer un punto de apoyo para la solución de la cuestión del significado que haya tenido la condición de propiedad en la *cond. furtiva* y en la *act. legis Aquiliae*. Esta condición no tenía otro significado, a mi ver, que el de permitir al defensor sustraerse a la acción, probando que la cosa pertenecía, no al demandante, sino a otro (2). El defensor en sus acciones, probando que la cosa no pertenece al demandante sino a otro, hacía exactamente como el defensor en la *acti furti*, que podía sustraerse de la persecución demostrando que el mismo demandante había robado la cosa (3) y no tenía, por tanto, en ella *ningún interés*.

Me explico muy bien, que esta opinión, precisamente porque no se encuentra directamente enunciada en las fuentes, no sea acogida con agrado por todos aquellos que exigen para todos los asertos una prueba directa en las mismas, así que no nos

(1) L. 14, *Cód. de cont. stip.* (8, 38), *tales scripturos omnitariaum esse credendas*.

(2) Es indiferente, aquí, que luego se haya concedido para el *damnum injuria datum*, aun al *bonae fidei possesor*, una acción *in factum*, es decir, una pretensión independiente que no podía ser contenida por una prueba en contrario. V. L. 11, § 8, ad. l. Aq. (9, 2).

(3) L. 12, § 1, *de furt.* (47, 2).

sorprendería oir a un estudiante en un concurso práctico imponer al demandante la prueba de su propiedad en el caso en que ésta le fuera combatida por el defensor en una acción *mutui* o en una *condictio furtiva* y en la *act. legis Aquiliae*. Pero considero tal error imposible para un práctico, y antes estoy convencido de que, por el contrario, sin hallarse impulsado por nuestra teoría, aplicaría por sí mismo el principio enunciado por el artículo 2230 del Código Napoleón: *On est toujours présumé posseder pour soi et á titre de proprietaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé á posseder pour un autre* (1).

(1) V. también el art. 2279: *En fait de meubles la possession vaut titre.* La presunción de *posseder pour soi*, existía igualmente en la práctica romana. V. una prueba de ello en Paulo, *Sent. Rec.* V. L. 1, § 2; *sufficit ad probationem si rem corporaliter teneam* (*)

(*) El principio del Código Napoleón se mantuvo en algunos códigos modernos con la misma claridad explícita. Así, por ejemplo, según el art. 481 del Código portugués, la posesión puede adquirirse y ejercerse tanto en propio nombre como en nombre de otro, pero «en cada caso de duda se presume que el poseedor posee en nombre propio». No ocurre así en nuestro Código civil. Esta presunción no aparece en él claramente admitida. Según el art. 439: «Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disputarla, por su representación legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique». Ahora bien; en el caso en que ofrezca duda resolver si la posesión que un poseedor tiene es en nombre propio o en el de otro, no hay el criterio claro del Código Napoleón. El señor Sánchez Román *(Estudios de derecho civil*, T. 3.°, página 471), opina que debe acudirse al art. 445, cuyas reglas para fijar la posesión podrían por analogía aplicarse a la duda indicada.

En cuanto a que en materia de muebles la posesión vale el título, máxima muy generalmente aceptada por los códigos, también se encuentra aplicada en el español. En efecto, el art. 464 dice: «La posesión de los bienes muebles, adquiridos de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posee. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener su restitución sin reembolsar el precio dado por ella...»—(N. DEL T.)

¿Cuál es ahora el resultado de lo que precede para la cuestión de la protección posesoria? Helo aquí, en mi sentir: El Derecho romano concede al *propietario* la *cond. furtiva* y la *act. legis Aquiliae*, pero le facilita la prueba contentándose con la demostración del simple *estado de hecho*, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión.—*El poseedor se reputa propietario hasta prueba en contrario.*

La facilidad de la prueba que se concede al propietario en la antedicha acción, existe también para la posesión; pero la posibilidad dejada al defensor de debilitar la prueba del demandante atribuyéndose la propiedad, o atribuyéndola a otro, no existe en principio en las acciones posesorias. *La exclusión, en principio, de la cuestión de propiedad, imprime a la posesión su carácter particular* (1). ¿De dónde procede esta diferencia? En las *act. delicti* citadas, el autor del delito que ha restituído la cosa cobrada al propietario supuesto, o que ha prestado una indemnización por daños, no se ha librado por eso de su responsabilidad frente al verdadero propietario; y esta circunstancia, si se le negara la prueba en cuestión, le expondría al peligro de una doble prestación. El defensor, en el posesorio, no tiene nunca que temer semejante peligro. La restitución de la posesión al demandante, aun cuando no sea el propietario, y en otro caso, la cesación de toda perturbación ulterior, le ponen al abrigo de una nueva acción fundada en el hecho mismo.

Conforme a lo que precede, se puede considerar la posesión como una posición avanzada de la propiedad. No es por sí misma por lo que es protegida, sino mirando a la propiedad (2).

---

(1) En ese rigor está el principio que distingue en nuestra legislación la posesión de la propiedad; pero también puede responder esto a que *en sí mismas*, como *momentos* de la relación jurídica, son diferentes la *posesión* y la *propiedad*.—(N. DEL T.)

(2) Supone éste siempre el concepto romano de la proqiedad, pues de otra suerte la posesión puede tener en sí misma derecho a ser protegida. Este aparte de que hay mucho de convencional (de derecho positivo) en esa *separación* de los dos momentos *posesión y propiedad*. – (NOTA DEL TRADUCTOR.)

¿Cuál es ahora el resultado de lo que precede para la cuestión de la protección posesoria? Helo aquí, en mi sentir: El Derecho romano concede al *propietario* la *cond. furtiva* y la *act. legis Aquiliae*, pero le facilita la prueba contentándose con la demostración del simple *estado de hecho*, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión.—*El poseedor se reputa propietario hasta prueba en contrario.*

La facilidad de la prueba que se concede al propietario en la antedicha acción, existe también para la posesión; pero la posibilidad dejada al defensor de debilitar la prueba del demandante atribuyéndose la propiedad, o atribuyéndola a otro, no existe en principio en las acciones posesorias. *La exclusión, en principio, de la cuestión de propiedad, imprime a la posesión su carácter particular* (1). ¿De dónde procede esta diferencia? En las *act. delicti* citadas, el autor del delito que ha restituído la cosa cobrada al propietario supuesto, o que ha prestado una indemnización por daños, no se ha librado por eso de su responsabilidad frente al verdadero propietario; y esta circunstancia, si se le negara la prueba en cuestión, le expondría al peligro de una doble prestación. El defensor, en el posesorio, no tiene nunca que temer semejante peligro. La restitución de la posesión al demandante, aun cuando no sea el propietario, y en otro caso, la cesación de toda perturbación ulterior, le ponen al abrigo de una nueva acción fundada en el hecho mismo.

Conforme a lo que precede, se puede considerar la posesión como una posición avanzada de la propiedad. No es por sí misma por lo que es protegida, sino mirando a la propiedad (2).

---

(1) En ese rigor está el principio que distingue en nuestra legislación la posesión de la propiedad; pero también puede responder esto a que *en sí mismas*, como *momentos* de la relación jurídica, son diferentes la *posesión* y la *propiedad*.—(N. DEL T.)

(2) Supone éste siempre el concepto romano de la propiedad, pues de otra suerte la posesión puede tener en sí misma derecho a ser protegida. Este aparte de que hay mucho de convencional (de derecho positivo) en esa *separación* de los dos momentos *posesión y propiedad*. – (NOTA DEL TRADUCTOR.)

En la posesión, el propietario se defiende contra los primeros ataques dirigidos a su derecho. En ese terreno no se libra la batalla decisiva de la propiedad, sino una simple escaramuza, un combate de las avanzadas, en el cual, para continuar la comparación, no es preciso la gran artillería, sino que basta el arma blanca—¡contra los ladrones y bandidos no se emplea el cañón!

La protección posesoria ha sido, según esto, introducida teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo. Y en efecto; si la prueba realmente necesaria de la propiedad se limita a la demostración de su exterioridad, esta facilidad resulta en pro de todo individuo que esté en situación de prevalerse personalmente de tal elemento. La posesión adquiere de esta manera frente a la propiedad una independencia tal, que no sirve sólo y exclusivamente a la propiedad, sino que puede también volverse contra ella. El mismo servicio que presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al *no propietario* que posee, y también contra el mismo *propietario* que no posee (1).

La exacta inteligencia de esa relación es, en mi opinión, el verdadero *punctum saliens* de toda la teoría posesoria. Si se la considera como el aspecto normal de la posesión, se llega necesariamente a las teorías expuestas que buscan el fin de la posesión en la posesión misma; si, por el contrario, se ve, como yo hago, el fin de la posesión en facilitar la prueba introducida en favor del propietario, tal relación se convierte en un simple *sobreprecio* que el comprador lleva con lo demás. Para los defensores de la primera opinión esa relación es el *fin* de la posesión, para mí es una *peligrosa pero inevitable consecuencia:* el tributo que debe pagar la ley para procurar al propietario la protección más fácil de la propiedad que en su favor ha sido introducida.

---

(1) L. 4, § 26, *de usurp.* (41, 3). *Si dominus fundi possessorum vi dejecerit... interdicto un de vi restiturus sit possessionem.*

Hay un paralelismo que salta a la vista entre la posesión y los títulos al portador. Estos deben su introducción al mismo motivo de simplificar y de facilitar la prueba que es, en mi sentir, la primera base de la protección posesoria. La prueba de que se es acreedor, está en la simple presentación del título. Pero por esto mismo precisamente, esa ventaja favorece lo mismo al ladrón y al bandido que al verdadero propietario. Aquí también una institución creada en interés del *verdadero* derecho habiente, puede volverse contra él, porque permite al que no tiene el derecho realizar a su costa sus propósitos. Pero nadie pensará fundar sobre esta circunstancia la opinión de que el fin de los títulos sea facilitar a los ladrones la obtención de tales valores. Todos verán aquí la distinción que es necesario establecer entre las consecuencias de una institución que el legislador *ha querido*, y aquellas que él *no ha querido*, pero que *no se pueden evitar* (1). En la práctica esta distinción no tiene, es verdad, importancia alguna, porque todas esas consecuencias gozan de la misma protección. Pero si eleva el jurisconsulto su mirada hasta las razones legislativas o jurídico-filosóficas de una institución, esta distinción se le impone de una manera tal, que si no la tiene en cuenta, corre el riesgo de cometer los más grandes errores, y de suponer en el legislador las intenciones más absurdas. Trátase entonces, no de la cuestión ¿cómo es el derecho?, sino ¿por qué es el derecho? Y mientras sea verdad afirmar que las instituciones humanas, al lado de las ventajas que se proponen, implican también a menudo inconvenientes y desventajas que se deben sufrir si se quieren aprovechar sus beneficios, también será verdad que el historiador y el jurisconsulto que quieran penetrar el significado de una institución, deben dejarse guiar en sus apreciaciones por la consideración que hace valer Cicerón cuando aprecia el tribunado romano. *Fac-*

(1) Desenvuelve en la presente edición el punto de vista apenas tocado en la primera. Había creído suficiente indicarlo y justificar a la vez la consideración legislativa que se puede hacer. Pero la experiencia me ha enseñado que estaba en un error, y que no es superfluo desenvolver una verdad que a mí me parece de una evidencia palpable.

teor in ipsa ista potestate, dice en su tratado de *legib.* III, c. 10, *inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quaesitum in ea, sine isto malo non haberemus.* El valor práctico de una institución no está determinado por la circunstancia de que no presenta más que ventajas, sino por el balance entre las ventajas y las desventajas, y la preponderancia de las primeras. Este punto de vista debe ser decisivo, no sólo para el legislador, sino también para el historiador y para el jurisconsulto filósofo.

Si, pues, este último, conforme a lo que precede, recoge las ventajas como consecuencias queridas de la institución y los perjuicios como consecuencias no queridas, pero inevitables (1), ninguna persona ilustrada le discutirá el derecho a hacerlo, ni le exigirá la condición de que justifique su distinción con testimonios legislativos expresos. La concepción legislativa de la mayor parte de las instituciones jurídicas, sería bien difícil, si no fuera posible más que a condición de existir semejantes tes-

(1) También puede haber otro punto de vista. Toda institución que entraña las condiciones en que ha de realizarse un derecho, implica un sujeto activo que lo cumpla, libre y espontáneamente, pero en virtud del elemento psicológico interno que toda actividad jurídica supone, y en virtud del cual ésta se elabora en la conciencia del sujeto, las condiciones *exteriores*, que son a las que inmediatamente se refiere, y las que puede regular la institución como tal (obra externa, sensible), pueden darse sin que el sujeto sea *real* y *positivamente* el sujeto de derecho supuesto en las relaciones. Ahora bien, ateniéndonos a los datos exteriores, las relaciones pueden aparecer como jurídicas en virtud de tales datos; pero como el derecho *social*, o mejor, las garantías que el Estado presta socialmente a nombre del derecho, no van nunca tan adentro que se *impongan* y *conozcan* a todo sujeto en su intimidad; de ahí que sin que el *orden exterior* condicionado por la institución, se perturbe (paz material, mecánica), la vida sea o pueda ser vida contraria al derecho. Por todo lo cual, para explicar el fenómeno *humano* del texto, además de atender al balance de ventajas e inconvenientes de la institución jurídica, es necesario atender a esta condición general de las mismas, que se funda en la *ineficacia de las leyes*, y a la mecánica exterior, bajo que se cumple (o no se cumple, aunque lo parezca) el derecho. En la vida jurídica del Estado, es de rigor no olvidar nunca que queda por completo fuera de su acción el elemento interno o de conciencia, punto de apoyo de toda relación verdaderamente jurídica.—(N. DEL T.)

timonios: ¿cuál es, por ejemplo, la ley nueva que nos muestre la doble fisonomía de los títulos al portador? Son estos puntos que deben ser determinados por la ciencia, es decir, por la apreciación inteligente de las relaciones de la vida y los fines del comercio. Se puede investigar si en tal o cuál caso particular se ha equivocado; pero negarle el derecho de hacer esa distinción, sería negarle el derecho de hacer otra cosa que repetir servilmente el texto de la ley. Si se llama arbitrario el procedimiento que yo aplico a la posesión, porque yo no alegue ningún texto de la ley en apoyo de mi sistema, yo permito a mis adversarios atrincherarse en la fácil posición siguiente: La posesión del ladrón es protegida en nuestro derecho positivo, lo mismo que la del hombre honrado, y dado esto, la teoría dominante puede sentar su doctrina sobre la posesión del primero, es decir, sobre la noción abstracta de la voluntad (que no es, en realidad, otra cosa que el derecho de ladrones y bandidos), con la misma razón que yo fundo la mía sobre la posesión del segundo.

Siendo esto así, vamos a ver ahora cómo se defenderá contra el razonamiento siguiente, forjado según la misma indicación. Una sentencia judicial tiene vigor aun cuando convierta el derecho en injusticia y la injusticia en derecho. De ahí se sigue, podría decirse, que el fin de las sentencias judiciales es convertir la injusticia en derecho y el derecho en injusticia, y lo mismo que se cree encontrar en la protección de la posesión del ladrón y del bandido el triunfo de la voluntad abstracta, lo mismo se puede ver en este efecto del juicio el triunfo de la omnipotencia judicial, la omnipotencia victoriosa de la ley que vence toda resistencia. ¿Y por qué no ha de poder hablarse también del derecho del juez a colgar a un inocente y elegir precisamente ese caso como punto de partida del estudio de las funciones judiciales? Pero prosigamos nuestro examen. El fin del tribunado romano era trastornar el Estado (revolución), porque el acto de los tribunos *podía* tener esta consecuencia: se puede, pues, afirmar que tales eran la intención del legislador y el fin de la institución. El fin del derecho de gracia es sustraer los delin-

cuentes a la pena que han merecido. Uno de los fines de la ley alemana sobre el cambio, es favorecer las falsificaciones y trastornos de las letras de cambio; porque según el art. 13, «todo tenedor de una letra de cambio tiene el derecho de llenar los endosos en blanco que haya en ella»; hasta los robos, porque según el art. 18, «la simple tenencia de la letra de cambio autoriza para la presentación», y según el art. 36, «el que paga no está obligado a examinar la autenticidad de los endosos». Se ve que la legislación alemana, sobre el cambio, ha seguido con decisión el camino que le señalaba el derecho romano en la protección posesoria de bandidos y ladrones; y si se piensa en las facilidades que la creación de los títulos al portador ofrece a esos individuos, siente uno tentaciones de creer que el derecho alemán tiende ante todo a hacer lo más agradable posible la vida de los ladrones y bandidos.

Y, sin embargo, esta afirmación de que las disposiciones del derecho moderno alemán están tomadas en interés de las personas *no autorizadas*, es tan justa, a mi ver, como la opinión dominante acerca del fundamento de la protección posesoria. Ambas elevan a la categoría de fines los inconvenientes de la institución que la ley no podía evitar si había de alcanzar el efecto deseado. En un caso y en otro, el interés de la prueba, la intención de facilitar aquella que el rigor de la ley exige, es lo que procura, aun a las personas sin derecho, la posibilidad de mantener sus pretensiones: en un caso y en el otro, la ley no declara expresamente nada acerca del motivo y fin de sus disposiciones; pero en ambos basta una apreciación inteligente y sin prejuicios, para aclarar lo relativo al fin y a las inevitables consecuencias de la institución. ¡Y con cuánta fuerza se necesita mantener esa apreciación y evitar los prejuicios en la posesión! Todos estamos educados en la falsa idea según la cual la noción de la posesión no alcanza su verdadero punto culminante más que en el ladrón o el bandido, y hay en nuestra ciencia pocas ideas que como esa hayan penetrado en nuestra propia sustancia y que hayan obtenido de modo tan perfecto la apariencia de verdad, gracias a los sofismas de la falsa filosofía.

Comprendo perfectamente que una idea con tan profundo arraigo no pueda ser arrancada por medio de las observaciones que preceden: la necesidad de distinguir entre los efectos queridos y no queridos de una institución y el paralelo que me ha inspirado nuestro derecho moderno, sobre los títulos al portador. En efecto, queda siempre a mis adversarios la falsa salida de admitir la distinción en principio y en los casos del derecho moderno, pero rechazar su aplicación a la posesión. Pues bien, yo les concedo esta excepción, y yo creo poder aún desbaratar este último recurso, no por motivos generales, que no servirían de nada, sino por medio de testimonios positivos del derecho romano. Y esto decidirá ya definitivamente.

Es sabido que los jurisconsultos romanos no se pronuncian jamás sobre el fin legislativo de una institución, y, por tanto, sería inútil buscar una explicación de ese género relativa a nuestro asunto. Pero, en cambio, nuestras fuentes nos proporcionan dos argumentos para probar indirectamente la exactitud de mi opinión. Reservaré uno de esos argumentos la (relación del *interd. retinendæ possessionis* con la propiedad) para una exposición ulterior (VII), y ahora sólo voy a referirme al otro. Ya he hecho notar antes que el derecho romano niega al ladrón, al bandido, y en general al *malæ fidei possessor*, las acciones personales por causa de sustracción clandestina o violenta y en virtud de daño causado a la cosa de otro poseída por ellos. Y sin embargo, el derecho les concede la protección posesoria. ¿Cómo conciliar esto y explicar que la misma persona pueda ser declarada ya digna, ya indigna de protección? (1). Si el misterio de la voluntad replegada sobre sí misma, que se realiza en la posesión y

(1) La respuesta parece clara en la teoría que fragmentariamente venimos sosteniendo. La protección de la posesión no va más allá del estado *real* (aparente a veces, cuando resulta la posesión injusta), en que se ofrece en el hecho, y según los datos exteriores de su manifestación. La protección posesoria no puede suponer que el protegido sea un ladrón; no entra a debatirlo siquiera. El poseedor *es*, según todo o que se sabe, *digno* de ser protegido.—(N. del T.)

afirma su derecho primordial, tiene fuerza para elevar la posesión del ladrón hasta ser una relación digna de ser protegida, ¿por qué esa relación no se protege lo mismo por las *acciones delicti* que por los remedios posesorios? Si el ladrón dice: «mi adversario me ha substraído la posesión», se le protege; si dice: «me ha robado la cosa», se le niega la protección. Siento verdadera curiosidad de ver si un defensor de la teoría en boga podría darme sobre este punto una respuesta satisfactoria. En lo que a mí toca no tengo dificultad alguna; *la protección posesoria ha sido introducida en favor de las gentes honradas*, lo mismo que las facilidades del procedimiento proporcionadas por los títulos al portador; pero los *pillos se aprovechan necesariamente también de ellas*. Para excluirlos sería preciso, en verdad, dedicarse a la investigación que se ha querido eliminar para abreviar el procedimiento, y ver si el poseedor tiene o no un derecho. Trayendo la cuestión de derecho al debate se privaría por completo al propietario de las facilidades que la protección posesoria está llamada a proporcionarle: el *possessorium* se convertiría para él en *petitorium*. Y vale más, ciertamente, que un indigno participe *por excepción* del beneficio de la ley, que ver ese beneficio negado a aquel que lo merece por excluir al primero.

Digo *por excepción*, y es necesario que añada aún algunas explicaciones. En la teoría posesoria, el poseedor legítimo y el ilegítimo están, en verdad, en la misma línea; no hay ni para uno ni para otro regla ni excepción. Pero en la vida pasan las cosas de muy diversa manera. Que se compare los casos en que se encuentra la relación normal de propiedad, es decir, cuando la posesión está en manos del propietario o de aquel a quien éste hubiera designado, con los casos en los cuales se trata de personas que no son las que debieran ser, y no se pondrá en duda que estos últimos casos constituyen, al lado de los primeros, una excepción. Además, la mayoría de los casos excepcionales, los que conciernen a las cosas muebles, deben desaparecer de la estadística de las acciones posesorias, porque las acciones penales sustituyen regularmente a los remedios pose-

sorios. Sólo quedan las cosas inmuebles (1). Ahora bien, yo pregunto: ¿cuántas cosas inmuebles hay que se encuentren en manos de una persona a quien no corresponde, en lugar de estar en las del derecho-habiente? No creo haya el uno por ciento, ni el uno por mil. Siendo esto exacto, afirmo que el resultado corresponde a la idea desenvuelta más arriba de que la protección posesoria redunda en beneficio del propietario, porque normalmente es el propietario verdadero quien de ella se aprovecha. En tal sentido puede muy bien justificarse la opinión que ve en la posesión una propiedad que empieza (mantengo las reservas hechas más arriba, en cuanto a la presunción); la mayor parte de los *fundos* están en manos de los verdaderos propietarios. El único defecto de ésta está en que, en lugar de alegar ese motivo estadístico en su apoyo, ve en él el verdadero *fundamento* de la protección posesoria.

Quiero ahora resumir el resultado de las deducciones que preceden; lo formulo en tesis, a fin de facilitar la tarea de aquellos que quieran examinar y hasta refutar mi opinión:

1. Ni la teoría del derecho, ni el derecho romano piden que los ladrones y bandidos puedan tener la pretensión a ser protegidos en el goce pacífico de los bienes ilegítimamente adquiridos (2). El Estado puede tener todo género de motivos para prohibir los actos de violación; pero de aquí no resulta en manera alguna un derecho en favor de las personas violentadas contra aquellos que han quebrantado esa prohibición. La con-

---

(1) La glosa era de opinión de que sólo las cosas inmuebles podían ser objeto de una verdadera posesión (Savigny, loc. cit., pág. 105), y debió contribuir a sentar esta opinión el uso lingüístico, que aplicaba la palabra *possessiones* en el sentido de fundos, y la misma etimología de la palabra *possidere*, según lo hace notar Savigny, pág. 99.

(2) Opónese *en principio* la índole misma del derecho que pide siempre una exigencia *racional* que ha de ser cumplida por un ser libre (obligado). El ladrón no puede manifestar esta exigencia racional de protección de lo que no es suyo. Nadie puede verse obligado a respetarlo.—(N. DEL T.)

travención puede ser reprimida por vía de policía o por vía criminal (1). En una contravención de los reglamentos sobre los fuegos y luces, el vecino amenazado no puede encontrar el origen de una acción.

2. Si, no obstante, aquellas personas participan de la protección posesoria, el motivo está, no en ellas mismas, sino en las necesidades de la organización de la propiedad (2).

3. La propiedad dejada a sí misma, es decir, a la prueba de su existencia, sería la institución del mundo más incompleta y más defectuosa (3). Según la diversidad de circunstancias puede haber y hay grados en la prueba de la propiedad:

1. Prueba de un *modo de adquisición lejano.*
   a) Prueba de las condiciones internas y externas: *reivindicatio*, *negatoria.*
   b) De las *externas* sólo: *publiciana actio.*
2. Prueba de la *existencia actual en el hecho de la propiedad*, es decir, de la *posesión;* ya
   a) Con reserva de la *prueba contraria* de la propiedad de otro; como excepción fundada sobre la falta de interés: *cond. furtiva*, y *act. legis Aquiliæ*: ya
   b) *Sin* esta reserva: *acciones posesorias.*

---

(1) Un ejemplo se encuentra en L. 1. C. *per vim* (8, 5), que ordena al Juez proteger de oficio la posesión de la persona ausente *(judicis absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personæ).*

(2) Quizá el motivo radica también en lo limitado de la acción de la *ley escrita* y del derecho social que penetran con dificultad en el *fuero* interno del derecho, y que por esta razón tienen que reputar como relaciones jurídicas efectivas algunas que, *con más datos*, se ve que no lo son. Así, para el derecho social, hay más personas decentes y honradas que las que efectivamente existen, pero que el derecho social tiene que aceptar y proteger necesariamente como tales, porque no le *consta nada* en contrario.—(N. DEL T.)

(3) Ihering tiene siempre presente el concepto absoluto, romano, de la propiedad. En sí misma la propiedad y la posesión no entrañan una diferencia tan radical como ahí se supone. *Socialmente* se mantiene esta diferencia.—(N. DEL T.)

4. La facilidad de la prueba contenida en la protección posesoria, *atiende a favorecer* al propietario (1).

5. Por lo general aprovecha sólo al propietario.

6. El fin de tal facilidad en la prueba se frustraría si se introdujese en la controversia la cuestión de saber si el demandante es o no propietario.

7. Una consecuencia inevitable de esta exclusión de la cuestión de derecho es que participe de la protección posesoria el poseedor ilegítimo (2).

8. La expresión, la más exacta, según esto, para dar a la posesión toda su importancia, es decir, que es una posición avanzada de la propiedad (3). La posesión es una obra avanzada en la cual el propietario se defiende todo el tiempo que puede.

A estas tesis, que no hacen sino reproducir en sustancia las deducciones precedentes, se une la siguiente, como consecuencia de la idea fundamental en aquéllas contenida (4).

9. La posesión es *un valor patrimonial*. El mismo interés que tiene el sitiador de apoderarse de la obra avanzada, y el sitiado de defenderla, lo tiene el no propietario de adquirir la posesión y el propietario de conservarla. A menudo la suerte de la propiedad es casi enteramente decidida en la posesión, como con la posesión del título está decidida la suerte del valor al portador. Quien pierda o gane la posesión, pierde o gana en la práctica, en la mayoría de los casos la propiedad, lo que la propiedad está llamada a procurarle: la seguridad del goce. Precisamente por esto tiene la posesión un *valor* patrimonial, tanto para el propietario

---

(1) Y a *respetar* el estado de hecho del poseedor que se ofrece como legítimo. – (N. DEL T.)

(2) En el fondo la ineficacia natural de la ley positiva y la condición de *inasible* de la conciencia personal.—(N. DEL T.)

(3) O también que es un momento esencial de la relación jurídica por el que se llega a realizar ésta, esto es, a poner libremente los medios en los fines, para que éstos queden cumplidos. (V. Giner, obra citada).—(N. DEL T.)

(4) Son estas adiciones a esta segunda edición.

como para el no propietario (1). El lado *económico* que salta a la vista, en mi opinión, no está puesto de relieve en las teorías posesorias que fundan la posesión, ya en la persona y su voluntad, ya en la interdicción de la violencia. Y en efecto, ¿cómo la posesión puede llegar a ser una relación de derecho patrimonial, un *valor*, si al tenor de una de esas opiniones no es otra cosa que el lugar donde la voluntad ejerce su imperio—la sensibilidad de la voluntad herida en su derecho primordial de libre disposición de sí misma, no tiene medida equivalente en el valor de las cosas—, y al tenor de la otra no tiene importancia más que por propocionar la realización de una especie determinada de perturbación del orden público?

10. Si la posesión es un objeto de valor patrimonial, la noción de *pertenencia* jurídica puede aplicársele:

> *Tertius possessionem* SUAM *contendat.* L. 3, § 12, *ad exh*, (10, 4),

y además la pérdida de la misma implica un daño en el *patrimonio:*

> *Ne langu*or *animi damnum etian* IN BONIS *afferat*, L. 44, § 6. *De usuc.* (41,3).

11. Una última consecuencia de ese carácter, es la posibilidad de una pura *controversia de possessione*, es decir, de un debate jurídico que tiene por objeto saber cuál de los dos pretendientes es el verdadero poseedor, sin que ni de una ni de

---

(1) L. 21, § 2, quod met. (4, 2). *Qui possesionem non sui fundi tradidit* (p. e., el acreedor hipotecario) *non quantfundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequitur; astimatur enim quod restitui oportet id est, quod ab est autem nuda possessio cum fructibus.* L. 3, § 11 (43, 17)... «*Quanti res est*» *sic accipimus quanti unius cujusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem astimandam, quanti ipsa rest est, sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.* En la L. 74 de *furt.* (47, 2) se concede al *b. f. possessor* a quien la cosa ha sido robada, y al propietario, la *ac furt.* contra el ladrón; *emiori ejus* POSSESSIONIS, *domino ipsius* PROPIETATIS *causa proestanda est.*

otra parte se haya cometido de antemano la perturbación posesoria. Ya veremos a continuación que el derecho romano admite en efecto para la posesión una acción parecida, prejudicial, reivindicatoria o como se quiera denominarla.

12. De esta manera tienen también una explicación satisfactoria los *interd, adipiscendæ possessionis*, que Savigny, en todas las ediciones de su obra, quiere excluir de la esfera de la posesión. Si la posesión como tal, tiene un valor jurídico, el derecho puede también reconocer la pretensión a la concesión de la posesión. La circunstancia de que los datos a los cuales el derecho supedita esta pretensión son *exteriores* a la posesión, ha inducido a Savigny á colocar esos medios del derecho en la misma línea que las acciones posesorias que tienden a la liberación de la posesión. La posesión, dice, tanto en éstas como en aquéllos, no es el fundamento, sino tan sólo el fin, el objeto de la acción: La *her. petitio* y el *interd. quorum bonorum*, tenía por completo la misma tendencia: la posesión es el fin, y el derecho hereditario (civil y pretorio), el fundamento. Es cierto; pero la enorme diferencia que los separa es que la acción petitoria regula definitivamente la situación, en tanto que el *interd. adipisc. poss.* la regula sólo de un modo provisional, porque concierne sólo a la posesión, dejando la puerta abierta al *petitorum*, al igual que en las otras dos especies de interdictos posesorios. Si el demandante es vencido en la *her. pet.*, no puede intentarla por segunda vez: pero si es rechazado por el *interd. quorum bon., quod legatorum* o por el *remedium ex lege ult. Cod de edicto Divi Hadriani toll.*, le queda siempre la posibilidad de volver a empezar y hasta ganar quizá el *petitorium*, y si ha ganado queda abierta la misma vía a su adversario (1). Así tras de cada *interd. adipiscendæ possessionis*, hay todavía el remedio jurídico del petitorio: tras los interdictos

(1) L. *un Cod Theod. Inor. bon.* (4, 21). *Quid jam planius, quan ut heredibus tradarentur, quoe in ultimum usque difuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui* DE PROPRIETATE ENETAMEN? *Jubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur*, SEGUNDA ACTIONE PROPRIETATIS *non excluse.*

citados hay la *hered. petit.* y la *reivindicatio,* sin exceptuar el *interd. quem fundum* y *quam hereditatem,* mediante el cual la posesión de los fundos o de la herencia disputada, o no asegurada, por el defensor, pasaba al demandante, sin que por eso el defensor perdiese la posibilidad de apelar o servirse del *petitorio.* De igual suerte, tras el *interd. Salvianum* se encuentra la *act. Serviana,* tras el *interd. quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto,* la *act. negatoria* del adversario (1).

Para la mayoría de esos interdictos, la relación entre el *petitorium* y el *possessorium* está fuera de duda por textos expresos que no es necesario alegar aquí; se indica como regla general en la

> L. 14, § 3.°, *De exc. rei jud.* (44, 2). *Si quis interdicto egerit de possessione postea in rem agens non repellitur per exceptionem; quoniam in interdicto* POSSESSIO, *in actione* PROPRIETAS *vertitur.*

Es inútil hacer notar que esta observación se aplica, no sólo a ciertos interdictos, a saber: a los *interd. retinendæ* y *recup. poss.*, sino a todos los interdictos, mediante los cuales se puede «*de possessione agere*»; entre ellos se encuentran también, como es sabido, los *interd. adip. poss.*, l. 2., § 3., *De interd.*, 43; Gayo, IV, 143.

En lugar de hacer descansar la noción de los interdictos posesorios sobre ese carácter especial, que los distingue a los ojos de los jurisconsultos romanos, de todas las demás acciones de no contener más que un arreglo provisional, Savigny (§ 35) encuentra su criterio característico en la circunstancia por la que la posesión es el *fundamento* de la pretensión del demandante, y partiendo de ahí, no le es ya difícil demostrar que los *interd. adipiscendæ possessionis*, no se refieren de ningún modo a esta

(1) Von Vangerow, *Manual* I, § 390: II, § 509; (7.ª edic. p. 897. 360). Debe ocurrir lo mismo en los dos interdictos de que habla Gayo, IV, § 145, 146. Es decir, que los demandantes debían poder reclamar la liberación provisional de *todas* las cosas y que los defensores debían ser rechazados al petitorio con sus excepciones de propiedad.

noción de las acciones posesorias (p. 383). Y añade (384), como «motivo decisivo contra la opinión ordinaria», que «los verdaderos interdictos posesorios se fundan en los delitos» — el cual motivo ya queda dicho más arriba, es completamente inadmisible. «Los interdictos *retinendæ* y *recuperandæ possessionis*, son, pues, las únicas acciones posesorias, y los interdictos *adipiscendæ possessionis* no tienen nada de común con ellas (!). Hay más: estos últimos no tienen entre sí nada de común (!) Para probarlo, basta enumerarlos, y por otra parte, resulta también de que están tratados en las fuentes en lugares completamente distintos» (p. 385). La modificación que Savigny ha introducido en una adición a la edición 6.ª (p. 385-388), no cambia en el fondo sus opiniones. Rompe una nueva lanza contra la reunión de esas tres clases de interdictos por parte de los jurisconsultos romanos; está, dice, desprovista de *valor científico*, por cuanto descansa únicamente en el fin de adquirir, ya recobrando, ya conservando la posesión, fin accidental por completo e indiferente desde el punto de vista de la esencia misma de la acción» (p. 387). No insistiré sobre la circunstancia de que Savigny, ligado y encadenado por el πρωτον ψευδος de toda su teoría posesoria: la naturaleza penal de las acciones posesorias no podía jamás librarse de este grave error referente al interdicto *adipiscendæ possessionis;* error que le obligaba a atribuir a los jurisconsultos romanos la invención y la aceptación espontánea de una noción desprovista de valor científico. Pero es muy difícil reprimir un movimiento de extrañeza al ver que este error, lejos de ser reconocido como tal por la ciencia, ha encontrado la más calurosa adhesión. Si se exceptúa a Von Vangerow, no recuerdo (sin haber hecho, ciertamente, investigaciones especiales en el asunto) ningún nuevo tratado de Pandectas que ponga a los interdictos *adip. poss.* en su verdadero lugar. No hablo naturalmente de la clasificación sistemática de esos interdictos, sino de la prueba de que han sido científicamente concebidos como verdaderos remedios posesorios que deben ser colocados en el mismo lugar que las otras dos especies de interdictos posesorios. En lugar de

levantar en la teoría de la posesión la importancia de esos interdictos y mostrar que los rasgos fundamentales del posesorio se reproducen en ellos, al igual que en los otros interdictos posesorios, y de acentuar convenientemente la exclusión de la cuestión de derecho y la posibilidad ulterior del petitorio, se acostumbra a pasar tales interdictos en silencio en la teoría posesoria, y si se hace mención de ellos, es para rechazarlos como intrusos, que no pueden tener ni la más remota pretensión de ser remedios posesorios (1).

El mismo error que ha determinado a Savigny a rechazar en el interdicto *adip. poss.* el carácter de verdadero remedio posesorio, le ha inducido también a admitir entre esos últimos interdictos, que, según lo que precede, no pueden en manera alguna aspirar a esta cualidad, por cuanto no tienen por objeto la *possessio*, sino la *res*, es decir, no tienen por objeto la tenencia pasajera de la cosa, sino la definitiva. Tal es el interdicto *De glaude legenda* (2). Ningún jurisconsulto romano lo ha compren-

---

(1) He sentido cierto rubor encontrando una apreciación más exacta de la importancia práctica de los interdictos posesorios en las obras hoy tan completamente desacreditadas del período que precedió a Savigny, por ejemplo, en Hellfeld, Jurisp. for., § 165 y Höpfner, Comentario, § 1202. Los interdictos *adip. poss.*, dice este último autor, son muy señalados por los prácticos; en efecto, sabemos que es una de las ventajas de la posesión que el poseedor no sea obligado a probar que la cosa que posee le pertenece, sino que el adversario debe presentar la prueba de lo contrario. Se debe, por consiguiente, aconsejar primero adquirir la posesión de la cosa por medio de un interdicto, a fin de echar así el peso de la prueba sobre el adversario.

(2) Savigny, l. c., pág. 385; los autores anteriores habían hecho lo mismo, por ejemplo, Höpfner, l. c. Por lo demás, no se comprende por qué Savigny no coloca este interdicto entre los *retinendae* o *recuperandae possessionis*, desde el momento en que quiere hacerlo pasar por interdicto posesorio. En efecto, según Savigny mismo (pág. 278), la posesión del fruto separado de la cosa principal sin la intervención del hombre, pertenece al poseedor de la cosa principal. Desde el momento en que la manzana se desprende de su rama, yo adquiero sobre esta manzana, que se hizo cosa independiente, la posesión separada; que se diga después de esto: esta posesión cesa de nuevo si la manzana cae sobre el predio del

dido entre los interdictos posesorios, y con razón, porque después de este interdicto no puede ya haber petitorio; decide definitivamente la cuestión relativa a los frutos caídos; no hay necesidad alguna de reservar el petitorio al defensor; el juez, en este interdicto, se pronunciaba acerca de la *res*, sobre la conservación definitiva de los frutos, no sobre la *possessio*. Otro tanto es preciso decir del *int. fraudatorium*, que debe igualmente su enumeración en los interdictos posesorios (Savigny, l. c.) a la opinión errónea de Savigny. Los interdictos *De migrando* y *de thesauro* (L. 15, *ad exh.*, 10, 4), tienen también por objeto el rescate de la posesión, y si esta circunstancia bastase por sí sola, se debería contarlos entre los *int. retinendae* o *recup. poss.*, lo que el mismo Savigny no ha hecho, aun cuando sea más fácil ver ahí acciones penales que en los *int. uti poss.* y *utrubi*. Es inútil, ante lo que precede, demostrar que no pueden aspirar a tal cualidad.

Quiero ahora intentar probar mi aserto por medio de las fuentes, y desde un doble punto de vista: primero, con relación a los *medios de protección* (*Schutsmitte*), y después, con respecto a su *configuración material*. Si mi aserto es exacto, deberemos mantenernos siempre del lado de la propiedad, en tanto que la perderemos por completo de vista si una de las opuestas teorías es verdadera. Y vamos a nuestro trabajo.

---

vecino, cuyo predio me es inaccesible, o que la posesión *continúa* a pesar de eso – en el primer caso el interdicto *De Glande legenda* no puede calificarse más que de interdicto *recuperandae possessionis*, y en el segundo de interdicto *retinendae possessionis*; pero yo no puedo comprender cómo Savigny puede, sin ser infiel a su propia teoría, hacer de aquél un interdicto *adipiscendae possessionis*.

VII

Medios de protección de la posesión

I.—Los interdictos «retinendæ possessionis»

El primer ejemplo que en el derecho romano se encuentra de la posesión considerada como objeto de disposición jurídica, es la colación de los *Vindiciæ* en el antiguo procedimiento reivindicatorio. El Pretor concedía los *Vindiciæ* a una de las partes, o en otros términos, le asignaba la posesión mientras duraba el proceso. Esta medida puede tener un doble significado: o bien en cuanto confería al poseedor sólo las ventajas *de hecho* de la posesión, es decir, el goce de la cosa, o bien en cuanto le concedía, además, las ventajas *jurídicas*, es decir, le eximía del peso de la prueba. Esta última opinión ha sido sostenida recientemente todavía por una gran autoridad (1); pero, a pesar de esto, yo no puedo aceptarla. Según se expresa Gayo, el Pretor tenía libertad completa de acción en la colación de los *Vindiciæ* (2); en tal supuesto, podía atribuirse la posesión hasta el mismo no poseedor. ¡Qué peligrosa influencia no hubiera podido ejercerse sobre el resultado del proceso, si de ese modo librase al demandante del peso de la prueba, que en muchos ca-

(1) Von Bethmann Hollweg, *Der civil process des gemeinen Rechts (Procedimiento del derecho común)*, Vol. I, pág. 144,

(2) Gayo, IV, 16, *Secundum* ALTERUM *eorum vindictas dicebat, l. c.*, ALIQUEM *possessorem constituebat*. En cuanto a las consideraciones por las que el Pretor acaso se determinaba, véase las conjeturas de mi *Espíritu del derecho romano*, III, pág. 99.

sos decide el derecho! Los partidarios de esta opinión pierden de vista que el procedimiento reivindicatorio, en su más antigua forma, era un *judicium duplex*, en el cual las dos partes reivindicaban a la vez *Vindicatio y contravindicatio*), y tenían, por consecuencia, la obligación de probar en igual medida: de donde resulta que no era la prueba *absoluta* de la propiedad, sino la preponderancia *relativa* de los medios de prueba, lo que hacía inclinarse a la balanza (1).

Veamos ya qué punto de apoyo podemos sacar para nuestro asunto de esta institución. Encontramos, en primer lugar, el hecho interesante de que la posesión, desde sus primeras manifestaciones en la historia del derecho romano, se presenta en la más estrecha conexión con la propiedad y el debate sobre la misma. El posesorio, para emplear el lenguaje moderno, constituye una parte integrante del petitorio, y no se puede creer que el primero pudiera presentarse independientemente del segundo, porque la única forma conocida para nosotros, la colación de los *vindiciæ*, no podía concebirse más que en un debate sobre la propiedad, y los interdictos *ret. poss.*, que sustituyeron más tarde a esta forma, y la separaron, no podían en absoluto haber existido al lado de ella. No se encuentra ejemplo alguno, en los antiguos tiempos, de semejante acumulación de dos remedios jurídicos relativos al mismo fin. La segunda observación que nos inspira el examen de esta institución, es que la cuestión de posesión es independiente de la violencia. Es verdad que la lucha ficticia por la cual comenzaba la *reivindicatio*, parece significar lo contrario, pero sólo en apariencia. La circunstancia de

(1) V. mis deducciones, l. c., pág. 90 y siguientes. Encuéntrase la misma relación en el antiguo procedimiento inglés de la propiedad, donde la cuestión planteada a los jurados no tendía a saber si el demandante tenía la propiedad, sino que estaba concebido así. *Utrum A vel B* MAJUS *jus habeant in terrailla.* Gneist. *Selfgovernment*, pág. 80. Un ejemplo más reciente que recuerda el juicio de Salomón se encuentra en Suetonio. Galba, c. 7: *Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus* UTRIMQUE *argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veriatis ita decrevit, ut ad lacum, ubi adaquari solebat, duceretur capite immoluto atque ibidem reve lato ejen esset, ad quem sponte se a pouts recepisset.*

que el Pretor, como hemos notado, podía conferir los *vindiciæ* aun al no poseedor, es decir, al mismo de parte de quien estaba la perturbación, muestra suficientemente que la colación de los *vindiciæ* no podía tener por fin permitir al Pretor proteger al poseedor contra la perturbación del no poseedor. Esta lucha no tenía más que una importancia simbólica: hacer constar, conforme al espíritu del derecho antiguo, por hechos en lugar de palabras, la negación recíproca de la propiedad. El que el Pretor concediese la posesión a una de las partes, no era, pues, a causa de la perturbación; para eso la pretensión del poseedor a ser judicialmente protegido hubiera debido ser acogida por adelantado, y ocurría lo contrario precisamente, porque tal pretensión no era reconocida, y hacía falta regular de un modo provisional la cuestión de posesión mientras duraba el proceso. Se puede, pues, afirmar en cierto sentido, que por lo general en el más antiguo derecho la noción de la posesión no existía aún (1), porque no existe allí donde el poseedor no encuentra protección y reconocimiento como tal. Ocioso sería preguntar si en la época más remota se designaba a aquél que había obtenido los *vindiciæ* con el nombre de *possessor*. Para probar que se veía en él cosa distinta del *possessor* de las épocas siguientes, es decir, que se veía en él, no sólo al simple tenedor de hecho, sino al *propietario interino* (*einstweiligen Eigenthümer*), recurriré, si no se quiere aceptar el testimonio que Tito Livio nos ha conservado (2) sobre el procedimiento reivindicatorio más antiguo, a un testimonio más reciente, que, a pesar de la separación rigurosa intro-

---

(1) En general puede afirmarse que la noción de la *posesión*, distinta por un lado de la mera *tenencia* y por otro de la *propiedad*, es una noción jurídica difícil y que como tal no puede encontrarse en el derecho positivo sino después que la cultura llega a cierto grado. Los pueblos primitivos son inhábiles para entrar en aquellos distingos que la posesión romana y moderna suponen. La distinción entre mero detentador y propietario es fácil, pero no lo es tanto la otra, al menos tal como va implícita al fin en la usucapión, y en cierto modo en el interdicto. – (NOTA DEL TRADUCTOR).

(2) Libro 3.°, 42: *Interim* DOMINUM *sequi aucillam aequum esse.*

ducida después de ese tiempo entre las nociones de la propiedad y de la posesión, aplica la misma expresión a la relación correspondiente del procedimiento nuevo. Un rescripto de Antonino Pío llama *propietario interino (interinus domini loco habetur)* al poseedor de la herencia que ha dado al demandante la caución que había, en lugar del *prædes litis ac vindiciarum* del procedimiento antiguo, y liga a ésto la consecuencia práctica de que los esclavos hereditarios no pueden ser sometidos a tortura contra él; disposición que Calistrato, a quien debemos esta noticia, aplica empleando las mismas expresiones a la reivindicación de un esclavo (1).

Propiedad interina; he ahí, pues, el sentido originario de la colación de los *vindiciæ*, y no la atribución de la posesión neta en el sentido de la teoría posesoria moderna; sólo de este modo se puede comprender bien el debate sobre aquéllos. El procedimiento reivindicatorio no se mueve fuera del círculo de la propiedad; pero la pauta que el Pretor aplica al principio, difiere de la que empleara más tarde; se resuelve en una prueba *prima facie*, suficiente para el fin de la disposición provisional y muy distinta de la prueba completa que será necesaria para la decisión definitiva. El derecho antiguo nos muestra de esta suerte la posesión como una *posición de la propiedad*, conforme a nuestra teoría.

Pasemos ahora al derecho nuevo. Aquí la relación de sucesión histórica en que se encuentran los *ind. retinendæ possessionis* con los *vindiciæ* es tan evidente, que no podía dejar de ser advertida por todos (2). Según el testimonio de nuestras fuentes (V. más abajo), los interdictos fueron introducidos con el mismo fin que los *vindiciæ* en el antiguo procedimiento, esto es, para regular la relación posesoria durante el proceso sobre la propiedad. Produjose así, no sólo un cambio de forma, sino

(1) L. 15, § 2, *de quaest.* (48, 18).

(2) Me ha sorprendido encontrar esta opinión junto con una exposición muy notable de las *vindiciae*, en un autor en el cual no se la hubiera buscado ciertamente. V. Schilter *Praxis jus Rom.* Exerc. 16, § 30.

una transformación esencial y triple de la cosa. *Primeramante*, la cuestión de posesión, que era el objeto del poder *discrecional del Pretor*, llega a ser materia de una *decisión en justicia regulada;* la posesión no es ya *concedida*, sino *instruída;* o, en otros términos, se convierte la posesión en una relación independiente, separada de la de propiedad. En *segundo lugar*, esta transformación se halla en conexión estrecha con la influencia que ejercía la posesión en el nuevo procedimiento reivindicatorio, y que podía ejercer en virtud de su nueva organización, librando al poseedor del peso de la prueba. Este resultado era debido positivamente a la desaparición de la *contravindicatio* y a la transformación, que fué su consecuencia, del *judicium duplex* en *judicium simplex*. La *tercera* modificación, no menos esencial, consistía en la separación del posesorio y del petitorio. Mientras que los *vindiciæ* no podían presentarse sino con ocasión del proceso reivindicatorio, con los interdictos ocurría otra cosa distinta. De igual manera que en la Edad Media, el *summariissimmum*, que era su origen una disposición incidental del *ordinarium* (*portio interdicti uti possidetis*), se emancipaba de éste elevándose al rango de remedio legal independiente; así, por medio de esos interdictos, la cuestión posesoria se desligaba del proceso de propiedad. Difícilmente puede admitirse que la idea de la necesidad de proteger la posesión contra las perturbaciones frívolas haya sido decisiva en esta concurrencia, porque esos interdictos no concedían restitución alguna contra las perturbaciones pasadas; para éstas existían otros remedios, p. ej., el interdicto *quod vi aut clam.*, la *act. injuriarum*, *act. legis Aquiliae*. La separación provino, en mi sentir, de que no se podía impedir al propietario abandonar el auxilio enérgico de la reivindicación y de la negatoria, cuando el menos enérgico de los remedios posesorios le bastaba para lograr su fin. De esta manera ocurría ciertamente la posibilidad de que un poseedor que no aspirase de ningún modo a la propiedad, intentase con buen éxito los interdictos.

Esta independencia de la posesión que nos presenta al simple poseedor como tal, es decir, al ocupante arbitrario, al la-

drón, al bandido, como vencedor pósible del propietario, encierra, como ya hicimos notar, el verdadero enigma de la posesión. Y hemos llegado ya al lugar en que la elección del camino que sigamos debe ser decisiva para el resto de nuestro estudio. Esta situación es el estado normal de la posesión: los interdictos han tenido por objeto declarar a esas personas dignas de protección en el grado mismo en que lo es el propietario, o bien la protección posesoria mira al propietario, y su extensión a esas personas no es más que una *consecuencia inevitable*? (1). ¿Debemos ver en la propiedad el principio normal de los interdictos posesorios y el motivo de su introdución?

Oigamos la respuesta que nos da a esta cuestión el derecho romano:

1. El motivo *histórico* de la introducción de esos interdictos radica en el interés de regular la posesión en el debate concerniente a la propiedad.

Ante los testimonios inequívocos y repetidos de nuestras fuentes, que establecen ese punto de partida (2), toda tentativa

---

(1) Teniendo en cuenta el principio fundamental y poco estudiado de la ineficacia de la ley, para *garantir* todo estado de derecho, es indiscutible lo de la consecuencia inevitable, pues no se puede suponer la *intención legal* de proteger al indigno. Se le protege en cuanto aparece *que no lo es*. Por lo demás, siempre hablando desde un punto de vista *general*, la protección de la posesión, aunque condicione la propiedad, se explica por la *dignidad jurídica* de la posesión, la cual supone en sí misma un estado de la persona en su relación con los medios, que exige respeto y determina todo un conjunto de obligaciones. Verdad es que para explicar bien esto, debe no olvidarse nunca la distinción entre la posesión como momento jurídico y la consideración positiva de la misma como paso para la prescripción, todo lo cual depende del organismo social del derecho positivo y de sus exigencias. En rigor, y sin atender a estas exigencias, no es fácil suponer una posesión quieta, en suspenso, que no entrañe el goce actual (propiedad) de la cosa, y en tal sentido, la protección de la posesión implica protección de propiedad, aun cuando no implique la definitiva garantía: el goce de la cosa que entraña el concepto *positivo y social* de la relación *exclusiva* de propiedad.—(N. DEL T.)

(2) Gayo, IV, § 148. Ulpiano, L. 1, *de uti poss.* (43, 17), § 4, I *de interd.* (4, 13) Irofilo, ibid.

para dar a los interdictos otra explicación debe resultar infructuosa (1). No es, ciertamente, el pensamiento de colocar bajo la égida del derecho los bienes, aunque procediesen del robo, lo que ha hecho nacer esos interdictos, sino la idea realizada ya en los *vindiciæ* del procedimiento más antiguo, de *regular provisionalmente la relación de propiedad.* Miraban, pues, la posesión desde mi punto de vista, considerándola como obra avanzada, como una *posición* de la propiedad.

2. Esta relación de los interdictos con el debate sobre la propiedad se reprodujo continuamente en la época más moderna del derecho romano.

En nuestras fuentes no se trata casi nunca de aquélla sin que al propio tiempo se haga alusión al debate sobre la propiedad (2).

L. 35 *de* POSS. (41, 2). *Exitus controversiæ* POSSESSIONIS *hic est tantum, ut prius pronunciet judex, uter* POSIDEAT... *et tunc de* DOMINO *quæratur*

L. *un.* COD. UTI POSS. (8, 6)... *de* PROPRIETATE *cognoscet.*

L. 1, COD. *de interd.* (8, 1)... *orta* PROPRIETATIS *et* POSSESSIONIS *lite prius possessione decidi oportere quæstionem competentibus actionibus ut ex hoc ordine facto de* DOMINII *disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur.*

L. 13, COD. *de* REIN (3,32). *Ordinarii juris est. ut municipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de* POSSESSIONE *judicetud ac tunc demum* PROPRIETATIS *causa ab eodem juaice decidatur.*

---

(1) Hasta Savigny no se ha intentado, que yo sepa. V., p. ej., la glosa y los comentarios sobre la *Instituta* de Jano, Costa, Vinnio, Otto, al texto citado; contra la tentativa de Savigny, v. Von Vangerow, Pandectas, § 336, n. 1.

(2) Igualmente en el procedimiento de libertad, la *pronuntiatio* sobre la relación posesoria, es decir, sobre la cuestión de saber si el supuesto esclavo estaba *in possessione libertatis* o *servitutis*, era el primer actó del *judicium liberale.* L. 7, § 3, *de lib. causa* (40, 12).

L. 1. COD. *si de* NOM POSS. (7, 69)... *ita* POSSESSIONIS *reformationem fieri oportet, ut integra omnis* PROPRIETATIS *causa servetur.*

1. *un.* COD. *Theod.* UTRUBI (14, 23).., *bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri* (éste es por medio del *interd. utrubi*) *tunc causam origines* (*colonorum*) *et* PROPRIETATIS *agitari* (en el *Cod. Just.* la L. 14, *de agric.*, 11, 47).

En las mismas Basílicas (50, 3, 72), el interdicto *uti possidetis* se pone siempre en relación con la propiedad:

Quando de possessione movetur actio uti possidetis, is vincit, qui nec vi nec clam nec precario possidet: et DEINDE *aut satisdad et suscipit* REINDIVICATIONEM *aut non satisdat et possessio ad alterum transfertur.*

Al posesorio, pues, que es el primer paso, se refiere (*deinde*), como una consecuencia necesaria, el petitorio.

Esta asociación de ideas entre la posesión y la propiedad, o entre el posesorio y el petitorio, se representa también en sentido inverso, es decir, que además de los textos que mencionan el petitorio con ocasión del posesorio, hay otros que mencionan a éste con ocasión del petitorio: así se ve, por ejemplo:

L. 24, de R. V. (b. 1): *Is qui destinavit rem peteré, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem.* L. 3, *Cod. Theod. unde vi* (4, 22), i. f. L. 3, *Cod. fin seg.* (3, 39).

3. El posesorio y el petitorio se designan como partes del mismo debate jurídico, el segundo como *causa principalis*, el primero como preparación.

La L. 3, *Cod. Theod. de judic.* (2, 18), ligeramente modificado en la L. 10, *Cod. Just. de judic.* (3, 1), contiene un edicto de Constantino, en el cual prohibe llevar el posesorio y el petitorio ante dos jueces distintos; llega hasta prohibir, con imposición de penas, el pedir dispensa imperial de esta disposición. Esta cons-

titución es interesante para nosotros, por la manera de expresarse acerca de la relación entre el posesorio y el petitorio. Los indica como un todo (QUI CAUSÆ CONTINENTIAM *dividit*) como un proceso que *in uno eodemque judicio poterat terminari*, y el debate *super possessione* se opone al SUPER PRINCIPALI *quæstione* (1).

En la L. 1, § 45, *de aqua quotid* (43, 20), Ulpiano coloca en oposición con el interdicto posesorio, que sirve para garantir el derecho sobre aguas, un interdicto que tiene por condición la prueba de ese derecho, y advierte respecto de ese último:

> *In hoc interdicto totam quæstionem finiri assignationis, non enim* PRÆPARAT *hoc interdictum caussam ut superiora interdicta, nec ad* POSSESSIONEM TEMPORARIAM *pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi aut non habet et* INTERDICTUM TOTUM FINITUR.

Los interdictos posesorios, pues, dice, que se refieren únicamente a la posesión temporal (*ad possessionem temporaria pertinent*); no resuelven el debate mismo como el interdicto en cuestión, sino que preparan sólo la decisión final y definitiva (*præparant causam*).

Así, también, la L. 5, *Cod de poss.* (7, 32) ha podido emplear para la protección posesoria prometida al implorante la expresión: *Præses* DOMINII TUI JUS *convelli non sinet*. La protección de la posesión corresponde al *jus dominii*; retirarla sería prejuzgar la protección de la propiedad, *jus dominii convellere* (2).

---

(1) En otra parte vese *causa principalis*, L. 1, Cod. Theod. *unde vi* (4,22), *Negotium principale*, L. 3., *Cod. Theod. ad Leg, Jul. de vi* (9, 10). Simmachus, Ep. X, 41, *de possessione... judicari*, PRINCIPALEM *vero causam... reservari*.

(2) De igual suerte la L. 9, *de commod.* (13, 6), pudo indicar como motivo de la regla de la L. 8. *rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus*: *Nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat*, lo que no puede aplicarse a la posesión más que si se la contaba en esa recha conexión con la propiedad. ¿No es también la misma idea la que hay en el fundo de la L. 43 *de releg.* (11, 7): *Qui de jure domini queritur?* El propietario no puede contra la voluntad del usufructuario inhumar en el fundo ningún cadáver (L. 2, § 7, ibid, *invito fructuario locus religiosus non fiet.*

4. Según el uso corriente y normal de las cosas, es el *propietario* quien intenta los interdictos.

Ningún jurisconsulto romano lo ha dicho expresamente, es cierto; pero se encontrará implícitamente esta idea si se examina sin prevención la

L. 8, *de vi* (14, 3, 16), de Paulo: *Fulcinius dicebat vi possideri, quotiens* VEL NON DOMINUS CUM *tamen possideret, vi dejectus est.*

El interdicto *unde vi*, dice el jurisconsulto, se concede aun en el caso de expulsión del no propietario. Si juzga necesario notar esta circunstancia como algo particular en lo relativo al no propietario, muestra esto claramente, en mi sentir, que aquel para quien, en el fondo, se ha hecho, y en manos de quien debe, por lo regular, encontrarse la posesión, es el propietario. Así se explica también por qué en este interdicto se designa como demandante al propietario y no al poseedor. V., p. ej., L. 12, ibid.

El mismo procedimiento se encuentra para el interdicto *de precario*. Los jurisconsultos romanos designan en él también al demandante con el término *dominus*, v., p. ej., L 4, § 4, L. 6, p. L. 12, p. *de precario*, y el objeto por los adjetivos que indican la propiedad, L. 15 p. NOSTRO *utatur*, L. 3 *per fundum* MEUM. L. 18 ibid. *rem* SUAM. Aquí también un jurisconsulto creyó que debía hacer la misma observación que hemos anotado más arriba para el *unde vi*. *Sed et si eam rem*, dice Venuleyo en la L. 17 ibid., *cujus possesionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim teneberis hoc interdicto*. La convención de que el precario no podrá ser revocado durante un cierto tiempo es nula:

L. 43 cit.); sin embargo, si el usufructuario se opone, se concede al propietario el interdicto *mortuo infirendo*, para vencer su resistencia; o, en otros términos, y empleando el lenguaje actual, el debate se agita, no en petitorio, sino en posesorio; el usufructuario con su derecho de oposición es rechazado *ad reparatum*, y de esta protección del propietario, que descansa esencialmente sobre la idea de la posesión, es de la que dice Papiniano: *de jure dominii queritur*.

nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito DOMINO *possidere liceat*. L. 12, p. ibid. La propiedad en la persona de aquel que recibe excluye la validez del precario. L. 4, § 3 ibid.; y la idea de que aquel que ha dado su cosa en prenda podrá hacer que se le restituya la posesión *precario* por el acreedor, es rechazada por Ulpiano en la L. 6, § 4, ibid., porque se trata aquí de un *precarium* POSSESSIONIS *non* PROPIETATIS. Volveremos más adelante sobre este punto de vista.

Esta idea de que el poseedor es regularmente propietario, y acerca de cuya verdad relativa nos hemos ya decidido más arriba, ha sido legalmente expresada:

5. En la disposición del derecho romano, según la cual los *poseedores*, es decir, los poseedores de bienes fundos comprendidos en los límites de la ciudad, están exentos de la caución judicial (1).

Como *poseedores* se designa aquí, no los VERDADEROS PROPIETARIOS, como Savigny creía (2), sino los poseedores como tales, porque y en tanto que obran como propietarios se supone que lo son (3). A esto es preciso añadir:

6. El lenguaje usual de la vida ordinaria que toma *possessor* por *dominus* y *possessio* por propiedad (inmueble).

La propiedad asume en la posesión una forma visible, la posesión es la propiedad en su plena eficacia, en su forma normal (4). No es extraño, según esto, que en el lenguaje ordina-

(1) L. 15, *qui satisd.* (2, 8).

(2) En efecto, en la explicación empleada en el § 1 del texto citado, el jurisconsulto no se sirve de la palabra *dominus*, sino que conserva la palabra *possidere*: *qui rem soli possidet*.

(3) Por tal motivo el acreedor hipotecario no pasa por *possessor* en el sentido del párrafo 2, porque no tiene la pretensión de la propiedad, *non enim opinione domini possidet*, como dice C. L. 22, § 1 *de nox act.* (9, 4).

(4) Innegable desde el punto de vista de la satisfacción de la necesidad que el derecho de propiedad supone, la posesión, como *condición* esencial (momento). No hay en rigor propiedad *sin posesión*, aun cuando al tenor del art. 432 del Código español, la posesión puede tenerse en concepto de dueño o en el de tenedor, perteneciendo el dominio a otra persona, porque en este caso se supone la propiedad como derecho a

rio, el cual gusta de referirse antes a lo que es visible que a lo que no lo es, hable de poseedor territorial y de posesión, cuando tiene presentes el propietario territorial y la propiedad, tanto entre nosotros como entre los romanos (1). Cosa muy diferente es, en verdad, el lenguaje del derecho y el de los jurisconsultos; pero siempre que ambas nociones no aparecen exactamente distintas, la idea de la vida común, que ve en el poseedor al propietario, se transporta al dominio del derecho y de la jurisprudencia.

Pero volvamos a los *interdictos posesorios*.

Un caso había en el que se negaban sus servicios: en materia de herencia. Como la posesión del difunto cesa con su muerte, la apropiación de cosas hereditarias por parte de terceros no llamados, no es una *sustracción de posesión*, y en tal supuesto, los interdictos *retinendae* o *recuperandae possessionis* no son aplicables.

Si el derecho romano no hubiese llenado este vacío por medio de la *hereditatis petitio*, el heredero hubiera perdido la facilidad de la prueba que la posesión procura al propietario, y en la reivindicación o acción publiciana que le quedase, habría debido proporcionar la prueba rigurosa de su propiedad, es decir,

---

reivindicar la cosa que está en posesión material del que la use, pero realmente considerando la *posesión*, no como la *tenencia material*, sino como la posibilidad de hecho de disponer del objeto (no de la cosa misma) del derecho, el propietario está en *posesión* de su derecho de reinvindicar, como el tenedor es *propietario* de cada una de las condiciones que el uso y posesión de la cosa le prestan. En tal supuesto, nos afirmamos en las ideas ya expuestas más o menos explícitamente, de que en cada relación jurídica plena no hay posesión sin propiedad, y menos al contrario, y en lo formalista y limitado del concepto de posesión romano y español. – (N. DEL T.)

(1) Particularmente en las Constituciones imperiales. V., p. ej., L. 12, *Cod. de poss.* (1, 32). L. 1, *Cod de praes.* (7, 23). L. 2, *Cod. de probat.* (4, 19). L. 1, *Cod. si per vius* (8, 5): y se encuentra la misma palabra *dominum possessionis*. L. 2, *Cod. Theod. de bon. mat.* (8, 18). Se sabe que los jurisconsultos romanos usaban *possessiones* por bienes fundos, es decir, propiedad de los bienes. V. un ejemplo en la L. 78, de V. S., (50, 16).

de la *bonae fidei possessio* de su autor. Ahora bien, esta circunstancia de que el derecho romano supla los interdictos posesorios por medio de la *hereditatis petitio* (1) proporciona,

7. Un nuevo argumento en pro de la exactitud de la opinión que vengo sosteniendo:—la «*hereditatis petitio» llena en la práctica la función de las acciones posesorias* (2).

Como estas últimas, sustituía la prueba del derecho por la de la *tenencia del hecho* (3). Si, como pretende la teoría de la voluntad, la posesión se protege únicamente a causa de la voluntad que se realiza; si la protección posesoria tiene por causa única que la voluntad del poseedor ha sido desconocida, ¿cómo la tenencia pasada del difunto, que en el momento de la aprehensión de las cosas hereditarias de parte de un tercero está ya inanimado, es decir, desprovisto de la voluntad, puede llegar a ser protegida? Que no se objete que no se trata ya de una protección *posesoria;* porque la noción de ésta no radica en la noción habitual de los interdictos (4), sino tan sólo en la circunstancia de que una *relación de hecho* es reconocida y protegida *sin prueba del derecho.*

Entre vivos, esa relación de hecho exige regularmente la *voluntad*, y se llama *posesión;* con la muerte desaparece la voluntad, y por consiguiente, la posibilidad de asentar la noción de posesión; pero la necesidad práctica de esta protección no des-

---

(1) He expresado incidentalmente esta opinión hace varios años en mi disertación inaugural de *hereditate possidente.* Berol., 1842, página 40.

(2) Ocurre lo mismo con el interdicto *quod legatorum*, que se dirige como el *utrubi* en su forma antigua, contra los terceros poseedores. L. 1, § 18, *quod legat.* (43, 3).

(3) No sólo de la *posesión jurídica*, sino también de la simple *tenencia.* L. 19, *pr. de her. pet.* (5, 3), lo que por lo demás es accesoriamente posible para el *int. unde vi.* L. 1, § 33, *de vi* (43, 16).

(4) Savigny, l. c., pág. 385: «que el magistrado haya acordado un *interdicto* en lugar de una acción, es para nosotros un hecho sin importancia, y aun para los mismos romanos era sólo una circunstancia fortuita que en nada afectaba a la naturaleza del derecho del demandante».

aparece por eso, y el motivo legislativo de la protección posesoria, la facilidad de la prueba que debe proporcionarse al propietario, subsiste siempre en toda su plenitud (1). A la posesión corresponde aquí el estado de las cosas constituídas pasivamente en la masa (2). Espero no exponerme a una mala inteligencia diciendo: la *posesión* falta ahí, es verdad, pero no la *idea* de la posesión. Lo que da a la posesión su importancia práctica, no es este efecto subjetivo psicológico, según el cual el poseedor se *siente* y se *sabe* poseedor—y de ahí, por otra parte, según más adelante demostraremos, el signo distintivo normal de la posesión—sino su importancia para la propiedad: la usucapión y la protección posesoria. Ahora bien: *esos dos efectos se transportan a la petición de herencia*. La usucapión continúa, y la petición de herencia garantiza la protección posesoria, sin que la posesión exista.

Si el colono es expulsado en vida del arrendador, éste tiene contra él interdicto *unde vi*: si la expulsión se verifica después de su muerte, su heredero tiene la petición de herencia. Para ambas acciones basta la prueba de la posesión.

La muerte pierde, de esta manera, la perniciosa influencia que debería tener, según la teoría de la posesión, sobre el derecho de propiedad, tomada la palabra en su más lato sentido; la laguna que la pérdida de la posesión engendra al heredero, se salva, y el *motivo* legislativo de la posesión se repite, por decirlo así, fuera de la verdadera esfera de la posesión. Y así se confirma precisamente lo que es el primer fundamento, la verdadera *vis agens* de la posesión, es decir, no la voluntad, sino

---

(1) L. Cod. Theod. Quor. bon. (4, 21). *Quid jam planius, quam ut hoeredibus tranderetur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen?... Omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secundum proprietatis non exclusa.*

(2) L. 40, § 1, *De poss.* (41, 2)... *Si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper* IN HEREDITATE COLONI MANSERIT. Con respecto a la usucapión (la POSSESSIO *qualis qualis* de la L. 88, *De acq. her.* 29, 2). V. L. 6, § 2, pro. enit (41, 4)... *Si nemo eum possedisset.*

la necesidad indispensable de la posesión para la propiedad (1).

La herencia no es, por lo demás, la única relación donde el fin práctico de la posesión echa por tierra la fórmula teórica que hace de ella una relación de voluntad. Las personas que no tienen voluntad, como los mentecatos, los niños y las personas jurídicas (2), no pueden (3), según ese motivo, tener una verdadera posesión. Pero negarles la posesión sería comprometer, de la manera más sensible, su posición de propiedad (4), y esta última consideración es tan decisiva, que la necesidad práctica

---

(1) En último término, se protege, protegiendo la posesión, a la persona, que es a quien se mira y cuyas condiciones de existencia racional *exigen* tal protección. – (N. DEL T.)

(2) Habría mucho que decir, en el terreno de los principios (que es el mismo en que en otras ocasiones se coloca Ihering al tratar de las personas jurídicas), respecto de si las personas jurídicas tienen o no voluntad; Ihering, en este punto, toma las personas jurídicas en el sentido de personas *ficticias* (concepto romano), considerando que no hay más personas reales que el individuo; pero, ¿puede en virtud de las corrientes reinantes en la Filosofía del Derecho y merced al influjo de la Sociología, negarse la realidad objetiva, el carácter de ser y la cualidad de sustantividad, a las personas sociales? Y si tienen esa sustantividad, si las sociedades son verdaderas organizaciones racionales, ¿cómo decir que son personas sin voluntad? Más bien parece que las teorías modernas se inclinan a lo contrario, viendo en la persona social algo que, produciéndose bajo el estímulo de la necesidad, alcanza una existencia *per se*, y es sér racional con todas las facultades y condiciones del mismo. Por caminos diferentes, y dando a las personas colectivas y a la sociedad misma la consideración de seres, van Spencer, Shäffler, Fouillée, Espinas y tantos otros, cuyas ideas puede el lector español ver admirablemente expuestas por el señor Giner de los Ríos, en su estudio sobre *Las personas sociales, según los juristas y sociólogos modernos*, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1891-92.—(N. DEL T.)

(3) V. para estas últimas la L. 1, §22, *De poss.* (41, 2), *municipes per se nihil possidere possunt, quia une consentire non possunt.* es decir, porque la voluntad de poseer les falta.

(4) Esta apreciación está expresamente enunciada para los insensatos en la L. 44, § 56 *De concep.* (41, 3). *Eum, qui posteaquam usucapere caepit in furorem incidit,* UTILITATE SUADENT, *relictum est,* NE LANGUOR ANIMI DAMNUM ETIAN IN BONIS *afferut, ex omni causa impliri usucapionem.*

vence las apariciones jurídicas: la exterioridad de la propiedad (ejercida por medio de representantes), se conceptúa respecto de esas personas como *posesión*, así gozan de prescripción y tienen los *interdictos* (1). Si el derecho romano no hubiese acudido en socorro del heredero por la petición de herencia y por el principio según el que la usucapión se continúa aún mientras la herencia está vacante (2), los jurisconsultos romanos difícilmente hubieran titubeado en admitir, *utilitatis causa*, una posesión sin voluntad de poseer para la *hereditas jacens*, así como para esas personas. ¡La usucapión continuada mientras la herencia está vacante, un efecto de la posesión! La concesión de los interdictos posesorios, en ese caso, no sería una enormidad más grande que esa usucapión sin posesión.

La *her. pet.* les evitaba tales vacilaciones. Es sabido que esta acción no se dirige contra cualquier persona que posea las cosas hereditarias, sino contra aquella que las posee *pro herede vel prepossessore*. ¿Por qué motivo? Por el mismo motivo que hace que los interdictos posesorios no sean concedidos contra tercer poseedor, sino sólo contra aquel que inmediatamente substrae la posesión, o bien contra aquel que nos la disputa; o en otros términos, es *en la persona del adversario* donde obra el motivo de la facilitación de la prueba que esos dos remedios conceden igualmente al demandante, y en el sentido de que no tenga que producir la prueba de su propiedad, puesto que le basta probar el estado de hecho, la exterioridad de la propiedad. En la *lesión* de la posesión ese motivo obra sobre la injusticia cometida por

(1) *Sed hoc juri utimur*, dice Ulpiano en la L. 1, ibid, *ut et possidere et usucapere municipes possunt*.

(2) Este mismo principio está en nuestro Código civil consagrado en el art. 440, el cual dice: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento», y luego en 1934, el cual dispone que «la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia, antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.—(N. DEL T.)

el defensor, *vi aut clam*; a este elemento corresponde en la *her. pet.* el *titulus pro possessione* (1); en una *controversia de possessione* el motivo radica en que sólo la posesión y no la propiedad es el objeto del debate. A ese caso del *uti possidetis* corresponde la *her. pet.* contra el *pro herede possidens*. Sería absurdo imponer al demandante, frente a ese defensor, la prueba de la propiedad del *de cujus*, porque no se trata entre ellos de saber quién es propietario, sino de quién puede pretender la posesión como heredero. Contra aquel que, por el contrario, no posee, ni *pro herede* ni *pro possessore*, la *her. pet.* está tan fuera de lugar, como los interdictos posesorios contra terceros que poseen nuestras cosas. Es preciso usar contra ellos, o la *reivind.* o la *Publiciana*.

La *her pet.* llena, pues, también de hecho la función de los remedios posesorios. No pretendo que tenga exclusivamente este fin; me basta que lo alcance. Ya hemos notado que va más allá aún en eso que las condiciones de la posesión *jurídica*. La tenencia de hecho, que en los interdictos posesorios se restringe en la noción de la posesión jurídica, obtiene en la *her. pet.* la misma extensión que en las acciones penales que tienden a la restitución de las cosas arrebatadas (2); se extiende a todas las cosas comprendidas en la masa, por consiguiente a aquellas que el de *cujus* no hacía más que detener, y respecto de las cuales tiene algún interés el heredero (3). Otro desarrollo de los interdictos posesorios de la época clásica, se encuentra en la extensión del *titulus pro possessore* (4); yo probaré con oca-

---

(1) La L. 37, § 1, *de usucap.* aplica hasta el mismo *pro possessore possidens* la noción de la *vis*, en la que la posibilidad de la posesión de un fundo hereditario *sine vi*, es limitada al caso *si dominus* SINE SUCCESORE *decesserit*.

(2) *Non utique spectamus rem* IN BONIS *actoris esse... si tamen* EX BONIS *sit..., si est bonis hoc est* EX SUBSTANTIA MEA *res ablata esse proponatur*. L. 2, § 22, *vibam* (47, 8).

(3) L. 19, *p. de her. pet.* (5, 3)... *quorum tamen periculum ad heredem pertinet*.

(4) L. 13, § 1. L. 16, § 4, etc., *de her pet.* (5, 3), L. 14, § 2, *quod med.* (4. 2). Este último texto concede al heredero la *her. pet.* aun contra el que violentamente substrae la posesión al *de cujus*.

sión del *unde vi* (VIII) que la época imperial posterior ha dado la misma extensión a la protección recuperatoria de la posesión.

Y esto basta para sostener mi opinión sobre la importancia de las acciones posesorias. Cuando yo digo *mi* opinión, no sé si se querrá reconocerme tal derecho. En efecto, Savigny y los que le han seguido, han perdido de vista el lazo de los remedios posesorios con la propiedad; no han faltado, sin embargo, antes y hoy, autores que lo han reconocido y puesto en claro. Ante expresiones inequívocas de nuestras fuentes, la relación del interdicto *retinendae poss.* con el debate sobre la propiedad no fué, que yo sepa, puesta en duda antes de Savigny (1); la práctica, por su parte, daba todavía un paso más que nuestras fuentes. Guiados por la idea de que el posesorio y el petitorio no son en el fondo más que fases de un solo y mismo debate sobre la propiedad (2), y mostrándose por consecuencia positivamente contrarias al posesorio en el caso en que se presenta aislado (3), muchos antiguos prácticos enseñan que el juez debía, cuando la propiedad es clara desde el primer momento, decidir en

---

(1) Comp. por ejemplo, los antiguos exégetas sobre el § 4, 1, *de interd.* (4, 15).

(2) De ahí la regla: *Finis possessorii est principium petitorii.* V., por ejemplo, Gaill. *Obs. praet.*, I, 7, § 3; este autor invoca a su vez los autores anteriores.

(3) Schiller, *Praxis jur. Rom.* Sentando la posibilidad de emancipar el posesorio del petitorio, introducido por medio del *interd. et. poss.*, como una innovación no prescrita por el Pretor mismo, pero intervenida más tarde, y como una alteración positiva del antiguo derecho que consideraba el procedimiento por *vindiciae* como una parte integrante de la reivindicación (Exerc., 16, § 10), advierte al juez que no debe acoger con facilidad los remedios posesorios y le invita a terminar el debate de un golpe *et quod possessionem et proprietatem eodem judicio compendiosa terminari.* Invoca además un autor *qui pie monuit, remedia possessoria in constientia valde esse periculosa; nam nullo modo posse quem sine periculo animae possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus, nisi etiam in judicii proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas damna et interesse parti victae teneri.* (Exerc., 13, § 12).

interés de la abreviación del proceso por el petitorio y no por el posesorio (1).

Esta opinión, que ha encontrado aún en este siglo algunos defensores (2), ha debido sucumbir por completo ante la influencia decisiva que el escrito de Savigny sobre la posesión ha ejercido en la teoría y en la práctica. Por otra parte, no se puede poner en duda, en presencia de las explicaciones de autores recientes (3), que Savigny por un lado se ha dejado ir demasiado lejos en el sentido opuesto, cuando ha sacrificado por amor propio, al carácter penal de los interdictos, el punto de partida de los textos en lo que concierne a los interdictos *retinendae possessionis*, esforzándose por someter al mismo punto de vista hasta la misma función de la *reivindicatio*. El interdicto *uti pos.* es a mi ver la piedra de toque de toda la teoría posesoria. Desde el momento en que un autor se ve obligado á añadir artificialmente la condición de la violencia que las fuentes no exigen en parte alguna, ha demostrado, en mi sentir, que su teoría no es conforme al Derecho romano. Semejante doctrina no se acomoda tampoco a las necesidades de la practica, porque es preciso que a todo trance quede en ésta abierto un camino para la *controversia possessionis*, y es preciso que sea posible someter a una decisión judicial la relación posesoria

---

(1) Por ejemplo, Peres, *Proel. ad Cod.*, lib. 8, tít. 6, § 20. Lauterbach, *Coll. theor. pr.*, 43, 17, § 13 y los autores que él cita. Mevio Decis, parte VII, 248; *Notorium dominium facit cessare interdictum uti possidetis et defensionem possessionis*. Leyser, *ad Pand.* sp. 468, med. 31, se refiere a una decisión de la Facultad de derecho de Helmstad: designa la opinión contraria como un *vetus ac pervulgatus, error, sed etiam rationi juris et aequitate adversatur*. Pufendorff, *Obs*, II, s. 113, se refiere a una sentencia del tribunal de apelación de Cette y expresa la opinión: *Cum judicia possessoria* PRÆPARANDI IMPRIMIS PETITORII *gratia inventa sint, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus.*

(2) V. Schmid. *Handb. des gemeinen Civilprocesses (Manual de procedimiento civil común)*, III, p. 24. Thibaut, *Pand.*, § 219 y los autores que cita; y Stahl, *Filosofía del derecho*, II, sec. 1, p. 302 (2.ª edic.).

(3) V. Vangerow, *Pand.*, § 336, nota, y Herm Witt. *El int. uti poss.*, página 28.

disputada por las partes sin haber sido perturbada de hecho por ninguna de ellas, en suma, es necesario una acción posesoria prejudicial. No hace falta detenerse mucho para investigar los casos en que la necesidad de esta acción es irrecusable; se ofrecen a granel (1), y si algunos de entre ellos permiten en rigor suponer que ha habido retención de hecho de la posesión, la mayoría resisten a semejante artificio. Que se tome por ejemplo, el caso de la L. 38, § 1, de *poss.* (41-2). La posesión ha sido entregada bajo una condición: el *tradens* sostiene que la condición no se ha cumplido, el *accipiens* sostiene lo contrario, y para saber a qué atenerse quiere intentar el *interd. uti possidetis*. Quisiera yo saber cómo podría negársele o concedérsele fundándose sobre las fuentes, porque se encuentra aquí incontestablemente la condición de la L. 1, § 3, *uti. poss.* (33-17): *Si inter ipsos* CONTENDATUR, *uter posideat, quia alteratur si majis possideri affirmat.* ¿Dónde está la violencia o la perturbación de hecho por parte del adversario? O bien: dos personas se disputan la posesión de una cosa detenida por un tercero. Este último (supongamos, por ejemplo, que es el heredero del tenedor originario, que sólo sabe que su autor ejercía la posesión en nombre de una de las dos partes, pero ignora cuál); este último, repito, está dispuesto a entregarla a aquel de las dos que establezca su posesión. No se puede pretender en absoluto obligarle a sostener un proceso contra esas dos personas, corriendo el riesgo de sucumbir frente a una de ellas y de tener que pagar los gastos del proceso. Entonces no queda otro camino que dejar a las dos partes terminar el

(1) Aun en las fuentes, v., por ejemplo, la combinación de los textos en Wiederhold, *El interd. uti poss.*, p. 18; otras muchas citas podrían hacerse, por ejemplo, L. 33-34, p. *de poss.* (41-2), L. 2, *Cod. ibid.* (7-32). Verb. *Se scisnte* L. 21 *de usuc* (41-3), V. un ejemplo práctico reciente en Seuffert, *Archivos*, XVII, número 45; varios miembros de una comuna que piden y obtienen la protección posesoria contra una resolución tomada por la autoridad curadora de la misma (Tribunal superior de apelación de Munich). V. también (*Archivos*, VIII, número 221) un ejemplo análogo en el cual la protección posesoria se niega, bien que injustamente, en mi opinión. (Tribunal superior de Stuttgard).

debate entre sí; ahora bien: ¿qué otra forma hay para eso más que el interdicto *uti possidetis* o *utrubi*? ¿Dónde está aquí la perturbación de hecho de la posesión, si ninguna de las partes litigantes inquieta al tenedor? ¿Es que acaso hay perturbación de hecho desde el momento en que se presente respecto de la posesión una pretensión que impida al adversario realizar la suya? ¡Si eso es cierto, la condición de perturbación se reduce, en último análisis, a muy poca cosa: *a simples palabras!* Pero entonces que se rinda homenaje a la verdad, y que se diga: la condición del interdicto *uti possidetis* no es la perturbación o la violación de la posesión; es la pretensión de poseer formulada por el adversario, y esta pretensión puede ser probada hasta por palabra sólo. De ordinario se repugna llegar a este extremo de reconocer la posibilidad de una perturbación posesoria por medio de simples palabras; pero en la literatura anterior a Savigny, que no estaba todavía influída por el punto de vista del delito, se encuentra siempre anunciada la condición de la perturbación, hasta por parte de autores que admiten, además, lo que yo llamaría, para abreviar, la función perjudicial de esos interdictos (1). Sólo algunos han tenido el valor de decidirse abiertamente sólo por las palabras (2). Nuestra práctica moderna no debería vacilar en adherirse a esta opinión (3).

La posibilidad de esta función puramente prejudicial de los interdictos posesorios, es la conclusión inevitable de las ideas que hemos desenvuelto hasta aquí.

Si la protección de la posesión tiende a facilitar, a completar y a perfeccionar la protección de la propiedad, debe admitírsela para ser consecuente, no sólo allí donde la posesión ha sido vio-

(1) Por ejemplo, en Voet y Westphal, citados por Widerhold, l. c., página 28.

(2) V. Lauterbach, *Coll. tehor. pract.* 43-17, § 8, y los autores que él cita: *Putant quidem non, nulli, quod necessario ad turbationem facta requirantur: verum quod etiam verba sufficient, probat.* L. 3, § 2, *uti poss. (i) quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo.*

(3) El Tribunal superior de Oldemburgo lo ha hecho: V. Seuffert, *Archivos*, VII, número 41; lo mismo el Tribunal de apelación superior de Munich, ib., XVII. 45.

lada, sino también allí donde es controvertida entre partes, al igual que se hacía en el derecho antiguo con respecto a la propiedad, mientras la *reivindicatio* era un *judicium duplex*. Para motivar su *reivindicatio*, el demandante no debía en ese tiempo suponer que su propiedad había sido *lesionada* por la detención de la cosa de parte del defensor, sino que le bastaba decir que se hallaban en desacuerdo sobre la propiedad y que pedían al Juez zanjar sus diferencias. Esto no siguió en vigor para la reivindicación, en el derecho nuevo, luego que llegó a ser un *judicium simplex*, y que supuso la posesión en la persona del defensor; pero se aplicó siempre a los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, que han conservado sin modificación, su carácter de *judicia duplicia*. Nuestros Jueces no pueden, pues, rechazar una demanda formulada en ese sentido, como el Pretor no podía en su tiempo rechazar la demanda correspondiente con respecto a la cuestión de propiedad. En esta demanda la cuestión de posesión aparecía pura y sin mezcla, libre de todo elemento de violencia: la posesión tal como yo la presento, como una posición que tiene su interés patrimonial, la cual no basta defender cuando es lesionada, sino que conviene también asegurar cuando se le disputa; en una palabra, como una relación del derecho sobre una cosa. Apenas si hace falta decir de qué suerte esta idea es potentemente sostenida y confirmada, por la circunstancia de que los jurisconsultos romanos reconocían que la posesión puede ser el objeto de las *condiciones* y de la *restitución in integrum* (1).

(1) L. 2. *de cond. trit.* (13-3). *Sed et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici... Sea ita, si dominus sit, qui dejectus condicat, ceterum si non sit,* POSSESSIONEM *condicere celsus act.* L. 25, § 1, *de furt.* (47-2). L. 15. § 1, de cond. ind. (12, 6). *Quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem condicerem.* L. 9, § 2, L. 21, § 2, *quod. met,* (4, 2). *Qui possessionem nonsui fundi tradidit, non quanti fundus, sed* QUANTE POSSESSIO *est, ejus quadruplum... consequetur.* No se puede expresar con más claridad que en este último pasaje el valor patrimonial independiente de la posesión, sobre la *restitutio in integrum.* V. L. 23, § 3, *ex quib. e. maj.* (4-6).—A. Bruns corresponde el mérito de haber llamado la atención sobre ese punto, durante mucho tiempo olvidado. (L. c., p. 27).

2. Los interdictos «recuperandæ possessionis»

Es casi innecesario recordar que los interdictos recuperatorios no deben ser objeto de nuestro examen más que en tanto que así lo exija el fin de esta disertación, es decir, únicamente mirando a la cuestión de saber si están también en armonía con la idea fundamental de la posesión tal como la presentamos.

Según la teoría reinante, el derecho romano limita a tres casos la protección recuperatoria de la posesión: a la posesión *substraída, vi* o *clam*, o *acordada precario*; para el primero y tercer caso, además de los *interd. retin. poss.*, que eran también aplicables, aunque con una restricción en cuanto al tiempo *(annus utilis y major pars anni)*, había interdictos especiales exentos de esta restricción, a saber: el interdicto *unde vi*, y de *precario*, en tanto que la existencia de un interdicto especial, *de clandestina possessione*, es problemático para el derecho anterior (1).

---

(1) Toda la *organisación legal* de los interdictos ha sufrido una profunda transformación de nuestro derecho actual. Se simplificó de un modo grande, no sólo la nomenclatura, sino las diferencias y trámites procesales, sobre todo en la vigente ley de Enjuiciamiento civil. Todos los interdictos que protegen la posesión en sí y a que alude como defensa de la misma el Código civil, se reducen a *dos* principales: de *adquirir* (respecto de las cuales discute Ihering en el VII), y de *retener* y *recobrar* (fuera por ahora los de *obra nueva* y *obra ruinosa)*. Claro es que esta simplificación entraña luego la complicación natural de las cuestiones prácticas que pueden motivar los interdictos en virtud de las diferentes causas por las que en la vida se disputa la posesión. El texto mismo de la ley,

Una de las proposiciones más fuertemente sentadas de la teoría posesoria, es la de que el interdicto *de precario* es un interdicto *recuperandae possessionis;* yo mismo he participado de esta opinión en la primera edición de esta obra. Desde entonces he llegado a formar sobre ese punto una convicción contraria. A partir de la primera edición he demostrado, y más arriba he sostenido, que no se puede encontrar en el interdicto *de precario* la lesión penable de la posesión de otro, sobre la que Savigny ha edificado toda su teoría de la protección posesoria. Pero los puntos siguientes habían pasado para mí inadvertidos en esa época.

1. En nuestras fuentes el *int. de precario* no se le designa jamás como *int. recup. poss.*

Ningún jurisconsulto romano ha dado ese nombre al *int. de precario*, ninguno se ha servido de la palabra *recuperar* a propósito de este interdicto (1); ni en las Instituas (§ 6, I *de int.* 4, 15),

---

deja ver esta complejidad real de las cuestiones que la posesión suscita. He aquí cómo define el interdicto de *retener* y *recobrar* el art 1651: «El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se *halla en posesión* o *en la tenencia* de la cosa, *haya sido* perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o despojarle, o cuando *haya sido despojado* de dicha posesión o tenencia». El art. 1652 dice que «por el demandante se ofrecerá información para acreditar: 1.°, hallarse el reclamante o su causante en la posesión o en la tenencia de la cosa; 2.°, que ha sido inquietado o perturbado en ella, o tiene fundados motivos para creer que lo será; o que ha sido despojado de dicha posesión o tenencia, expresando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación o el conato de perpetrarla o el despojo, y manifestando si lo ejecutó la persona contra quien se dirige la acción, u otra por orden de ésta».

El carácter principal del interdicto aquí, lo fija la ley en el art. 1652, al decir que «la sentencia contendrá (siempre) la fórmula de *sin perjuicio de tercero,* y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.—(N. DEL T.)

(1) Si la expresión *restituir* que se encuentra pudiese bastar, habría muchos interdictos más que debieran recibir el mismo nombre.

ni en las Pandectas (L. 2, § 3, *de int.*, 43, 1), ni en Gayo, (IV, 154), ni en Teófilo (IV, 15, § 6), se le encuentra junto al interdicto *unde vi*, como segundo *int. recep. poss.* en el edicto del Pretor, como en las Pandectas, se halla separado por una porción de interdictos, del interdicto *unde vi*, al cual debiera seguir como segundo interdicto recuperatorio (1).

¿Es todo ello en virtud de un azar? El segundo punto va a responder a la cuestión.

2. El *int. de precario* no tiene en los puntos más esenciales el carácter de los remedios posesorios.

a) No supone de un modo necesario la posesión en manos del cedente. L. 18. *Unusquisqui potest rem suam, quamvis* NON POSSIDEAT, *precario dare si, qui possideat.*

El heredero ruega al legatario que pide la entrega de la cosa legada que se le deje algún tiempo todavía; el tercer poseedor de mi cosa, a quien yo he dado la prueba de mi derecho de propiedad, lo reconoce, y obtiene de mí una prórroga de la entrega. Apoyándome en ese texto, puedo, por medio del *int. de precario*, obtener la entrega forzosa; y sin embargo, ¡yo no he tenido jamás la posesión de la cosa! ¿Se dirá que yo he obtenido la posesión mediante el *constitum possessorium?* Pero el *const. poss.* supone la *ditentio* en el representante. El *precario* puede también, es verdad, tener por fin una simple *ditentio (ut in possessionem esset)*; pero si eso no ha sido expresamente convenido, el tenedor en precario tiene la posesión jurídica, y desde este momento el cedente no puede tener la posesión al mismo tiempo que él. Si se admite en este caso que la posesión pasa al propietario por la cesión del precario, entonces la conservará siempre, mientras no sobrevenga una nueva *causa* que la haga volver al tenedor, o en otros términos, en ese caso la posesión, o bien pasa por el precario al cedente, y entonces la conserva siempre

(1) El *int. unde vi* es tratado en el tít. 16 del lib. 43 de las Pandectas, el *de precario* en el 26.

y el tenedor no tiene ninguna posesión, o bien el tenedor en precario guarda la posesión con mutación de causa, y entonces el cedente no puede adquirirla, ni aún momentáneamente. En suma, el interdicto *de precario* no es un interdicto recuperatorio, porque si bien es cierto que por lo común la posesión pasa del *cedente* al tenedor, no es ésta una condición del precario.

b) Se puede oponer al *int. de precario* la excepción de la propiedad.

L. 4, § 3, *ibid. Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non* HABEO *precario, idcirco quia receptum est rei suae precarium non esse.*

La fórmula del interdicto es *habere precario.*

L. 2, *pr.*, *ibid. Quod ab illo precario* HABES.

Si el defensor llegaba a combatir este *habere precario, por la prueba de su propiedad*, el demandante debía ser rechazado. Es verdad que la jurisprudencia romana, más reciente (1), acogió la proposición que el propietario mismo puede tomar su propia cosa en precario del poseedor actual (*precarium* POSSESSIONIS por oposición a *precarium* PROPRIETATIS. L. 4, § 3, cit.); pero abstracción hecha de ese caso (cuando se ha estipulado un simple precario, o como dicen las fuentes, cuando el precario está basado sobre la propiedad), si el tenedor en precario ha descubierto en el intervalo que él mismo es el propietario, tiene contra el interdicto la excepción de la propiedad.

¡Cómo conciliar esta excepción con la naturaleza de un interdicto posesorio! Porque la esencia de *todos* los interdictos posesorios es precisamente que la cuestión de derecho se excluya de él en principio...

---

(1) El origen reciente de esta proposición resalta de la manera como Ulpiano la motiva en la L. 6, § 4, *mihi verius videtur... et est hoc sententia etiam utilissima.*

c) Aquel que se hace prometer la restitución del precario (por estipulación) pierde el interdicto *de precario*.
L. 15, § 3, ibid. *Cum quis de re sibi restituenaa cautum habet, precarium et interdictum non competit;*

mientras que un remedio posesorio, y una acción personal de restitución pueden muy bien existir juntas. El arrendador expulsado por su arrendatario, puede, si quiere, obligarle a la devolución del fundo por medio del *actio locati;* pero ningún jurisconsulto romano ha visto en eso un motivo para concederle también el int. *unde vi* (1).

¿Qué queda aún del carácter posesorio en el interdicto *de precario*, si no se le encuentra en ninguno de los puntos esenciales? Nada, a no ser la circunstancia de que tiende a la restitución de la posesión. Pero si esta circunstancia bastase, la reivindicación y la *actio emti* deberían ser también acciones posesorias. Resulta, pues, de esto, que Savigny (antes nadie, que yo sepa, lo ha hecho) ha colocado el interdicto *de precario* entre los interdictos *recup. poss.*, con tan poco fundamento como ha colocado entre los *adip. poss.* aquellos de que hemos hablado más arriba (2).

Eliminado así el int. *de precario,* podemos en adelante limitarnos a los dos casos que restan: a la sustracción violenta y clandestina de la posesión. Es sabido que el último caso no tiene en el derecho nuevo una importancia tan grande. La posesión de las cosas inmuebles en el derecho moderno (3) no se

(1) L. 12, *de vi* (43, 16). Yo declaro que no puedo comprender por qué la circunstancia de que el precario «no es, en modo alguno, considerado en derecho como una convención», deberá tener por consecuencia que «el int. desaparezca desde el momento en que otra acción se encuentra abierta». (Sad., p. 460.) Lo mismo debería ocurrir con el int. *unde vi.*

(2) No hemos de investigar aquí cómo debe realmente concebirse el int. *de precario.*

(3) Es la doctrina de nuestro Código. Según el art. 444, «los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia, no afectan a la posesión».—(N. DEL T.)

pierde clandestinamente, es decir, sin saberlo el poseedor. Esta pérdida no tiene lugar sino cuando éste adquiere conocimiento de la ocupación por otro. Si entonces el ocupante no cede voluntariamente, se puede intentar contra él, como luego demostraremos, el int. *unde vi;* en otros términos, el derecho moderno ve en esta aprehensión arbitraria de la posesión, cuando no ha quedado reducido a simple tentativa, una *dejectio violenta.* La posesión de las cosas muebles se pierde clandestinamente, pero, por lo general, tal aprehensión cae bajo la noción del *furtum* o de la defensa privada, y los remedios jurídicos que de ella nacen bastarán. Por otra parte, no se puede invocar, en la duda, la posibilidad de obtener la restitución de esas cosas por medio del int. *utrubi.* Por lo demás, sea como sea, en la crítica del sistema romano sobre los medios recuperatorios de protección (int. *unde vi* y *rec. poss.* en su función recuperatoria) deberemos tomar por base los dos modos de pérdida: *vi* y *clam.*

El punto de vista desde el cual considero ese sistema de protección, prosiguiendo el desenvolvimiento de la idea fundamental de esta disertación, difiere del de la doctrina dominante. En efecto, en tanto que en esta última se está al hecho de que el sistema se limita a los dos casos, *vi* y *clam*, como a un punto colocado desde luego al abrigo de toda controversia, yo prefiero preguntarme: ¿de dónde proviene esta limitación; cómo puede justificarse que responde a las necesidades de la vida? Es en verdad muy fácil no preocuparse con nada de eso, pero en mi sentir, es eso una consecuencia del error en que vive la doctrina dominante sobre el alcance e importancia de la protección posesoria.

Si la protección posesoria, como creo haber suficientemente demostrado antes, encuentra su motivo legislativo, no en el delito del *dejiciens*, sino en el interés del poseedor, será lógico admitir que se extiende tan allá como este mismo interés. Ahora bien: este último no se limita de ninguna manera a la necesidad de ser garantido contra la sustracción *clandestina* o *violenta* de la posesión, sino que reclama protección contra *toda especie* de sustracción, sin distinguir si implica o no delito. No puede haber

cuestión respecto del delito, cuando uno posee *bona fide* como propia una cosa de otro, que está confundida con las suyas: cuando el comprador de un fundo rural por error cultiva como suya una parcela perteneciente a las posesiones de su vecino, o cuando compra un pedazo de terreno a aquel que supone propietario, pero que no es en realidad más que el colono de otro. En todos estos casos, si la protección recuperatoria de la posesión está ligada a la suposición de la sustracción, *vi aut clam*, el poseedor precedente deberá acudir al petitorio, lo que en muchos casos equivaldría a la pérdida de la cosa, teniendo en cuenta la dificultad de probar la propiedad. Por mi parte no veo ahí más que un rigor injustificable, y por esto me pregunto si este rigor no se escapó al derecho romano, y cuál puede en tal supuesto ser el motivo. No olvidemos, en cuanto al primer miembro de la cuestión, que hasta Justiniano esta laguna no existía para las cosas *muebles*. El *int. utrubi*, por medio del cual las cosas muebles podían ser reclamadas aun contra terceros, no suponía una aprehensión penable de la posesión, y al abolirlo alteró Justiniano esencialmente el antiguo Derecho; al menos así me parece a mí. A lo sumo hubiera podido negarlo contra el tercer poseedor, pero conservándolo contra aquel que es la causa inmediata de la pérdida de la posesión. Los interdictos recuperatorios, en cambio, quedaban, como es sabido, reducidos a los dos casos principales de la sustracción injusta de la posesión, *vi aut clam*. Esto puede explicarlo, pero no justificarlo. Nadie ignora que las nociones jurídicas tienen a menudo, en su primera aparición en la historia, un aspecto limitado, que en circunstancias dadas está lejos de corresponder a su verdadero destino y a su verdadero fin; aspecto de que no llegan a despojarse sino después de un amplio desenvolvimiento (1). Producto de necesidades y de experiencias, no de ideas jurídicas abstractas, esas nociones no traspasan generalmente los móviles prácticos a los cuales deben su existencia y se contentan con un estado de

(1) V. mi *Espíritu del Derecho romano*, II, Lect. 2, pág. 360 (2.ª edición, pág. 321).

hecho que reproduce en sustancia la relación bajo una forma accesible, tangible, pero la mayoría de las veces estrecha en demasía. Citaré, entre una porción de ejemplos, la noción del *damnum injuria datum*. Su forma abstracta, tal como la encontramos en la jurisprudencia posterior, era demasiado elevada para la *Lex Aquilia*, que la formulaba muy concretamente por: *quod usserit, fregerit, vuperit*. El Pretor procedía de la misma manera con respecto a los interdictos posesorios, cuando aplicaba concretamente a los dos casos principales, *vi aut clam*, la noción de la sustracción injusta de la posesión. Esta fórmula podía bastar para la mayor parte de las cosas, porque los jurisconsultos procuraban, mediante una inteligente interpretación, darle la extensión necesaria (1). Pero encontraban, sin embargo, un límite, pues no podían comprender bajo la noción de la *vis* los tres casos antes citados sin transformarla por entero.

Mas lo que no podían los jurisconsultos lo podía la legislación, y, en mi concepto, la legislación posterior ha colmado, en efecto, este vacío. Tal opinión, antes muy extendida, contradicha sólo de una manera esporádica y que podía invocar hasta la autoridad de un Cujas (2), ha debido en el presente siglo retirarse más y más ante la contradicción de que fué objeto por parte de Savigny. Pero esta contradicción no ha logrado en manera alguna convencerme, antes por el contrario, apenas si puede comprender cómo hay quien la sostenga, cuando se examinan sin prevenciones los pasajes que al asunto se refieren en los Códigos de Teodosio y de Justiniano. Es verdad que si se admite con Savigny, como base de toda la teoría posesoria, la opinión preconcebida de que los interdictos posesorios deben ser acciones *delicti*, y que todo el interés jurídico de la posesión consiste en que pueda ser objeto de delito, entonces es natural que

(1) Especialmente por la interpretación de la noción de la *vis*, que no limitaban, como Savigny (pág. 429), a «la violencia que afecta directamente a la persona». V., por ejemplo, L. 1, § 24, 29. L. 3, § 7, 8. L. 18, *de vi* (43, 16), etc.

(2) V. Savigny, pág. 466.

para salvar el principio erróneo se intente lo posible y hasta lo imposible.

Cujas, que el mismo Savigny cita como el defensor principal de esta opinión, ha reunido de una manera breve y sucinta los motivos que se puedan pedir a las fuentes (1), salvo uno o dos pasajes de que ha prescindido, y los cuales es menos necesario recordar para salvar la omisión, que para defenderlos contra las objeciones de Savigny.

Savigny concede una gran importancia a la circunstancia de que Justiniano no tiene en cuenta, ni en las Institutas, en las que aún consagra al int. *unde vi* unas seis líneas (§ 6, I, *de int.*, 4. 15), ni en las Pandectas, la supuesta extensión de la protección posesoria en el derecho nuevo; ¡pero cuántas cosas nuevas hay en el Código, de las que no se hace mención alguna en esas Recopilaciones! Por otra parte, no se trataba en la innovación de que hablamos de abolir el int. *unde vi* como podría creerse al oir a Savigny, si no de extenderle a casos especialmente determinados. Notemos además que Justiniano no hace mención alguna en las Institutas de la innovación radical que, según la opinión de Savigny (v. más adelante), debió introducir en la L. 11, Cód. *unde vi* (8, 11), y por la cual habría abolido un principio fundamental de la teoría posesoria antigua; la condición de existencia actual de la posesión requerida por el int. *unde vi*. Justiniano no hace mención alguna de ella en las Institutas, y ni siquiera ha procurado concordar con tal innovación las expresiones empleadas por los jurisconsultos de las Pandectas.

Los textos que conciernen a la innovación de que se trata pertenecen todos, con excepción de uno solo, al título del Código *de adquirenda vel amittenda possessione*, y a los títulos *unde vi* de los *Códigos de Teodosio* (IV, 22) y de Justiniano (VIII, 4). Cuando esos textos ordenan la restitución de la posesión en ciertos casos de pérdida no violenta, no se puede considerar como el remedio aplicable, en el sentido de los redactores de las Colecciones, la *reivindicatio*, como quiere hacer creer Savig-

(1) § ult. I. *de interd.* (4, 15).

ny (v. más adelante) a propósito de la L. 4, *Cod. h. t.*, que tanto le estorba, sino sólo un remedio posesorio, es decir, un remedio que suponga no más que la prueba de la posesión y la sustracción alegada, bien en el mismo int. *unde vi*, bien en cualquier otro análogo: la distinción es una mera cuestión de forma de poca importancia. Conocida es la influencia que ha ejercido la desaparición del *ordo judiciorum privatorum* sobre la noción de los interdictos (1). La debilitación y obliteración de la antigua noción de los interdictos, que ya se puede notar en los términos empleados por las Constituciones de fines del siglo tercero y de principios del cuarto (2), facilitaban la extensión de la esfera de aplicación del int. *unde vi*, de la misma manera que la aparición de las acciones *in factum* facilitaba la de la *actio legis Aquiliae*. Hasta un nuevo nombre surge, el de *interdictum momentariae possessionis* (L. 8, Cód., *unde vi*, L. 8, Cód. Teod., *de jurisd.* 2, 1), de *actio momenti* (L. 6, Cod. Teod. ibid.) o de *momentaneae possessionis actio* (L. 3, Cód. *qui legis, pers.* 3, 6); al expulsado en la *facultas ad repetendum* MOMENTUM (L. 4, Cód. Teod.) el Juez debe restituirle su *momntearia possessio* (L. 1, Cód. Teod.) (3). En una época en que la lengua está corrompida, como ocurre en los últimos años del Imperio, la apa-

(1) V., p. ej., la L. 3, Cód. *de int.* (8, 1): *Interdicta autem licet in extraordinariis proprie locum non habent* TAMEN AD *exemplum eorum res agitur.* L. 2, Cód. *unde vi* (8, 4), *restituendo esse interdicte* EXEMPLO. L. 4, ib. AD INSTAR *interdicte unde vi convenin potes.* L. 1, Cód., *si per vim* (8, 5) ACTIONEM *recuperandae possessionis.*

(2) V. una cualidad de otros pasajes que contienen expresiones análogas en J. Gothofredo, en el comentario al título citado del Cód Teod. 6, 1, pág. 449.

(3) Jac. Gothofredo, 1, c., no cita menos de doce. La cuestión de saber si es o no es preciso notar como tercera particularidad la rapidez del procedimiento, puesta de relieve en muchos textos (p. ej., Cód. Teod., L. 5, de *denunt;* L. 4: *jures suffragium, quod in celeri afirmationem consistit;* L. 4, *unde vi* 4, 22; *celeri redhibitionem;* L. 1, utribi, 4, 23; *celeri reformatione;* L. 3, *ad beg., Jul de vi*, 9, 10. *Amissae possessionis jura reparentur eademque protinus restituta.* Cód. Just., L. 6, *unde vi*, 8, 4, *illico reddatur;* L. 14, *de agric.* II, 47, etc.), depende de la conocida controversia sobre la naturaleza sumaria de los interdictos en el derecho clásico.

rición de expresiones nuevas no es, en verdad, un indicio cierto de la formación de nuevas nociones correspondientes; pero no puede aplicarse esto, sin embargo, al caso presente. En mi opinión, se puede demostrar hasta la evidencia que en esta *actio momentaneae possessionis* no es preciso ver el int. *unde vi*, en el sentido de los jurisconsultos romanos. Hay dos particularidades esenciales que caracterizan esta acción y la distinguen del interdicto *unde vi* del antiguo derecho (1); la *primera*, de que Savigny no hace mención en parte alguna de su libro, ha sido traducida por el edicto de Constantino (V. L. 1, Cód. Teod. h. t.; L. 1, Cód. Just. *si per vim* 8, 5), y resumida brevemente en el edicto de Teodosio y Honorio de la L. 3, Cód. *qui legit* (3, 6): *Momentaneae possessionis actio exerceri potest* PER QUAMCUNQUE PERSONAM. La segunda innovación es la extensión del concepto de la aprehensión injusta de la posesión más allá de la *vis*, extensión de que no nos ocupamos aquí. Está demostrada de la manera más incontestable por una multitud de testimonios. No sólo se reconoció al lado de la *vis* la posibilidad de otra perturbación de la posesión, (2) no sólo la importancia de esa distinción está claramente indicada para las materias criminales, (3) sino que también se encuentra la obligación de restituir la posesión obtenida injustamente reconocida en gran número de casos colocados bajo sus títulos respectivos, y que no pueden en

(1) Este pasaje forma la proposición final de la L. 1, Cód. Teod. *fin sig.* (20, 26).

(2) Epígrafe del libro 8, 5, Cód.: *Si* PER VIM VEL ALIO MODO *absentis perturbata sit possessio; L. un. Cód. ubi de poss.* (3, 6); *ubi* VIS *facta dicitur* AUT *momentaria possessio postulanda est.*

(3) L. 5, *Cod. h. t. Invasor locorum* POENE *teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invassisse comstiteri Nam si* PER ERRORE*M aut* INCURIAN DOMINI *loca hac aliis possessio sunt* SINE POENA *possessio restituit debet.*

L. 8, ibid. *Momentaneae possessionis interdictum, quod* NON SEMPER *ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur.*

De la palabra *non semper* de este último pasaje, resulta que el interdicto o la acción *momentariae possessiones* abraza también los casos del int. *unde vi.*

modo alguno ser considerados desde el punto de vista dé la violencia.

Antes de relacionar esos casos, debo rebatir las objeciones con las cuales Savigny ha intentado debilitar la fuerza probatoria de los cuatro textos que preceden. Por de pronto, cree poder eliminar el primero de la manera siguiente: La L. 2 del título, la única a la cual pueden relacionarse las palabras *vel alieno modo*, dispone que en el caso de una contienda judicial, cuando una de las partes está ausente, el estado de la posesión no podrá ser modificado, ni por un rescripto del Emperador, ni por un decreto del Juez. Es evidente, según Savigny, que esta disposición no concierne más que al procedimiento, y que los compiladores se han equivocado al insertarla ahí, pues no era ese su lugar. He ahí precisamente lo que yo debo discutir. Una disposición que atañe tanto al procedimiento como a la posesión, puede ser aplicada a las dos materias, como así ha sucedido, por parte de los compiladores de Justiniano, para la primera particularidad mencionada más arriba, de la *actio momentaneae possessionis*. El texto citado ha sido tomado de la L. 5, Cód. Teod. *unde vi* (4, 22), y de esto resulta que los mismos compiladores del Cód. Teod. consideraban la relación de esta disposición con la posesión como una de las más importantes; lo que se comprende fácilmente después de lo que acabamos de exponer. No es inconsideradamente cómo los redactores del Cod. Just. han seguido este ejemplo: muy lejos de ello, la clasificación sistemática de ese texto ha sido objeto de atención detenida, según resulta por modo evidente, teniendo en cuenta que no lo han dejado bajo el título *unde vi* (8, 4), sino que lo han transportado bajo el título nuevo creado por ellos (1). En sentir de los compiladores del Cód. Teod., el caso a que el texto se refiere corresponde indudablemente a la esfera amplificada del int. *unde vi*. Los compiladores de Justiniano, que tenían ese hecho ante su vista no podían señalar con más claridad la dila-

(1) Los compiladores de las Basílicas lo colocan igualmente en la posesión, lib. 5.°, tít. 23, L. 52.

tación de la esfera de aplicación de este interdicto, sino insertando el título que a él se refiere y en el cual relacionan dos innovaciones de principios con respecto al derecho antiguo, entre el título *unde vi* (8, 4), y el título *uti possidetis* (8, 6).

Savigny no examina el segundo de los textos citados más arriba, y, que yo sepa, no ha sido hasta aquí invocado por ningún autor. En cuanto al tercero, promueve inmediatamente la objeción de uña falta de clasificación sistemática; objeción que, dicho sea de paso, es para Savigny un arma de doble filo, porque el único argumento sobre el cual apoya su conocida opinión, de que el int. *unde vi* debió ser ampliado en el derecho nuevo hasta las cosas muebles, es... la clasificación de la L. 7, Cód. 4 t. (sobre las penas de la defensa privada en la substracción de la posesión) bajo el título *unde vi*. Cométese, en verdad, una extraña contradicción al declarar en un caso la inserción del texto, bajo un determinado título, un hecho sin importancia y dar a esa misma inserción en otro una importancia fecunda en consecuencias—y además atribuir a los compiladores primero una indiferencia completa en este punto, y en el otro un examen de los más atentos, y una concisión tan extrema que merecería más bien censuras que alabanzas Savigny ve un apoyo de la objeción que dirige al texto en las palabras: *per errorem vel incuriam* DOMINI (en lugar de *possessoris*), que prueban suficientemente que es la *reivindicatio* a lo que tal pasaje alude. Es difícil comprender cómo Savigny ha podido servirse de una objeción tan insignificante, de que él mismo prescinde en otras ocasiones (1), y que no merece otra refutación, en lo que le concierne, que una simple referencia a los numerosos pasajes en los cuales el *dominus* intenta los interdictos posesorios.

El cuarto pasaje, por fin, querría decir que hay casos donde se podría invocar el antiguo int. *unde vi*; pero en los que no puede haber la *acusatio ex lege Julia*. Savigny no lo ha probado,

(1) Podrá, en efecto, referir con tanta más razón, a la *reivindicatio*, los términos de la L. 12, Cód. de poss. 17, 32: *nihil penitus domino praejudicii generetur;* pero aquí (372) no siento el menor escrúpulo de extenderlo a la continuación de la *posesión*.

porque es una alegación puramente gratuita el decir que no hay *crimen vis* en el ejemplo que él cree poder invocar, si durante la ausencia del poseedor su inmueble es ocupado sin violencia y a su regreso no intenta volver a la posesión. Este aserto no encuentra apoyo alguno en la teoría de los autores de los Pandectas (1), y además pone a Justiniano en contradicción consigo mismo en el mismo título, porque dispone expresamente en la L. 11, ib. que un ocupante tal debe también ser tratado como *prædo*.

Tratemos ahora de enumerar los casos particulares en los cuales el derecho nuevo ha admitido el interdicto o la acción *momentaneae possessionis*. Son los siguientes:

1. El *caso* DE ERROR. Según la L. 5. Cód. h. t. antes citada, se podía preguntar si la expresión *per errorem* debe ser aplicada sólo al error del poseedor precedente o también al del ocupante: todo depende de la cuestión de saber si el *domini* se refiere a *per errorem* o sólo a *incuriam*. Segun la L. 11, ibid., no se puede poner en duda que la obligación de restituir existe también en el caso de error del ocupante, porque Justiniano rechaza expresamente aquí el pretexto que se utilizaba de buen grado, a lo que parece, en la ocupación de los inmuebles de un ausente, a saber, que se había considerado equivocadamente como suyo el fundo del adversario (*ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit, omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere*). El interés práctico de ese caso está manifiesto. En la mutación de la propiedad de los fundos rurales por sucesión o venta puede ocurrir que el nuevo propietario no tenga un conocimiento exacto de la extensión de sus bienes, y tome por error demasiado poco o mucho en su posesión. Si en el primer caso, su vecino se aprovecha de

(1) Comparar, p. ej., los pasajes siguientes del tít. *ad. Leg. Jul. de vi privata* (48, 7), que se ocupan tan sólo de la aprehensión *de hecho* de las cosas de otro sin mencionar la violencia contra el poseedor: L. 3, § 2, *per injuriam* EX BONIS *ablatum* quid. L. 7, *si in rem debitoris intraverint nulo in concedente*. L. 8, *sine auctoritate judicis res debitoris ocupet*.

este error para apropiarse el resto, o si en el segundo caso no lo advierte, la diferencia de este error ocasiona un cambio en las relaciones de posesión, el cual no podía remediarse según el derecho antiguo por los recursos posesorios, y sí por la *reivindicatio* (1). La necesidad de un remedio era aquí indiscutible, porque es, en mi sentir, un rigor injustificable exigir del propietario la prueba de su propiedad frente a un adversario que, según él, puede demostrar le ha sustraído la posesión sin fundamento alguno jurídico. Sólo los que desconocen el verdadero fin de la protección posesoria y ponen por encima de los intereses prácticos de la vida diaria una noción escolástica soberanamente estrecha, que ellos mismos han fabricado, pueden criticar la extensión a ese caso de la noción de la *injusta possessio* realizada por el derecho nuevo. ¿Qué importa para el interés del poseedor, y el interés deberá ser el único punto decisivo en toda esta materia, que el adversario le haya arrebatado la posesión por violencia o de cualquier otro modo? Basta que eso sea de hecho *injusto*, contra su voluntad, y que la posesión sea reconocida en principio como una relación que merece y reclama protección. ¡Cuántas veces, por lo demás, no será dudoso si el acto del tercero debe ser calificado aprehensión de la posesión o simple tentativa de aprehensión! Supongamos, en el caso citado, que el propietario que se encuentra presente cerca de sus bienes (y al cual no se puede, por tanto, aplicar los principios concernientes a la pérdida de la posesión de los fundos de personas ausentes), sabe, pero ya en la primavera, que su vecino ha cultivado y cerrado una parcela alejada de sus fundos en el otoño anterior. Su posesión, en este caso, ¿está perturbada simplemente o ha sido arrebatada? Si el juez se decide por la primera alternativa, el posesorio, es decir, la prueba de su *posesión* basta para el demandante; si el juez se decide por la segunda

(1) L. 37, § 1, *D. de usurp.* (41, 3). *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisi possessionem, quod vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit.* La *negligentia domini* en ese pasaje corresponde a la *incuria domini* del pasaje antes citado.

alternativa, el demandante debe acudir al petitorio, esto es, probar su *propiedad*. ¿Cuál será la consecuencia de tal principio? Todo Juez de tacto y práctica se declararía a toda costa a favor de la continuación de la posesión.

2. *Infidelidad del representante*. Cuando el tenedor *alieno domine* abandonaba a un tercero la posesión del fundo, el propietario no tenía, según el derecho antiguo, protección alguna posesoria contra ese tercero, viéndose reducido a los medios petitorios. Esto constituía un gran daño para el propietario, pues dependía muchas veces del colono hacerle perder su cosa, porque es sabido que la prueba de la propiedad, cosa tan fácil en pluma del teórico, lo es menos en la realidad que sobre el papel. ¿Merece el derecho nuevo una censura por haber colmado este vacío? Ya se hiciera esto por la L. 6, § 1, Cod. h. t. (L. 2, Cod. Teod. h. t.) de Graciano y Valentiniano (382), de la que aún no hemos hecho caso hasta aquí, para el caso especial en que los tutores hubieran por connivencia entre sí cedido al adversario la posesión de su pupilo. Este no debía sufrir por esta *culpa temeritates alienae*, «*sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est reddatur*». Se trata aquí de un remedio posesorio, como lo prueba la clasificación del pasaje bajo el título *unde vi* y la alusión a la celeridad del procedimiento (ILLICO *reddatur*), que, según la última terminología, es el signo distintivo cierto de la *act. mom. poss.* (1). Diocleciano había hecho lo mismo en la L. 5, Cód. de poss., para el caso de venta por parte del colono. La expresión DOMINI *tui jus non convelli* puede, en verdad, ser entendida para la *reivindicatio*, pero el emperador tenía presente sin duda la protección posesoria; así resulta, no sólo del título *de acquirenda et* RETINENDA *possessione*, sino también de la proposición enunciada al principio del pasaje: *nemo causam* POSSESSIONIS *sibi mutare potest*, sin contar que la expresión resultaría una trivialidad: a saber, que el colono no puede privar al propietario de su *propiedad*. Justiniano en la L. 12,

(1) V los pasajes citados por J. Gothofredus, l. cit

Cód. de poss. (T. 32), ampliaba esta disposición a la representación posesoria en general:

> *Ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel aiii prodiderit desiaia forte aut dolo, ut locus apenatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus dominu praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.*

El propietario no sufrirá, pues, daño alguno, es decir, se le restituirá la cosa, y no a causa de su propiedad—lo que nadie, que yo sepa, ha sostenido todavía, aunque Savigny hubiera podido sostenerlo con tanta razón como respecto a la L. 5, Código *unde vi*, fundándose en la palabra *domino*—sino a causa de la posesión. Pero hay una gran divergencia de opiniones que se remonta hasta la época de los glosadores sobre la naturaleza jurídica de esa relación posesoria. ¿Qué ha de admitirse, que la posesión *continúa* o que *ha cesado?* (1). Apenas si hace falta decir que Savigny defiende la primera opinión, porque la segunda está en contradicción abierta con su idea de la naturaleza restringida de la protección recuperatoria de la posesión. El único punto de apoyo para esta opinión es la L. 3, § 6-9 de poss. (41, 2) de Paulo, en cuanto trata de inducir que, en la opinión de este jurisconsulto, la posesión no continúa sólo en el caso que él menciona expresamente, es decir, cuando el representante se limite a alejarse, sino también en el caso en que le ha entregado a otro. Pero Africano y Papiniano enseñan lo contrario para este último caso en la L. 40, § 1, 44, § 2, ibid. (2), sin dejar siquiera la posibilidad de sostener la opinión contraria.

---

(1) Savigny, p. 374.

(2) La L. 33, § 4 *di usurp.* (41, 3), parece no haber tenido en cuenta más que las cosas muebles. Ahora bien; ya se sabe que para esas cosas, la pérdida de la posesión estaba regulada de un modo diferente.

Por otra parte, la supuesta opinión contraria de Paulo, si se ha de entender según Savigny, se expresa en términos que responden mal a una divergencia tan importante (§ 9 cit., *nam* CONSTAT *nos possidere donec*, etc.) Rudorff (en Savigny, p. 636) añade a los testimonios apuntados la cita tomada por Gelio (XI, 18, párrafo 13) de la obra de Sabino *de furtis* sobre la condenación por robo de un colono que había vendido el fundo, de ahí: POSSESSIONE *ejus dominum* INTERVERTISSET: y yo puedo aún añadir una prueba nueva, a saber: la L. 3, §, 1, Cód. *unde vi*, de que más arriba se ha tratado, que hace resultar de la entrega dolosa de la posesión por el tutor la pérdida de la posesión en la persona del pupilo *(possessio ei, a quo* ABLATA *est reddatur)*.

El interés práctico de esta diferencia no deja de tener su importancia para la cuestión de la protección posesoria, aun hecha abstracción de la usucapión. Las dos opiniones tienden en verdad a hacer recobrar al poseedor la posesión que le había sido de hecho arrebatada. Pero, en opinión de Savigny, el poseedor debe en el instante mismo en que sabe el estado de las cosas, tomar sus medidas judiciales o extrajudiciales para representar la posesión como *todavía existente*; sin eso la pierde, y, por consiguiente, como no hay violencia, pierde al propio tiempo el remedio recuperatorio: la opinión opuesta, por el contrario, le deja abierto el int. *unde vi*, durante todo el término de la prescripción, permitiéndole intentarlo aun en el caso de enajenación (1), en tanto que el int. *uti possidetis* supone la posesión actual en la persona del defensor.

3. *Disposición judicial ilegal.* El principio de la invalidación de un cambio de posesión realizado por una decisión judicial ilegal, es reconocido por el Código de Justiniano en dos pasajes, en la L. 2, Cód. *si per vim* (8, 5), y en la L. 3. Cód. *quid leget* (3, 6). Según los términos del primer pasaje, un rescripto imperial o una disposición judicial que deciden la trasmisión de la posesión no pueden ser ejecutados en ausencia del poseedor

(1) Y aun contra aquél que no ha hecho más que despojar al poseedor, sin apropiarse él mismo la posesión. L. 4, § 22 *de usurp.* (41, 3).

actual (1). La contravención de esta prohibición cae bajo la expresión del título: *Si (per vim) vel* ALLIO MODO *absentis* PERTURBATA *sit possessio*, por donde la consecuencia de la restitución de la cosa a causa de la simple posesión, y no de la propiedad, resulta de la posición y de la contextura del título (2). El segundo pasaje dispone que la entrega en posesión judicial obtenida por sorpresa (*sub colere adipiscendae possessionis obreptitia petitio*), sobre todo, cuando el adversario no ha sido oído, no puede causar perjuicio a este último, y la ejecución eventual de la orden de entrega puede ser invalidada por medio de la *actio momentaneae possessionis* (3). El encadenamiento de este pasaje no parece, a primera vista, completamente claro. Pero llega a ser indudable cuando se le relaciona con la ordenanza de Constantino, mencionada ya, que contiene la L. 1, Cód. Teod. h. t. Constantino había dispuesto que si *possessio absentis, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat, quolibet pacto ablata sit*, esos tenedores deberían ser autorizados para intentar la acción *moment. poss.*, y la L. de ibid. concedía esta facultad a todos los allegados del ausente (*servis, amicis, parentibus, proximis vel libertis*), aun independientemente de la condición de la detención. Ahora bien: la L. 3 citada, por lo mismo que coloca en primer lugar esta propiedad de la acción de ser una acción popular (*momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam*), hace aplicación de ella al caso en que se trata de una entrega de posesión judicial obtenida por sorpresa, caso que los dos pasajes no excluyen, aun cuando no los

---

(1) V. J. Gothofredus sobre la L. 1, Cód. Teod. *unde vi* (T. 1, p. 452), acerca de la necesidad de proteger a los ausentes contra esas medidas y otras semejantes, que tiendan a arrebatarles subrepticiamente la posesión.

(2) En el *Cod. Teod.* este pasaje figura como L. 5, en el título *unde vi* y el siguiente como L. 6.

(3) V. Bruns, l. c., p. 72 y 73, acerca de la cuestión ya debatida de si el int. *unde vi* es admisible también contra las ejecuciones ilegales de la autoridad. Bruns está por la afirmativa, y con razón, por analogía con L. 3, § 1 *quod med.* (4, 2).

mencionen expresamente (1). La acción que en ausencia del poseedor se concede al tercero, corresponde con mayor razón al poseedor mismo, importando poco que estuviese presente o ausente en el momento de la toma de posesión por el contrario.

La L. 2, Cód. Teod. *unde vi* (4, 22) contiene también otro caso análogo de aprehensión subrepticia de la posesión, so capa de derecho: es el caso en que se ha abusado de un rescripto imperial (*neque vulgata rescripta neque adversario solenniter intimato*) o bien alegado falsamente un juicio ya concluído a fin de intimidar al poseedor (2). Igualmente había lugar en ese caso a una acción posesoria, como lo prueba la inserción del pasaje, bajo el título *unde vi*. En la L. 6, pr. del título correspondiente del Código de Justiniano, ese pasaje quedó desconocido.

4. *Aprehensión de la posesión de un ausente.* En la L. 11, Cap. *unde vi* (8, 4), Justiniano dispone que aquellos *que* VACUAM *possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt*, serán considerados como *praedones*, debiendo observarse respecto de ellos todo lo que se observaba con respecto a éstos en lo concerniente a la restitución de la posesión. Que eso alude al interdicto *unde vi*, no se discute ni aun por Savigny. Pero no existe acuerdo acerca del sentido que es preciso dar a VACUA *possessio*. Se ha de ver, como quiere Savigny (3) (p. 469), una posesión perdida por la sola ausencia del poseedor (la *possessio* de la L. 37, § 1, *de usurp.* 41, 3); *quae ex negligentia domini vacat*), o bien es una posesión que dura actualmente, aun cuando no sea

---

(1) En efecto, aunque la L. cit, empleaba también los términos *dejecti* y *violentia*, las demás expresiones son completamente generales: *Cujuslibet rei possessione* PRIVATI, QUOLIBET PACTO *poss. ablata:* tal es la versión de Hänel, según los mejores manuscritos; otros ponen en relación *quolibet pacto* y *peregrinatur*, como hace la L. 1, *Cod. si per vim* (8, 5), *Status, qui* PER INJURIAM SUBLATOS *est*. Lo mismo ocurre con las expresiones de la L. 4: *si perturbatus possessionis status sit vel diseptum aliquid, quae probantur ablata.*

(2) V. para lo demás Jac. Gothofredus, sobre ese pasaje, p. 454.

(3) Según Bruns, en los *Anales* de Berkher y Muther, IV, p. 65, esta opinión está «hoy fuera de duda».

ejercida ni por el poseedor, ni siquiera por representante, como en el caso en que el colono o los esclavos se han ausentado (1). Por mi parte estimo esta última opinión exacta. La opinión de Savigny atribuye a Justiniano esta monstruosidad de haber creado una protección para la posesión abandonada por el poseedor mismo, lo que no puede conciliarse en manera alguna con lo que él mismo dice del derecho anterior. Este, dice, no concedía ninguna protección al poseedor, VIOLENTIA *in ablatam possessionem minim praecedente*. Ahora bien, en un caso en el cual faltaba la posesión misma, un jurisconsulto antiguo no hubiera dejado de mencionar ese motivo tan decisivo de imposibilidad de la protección posesoria, en lugar de ir a buscarlo en la *vis*, que aquí no era posible. Nos hace pensar esto en la actitud de un hombre que para defenderse de la acusación de haber matado a una persona ya muerta por otro, no alegase que esta persona estaba ya muerta, sino que el golpe que ella le había dado no podía ocasionarle la muerte. Buscar en el caso a que nos referimos el impedimento en la imposibilidad de la *vis*, es confesar o reconocer implícitamente la existencia de la posesión. Añádase, además, la excusa que Justiniano pone en boca de los ocupantes: *quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint*, en tanto que en el supuesto de que la cosa no estuviese en la posesión de nadie, tendrían una justificación completamente distinta y perfectamente legal, con la alegación de ese hecho (2). Ambas consideraciones producen la

(1) En ese caso, según la teoría de los jurisconsultos romanos, la posesión continuaba *provisionalmente* (V. más abajo, XIV).

(2) L. 37, § 1, de *usurp.* (41, 3). *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quoe vel ex negligentia domini vacet, etc.* L. 4, § 28, ibid. *Item si occupaveris* VACUAM *possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi posse disse.* Hay más, la L. 8, Cód. *de omni agr. des.* (11, 58) autoriza a toda persona que lo desee a cultivar los *agros domino cessante desertos*, esto es, los fundos incultos, y, por consiguiente, fuera de la posesión del propietario (V. más adelante, XIII). Justiniano no podía, sin cometer la más grosera contradicción, excitar aquí a un acto contra el cual impone en otro lugar las penas más severas. No se puede además conciliar con esta opinión la L. 4, Cód. *de poss.* (7, 32), que

convicción de que en la cuestión sometida a la decisión del Emperador, se trataba de una relación de posesión *existente*, y su alegación, que el derecho antiguo en ese caso no concedía protección alguna posesoria al poseedor, porque la noción de la *vis* no puede aplicarse a las cosas, merece en mi sentir adhesión plena, mientras no se señale ningún testimonio favorable a la opinión contraria. Yo no conozco ninguno (1). Entre los pasajes todos que se refieren a ese caso, no hay uno en que se conceda el int. *unde vi* al poseedor despojado que se resignó a soportar la substracción después de haber tenido conocimiento de ella. Lejos de eso, para conceder este interdicto, se supone siempre que el poseedor se presente en los lugares mismos, colocándose así ante una resistencia contra él dirigida; Savigny precisamente es el que ha indicado la «violencia personal inmediata» como condición de este interdicto. El derecho antiguo no concedía ningún recurso posesorio a aquel que temiese dar ese paso, no siempre exento de peligros, o que no podía darle por estar ausente: no quedaba entonces más que la reivindicación.

Mas no es sólo sobre el testimonio de Justiniano en lo que yo fundo esta opinión: la encuentro aún más claramente perfilada en las expresiones de que los jurisconsultos romanos se sirven, con respecto a los dos casos de pérdida de la posesión, en los pasajes citados en una nota anterior. En la L. 3, § 8, cit., el jurisconsulto habla del caso en que el poseedor no se mostrara, por miedo, y dice: *amisisse eum possessionem*, en tanto que hubiera bastado dos letras para añadir *vi*. En la L. 7, ibid. se encuentra la misma expresión, y aquí sobre todo la omisión de la palabra *vi* es muy significativa, porque la 6, § 1, que tiene con este pasaje una conexión íntima, añade expresamente la pa-

---

reconoce expresamente que, abstracción hecha del caso de la *metus necessitas*, el abandono prolongado de los fundos cede en *perjuicio* del poseedor, es decir, acarrea la pérdida de la posesión.

(1) El mismo Bruns, l. c., p. 70, que participa de la opinión contraria, tuvo que admitir que los pasajes que se alegan, de la L. 3, § 8; L. 7; L. 25, § 2, D. 41, no hablan «en realidad más que de la pérdida de la posesión», y no de «la admisión del interdicto».

labra *vi* para el caso *si revertentem dominum non admiserit (vi magis intelligi possideri, non clam)*, y en fin, la L. 25, § 2, ibid., designa la manera con que tiene lugar en el caso aludido la pérdida de la posesión por estas palabras: ANIMO *desinamus possideri.* ¿Cómo conciliar esta expresión en el caso de una *dijectio*, en la cual se sabe que la posesión se pierde *corpori* y no *animo*? Y yo añadiría todavía: ¿cómo conciliar esta hipótesis con la teoría de Savigny? Desconociendo la relación de que aquí se trata, se ha puesto en una pendiente muy resbaladiza. Y en efecto, se ve obligado desde luego (p. 229) a contradecirse, hasta el punto de destruir por completo la definición que él mismo ha dado de la *vis* como condición del int. *unde vi: una violencia que afecte directamente a la persona.*

Si la ocupación arbitraria del fundo supone de una manera absoluta, presentese o no el poseedor, una violencia inmediatamente personal, ¿qué especie de violencia habrá que no merezca esta calificación? ¿Por qué acentuar añadiendo *inmediata*, la dirección personal de la violencia? «Pero, dice Savigny (p. 431), importa poco que la violencia haya sido realmente ejercida o que un temor fundado haya podido evitarla, siempre que haya sido, no por temor de un peligro *por venir*, sino de un peligro *actual e inmediato.* Del mismo modo, es indiferente que el poseedor haya sido expulsado de su casa o que sólo se le haya impedido entrar en ella», y esto supuesto, se encuentra evidente que «cuando la casa ha sido ocupada durante la ausencia del poseedor, este último podrá como *dejectus*, invocar el interdicto, aunque no hubiere hecho esfuerzo alguno por volver a su posesión». En verdad, si la obra en que se encuentra ese razonamiento no llevase al frente el nombre de Savigny, no podría admitir que tal cosa saliese de su pluma. De suerte, que cuando recibo aviso de que otro ha tomado posesión de una cosa—con la firme intención de defender la posesión a mano armada—¿no hay ahí para mí un daño *por venir*, sino un daño *actual* e *inmediato*? Si eso es verdad, vuelvo a preguntar, ¿cuál será el peligro *venidero* que no sea actual e inmediato? No hay, pues, más que *violencia personal* o *inmediata.* Toda aprehensión violenta de la

posesión, en caso de ausencia, contiene, por tanto, una violencia personal contra mí, y un peligro personal inmediato para mí. Pero, ¿cómo sabemos entonces que el ocupante tiene realmente la intención de sostener su posesión con las armas? Una familia pobre ha sentado sus reales en un pabellón, tendejón, almacén, bodega dependiente de mi jardín, o bien, el comprador de un terreno se ha puesto a cultivar por puro error una parcela de tierra contigua que me pertenece, ¿cuál es el peligro que me amenaza, si yo me acerco a esos sitios para defender mi posesión?: «*facile expulsurus finibus, simulatque sciero*», como dice la L. 18, § 3, *De poss.* (41, 2). Pero supongamos que yo sea un hombre temeroso hasta el exceso y que yo tenga miedo de hacerlo, mi miedo no suple en realidad la *vis*, en la persona de un contrario. Ahora bien: ¿cómo probar yo esta *vis*, si yo no le doy la posibilidad de traducirse en hecho? ¿Cómo podré probar mi propio miedo? Y sin embargo, no es necesario, porque «si yo me abstengo por un motivo que no sea el temor de hacer valer mi posesión, la de mi contrario no es una *vitiosa possessio*, porque comienza por mi propia voluntad». Es el mismo Savigny quien tal dice en la p. 350. ¿Quién será el hombre que no renuncie por completo al interdicto *unde vi*, antes de enfrascarse en dos pruebas tan imposibles la una como la otra?: la prueba de que mi contrario llegaría hasta una resistencia violenta si yo me presentase, y la prueba de que el motivo de mi abstención no se encontraba en mis conveniencias, sino en el miedo de ser personalmente maltratado. El interdicto en esta forma no se mueve en el mundo exterior, sino en el alma de las dos partes, y el juez que hubiera de decidir necesitaría el don de leer en los corazones y presentir los pensamientos y resoluciones futuras.

Los jurisconsultos romanos evitaban estas dificultades sencillamente, no haciendo mención del interdicto para ese caso.

Justiniano, al colmar vacío tan indudable, ahorrando al poseedor la pena y el peligro de ser expulsado personalmente, ha obrado, en mi opinión, muy bien, y cuando Puchta (Pandectas, § 135, nota), llama la vía seguida por el Emperador, la *vía de la*

arbitrariedad, a causa de la falta de las dos condiciones esenciales, la violencia sufrida y la pérdida de la posesión, formula una censura que cae antes sobre él mismo que sobre el Emperador. En efecto; en cuanto a esta última condición, olvida Puchta que la posesión se pierde cuando el poseedor no ha hecho nada por conservarla (XIII), y en cuanto a la primera, su opinión se reduce en el fondo a la pretensión ingenua de que los poseedores colocarán su piel en peligro y verterán su sangre para procurarse el interdicto, tan sólo por salvar la noción escolástica de la *vis*. En la vida se estima de muy distinto modo el valor que es preciso dar a los bienes de que aquí se trata.

Termino aquí la exposición del desenvolvimiento del int. *unde vi* en el derecho nuevo. Poco importa que se le designe como extensión por analogía de este interdicto, o bien por la expresión conforme a las fuentes, como interdicto o acción *momentaneae possessionis*. El nombre no hace la cosa. Lo que yo no puedo comprender es cómo se puede ignorar o combatir ese desenvolvimiento, y si Savigny lo hizo, y con éxito tal, que ya no hay cuestión para la mayoría de sus sucesores (1), yo no veo en ello más que una prueba sorprendente de la potencia de las opiniones preconcebidas y de la fatal influencia que puede ejercer la autoridad de un nombre célebre, aun en nuestra época tan celosa de su espíritu crítico. Y digo influencia fatal, porque la extensión dada por el derecho nuevo, y que de tal manera se echa a un lado, es en mi opinión uno de los raros progresos de la legislación en la última crisis del Imperio. La evolución que ahí se completa, es el paso de la forma de la injusticia circunscripta a la simple *vis*, o la idea de la injusticia pura, de la *quaecumque injusta causae amissionis*, como se dice a propósito de la *actio spolii*. La analogía entre esta acción y el remedio jurídico de

(1) A lo sumo podría citarse Sintenis *Gem. Civilrechts* (*Derecho civil común*), II, § 124, nota 48, que trata de poner en relación la *actio spolii* y la *moment. poss.*, pero sin tener una idea clara de esta última. V. Brinz, *Pandectas*, I, pág. 86.

que nosotros tratamos es evidente (1), y esta circunstancia precisamente, que basta para desacreditarla a los ojos de algunos autores, es la que se recomienda a la acción. En efecto: si no se considera, por virtud de un prejuicio, toda transformación de la teoría de la posesión romana, en épocas posteriores, como una composición y un disfraz, resultado de ignorancias y errores, como una apostasía al único evangelio salvador de la teoría posesoria romana; y, por el contrario, se penetra uno (como yo lo estoy) de la convicción, según la cual, una forma jurídica, que no se limita a aparecer un momento para desaparecer inmediatamente, sino que se extiende por varios siglos y se mantiene enérgicamente a pesar de todas las oposiciones, debe haber nacido de una irresistible impulsión práctica, se verá una prueba luminosa de autoridad interna y de fuerza incontrastable en la circunstancia de que la idea a que nos referimos haya sabido imponerse dos veces en épocas diferentes, tan lejanas una de otra, y la segunda vez de una manera por completo independiente de la primera. ¿Cómo desconocer esta autoridad? Que se olvide por un momento el llamado interés científico, que se siente llevado con exceso a ver sus propios peligros en las nociones que hemos heredado de los juristas romanos, y que se pregunte, sin prejuicios, si se puede justificar de cualquier modo que en el caso en que la substracción de la posesión cae bajo la noción de la *vis*, la prueba de la simple posesión basta, mientras en todos los demás casos sería preciso la prueba de la propiedad. Si se reconoce que la posesión es una relación que es necesario proteger jurídicamente, ¿por qué quedarse a la mitad del camino y no concederle una protección entera? ¿Es que acaso esta semiprotección, que no se le puede menos de reconocer en el antiguo interdicto *unde vi*, era una ventaja tal del derecho romano antiguo, que era necesario mantenerla a toda

(1) Es expresamente reconocida aun por los antiguos jurisconsultos, p. ej., Cujas, Obs. XIX, 16: *Generale interdictum restitutorium momentaneae possessionis, quod hodie beneficium redintegrandae possessionis vocamus.*

costa, o es más bien una imperfección, a la cual no se puede conceder autoridad histórica sino porque los jurisconsultos romanos, atados por la fórmula del interdicto, no estaban en situación, cuando interpretaban este último, de dar a la noción de la *vis* una extensión que la hubiera hecho desaparecer? Si la jurisprudencia romana no ha llegado más allá en la posesión de las nóciones de *vi*, *clam*, *precario*, yo no veo en eso la expresión de la convicción de que esos límites sean trazados por la misma naturaleza de la posesión, según quieren muchos autores; lo que veo únicamente es el resultado de condiciones históricas dadas, de la fijación tradicional de los interdictos posesorios en relación con los tres *vitia possessionis*. Si se reflexiona que esta *tripartición* ha crecido con el sistema entero, en sus detalles más íntimos y más pequeños, que se producen en todas las fórmulas, se comprenderá fácilmente que no se podía echarla por tierra en una época donde el sistema de procedimiento estaba todavía en pleno vigor, sin destruir a éste en todas sus partes: Este obstáculo ha desaparecido en la época imperial posterior, y si la jurisprudencia ha usado de esta libertad para retirar los límites de la protección posesoria más allá de la noción de la *vis*, este esfuerzo merece más bien la aprobación y una acogida benévola que la censura y la oposición; yo voy más lejos aún, y no vacilo en sostener que, lejos de ponerse así en contra de la idea de posesión, tal como había sido concebida y expresada por el derecho anterior, la ha librado, por el contrario, de una contradicción interna. Y en efecto, no puedo menos de ver una contradicción íntima en el hecho de que el heredero es tratado con más consideración que su autor. Ya he puesto de relieve más arriba la función posesoria de la *hereditatis petitio;* lo que allí he dicho se aplica también a los interdictos *adipiscendae possessionis*, del heredero, es decir, al interdictum *quorum bonorum*, *quod legaturum*, y al *Remedium ex lege últ.*, *Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo.*

Ahora bien: que se compare la posición jurídica en que esos remedios del derecho colocan al heredero con lo que los interdictos proporcionan al *de cujus*. Mientras el heredero ob-

tiene los remedios posesorios (1) contra todas las personas que se han apropiado la posesión de las cosas hereditarias, el interdicto *quod legatorum*, contra quien se le ha apropiado en virtud de un legado supuesto o real, la *hereditatis petitio* el interdicto *quorum bonorum* y el *remedium* antedicho, con quienes se las han apropiado en virtud de un supuesto derecho de herencia o sin derecho alguno; el *de cujus*, por el contrario, no se halla protegido más que contra aquel que le ha arrebatado *violentamente* la posesión. Que no se diga que esos remedios jurídicos de los herederos son *adipiscendae possessionis*, en tanto que los del *de cujus* son *recuperandae possessionis*. En efecto; la *adipisci*, en la persona del heredero, tiende tan sólo a *recuperare* la posesión del *de cujus*, y la readquisición que él persigue no recibe la forma de adquisición más que porque, conforme a la teoría romana de la posesión, la posesión cesa con la muerte del *de cujus* y no pasa, *ipso jure*, a sus herederos (2). Pero el fundamento de su protección no es otro que la posesión procedente del *de cujus*, y es esta posesión, no la propiedad, lo que forma el objeto de la prueba. Mas si el *de cujus* mismo, o el heredero después de haber tomado posesión, llega a encontrarse en situación de reclamar la restitución de la posesión que le ha sido injustamente quitada, esa facilidad de la prueba no le será concedida sino en el caso en que la sustracción de la posesión de parte del contrario pueda ser considerada desde el punto de vista de la *vis*. Supongamos, por ejemplo, un legatario, verdadero o supuesto, que se apropia la posesión de la cosa, por ejemplo, haciéndose entregar el fundo entregado por el colono, *antes* de que el heredero haya tomado posesión de la masa; en ese caso, este último podrá obligarle por medio del int. *quod legatorum* a restituir la posesión, porque los términos generales

(1) Ya me he explicado antes acerca del derecho que se tiene de darles ese nombre.

(2) Lo mismo ocurre con el int. *adip. poss.*, de què se hace mención en la L. 2, § 3, *de interd.* (42, 1): *quo itineri venditor unus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto:* V., además, la L. 1, § 37, *de aqua* (43, 20).

de este interdicto son aquí aplicables: *quod quis legatorum nomine non est voluntate heredis occupavit* (L. 1. § 2, *quod leg.* 43, 3). Pero si eso ocurre en vida del testador, o después que el heredero ha tomado posesión de la herencia, uno y otro están obligados a acudir al petitorio, a menos que puedan alegar una violencia por parte de su contrario. ¡Qué contradicción! ¡Es necesario que el hombre muera para que la idea de la protección posesoria sea plenamente reconocida en derecho; es preciso que la posesión, y con ella la posibilidad de limitar la protección a la condición de *vis*, cese, para que el principio citado: *quod quisnon ex voluntate (ejus ad quem res pertinet) occupavit, restituat*, sea eficaz! ¡Si eso es cierto, la posesión *pasada* es más eficaz que la *actual;* su *cesación* es una *ventaja*, su *continuación* una *carga!* ¡Es preciso morir para tener la plenitud de la protección posesoria! Nos hace pensar esto en aquel puesto de policía que obligaba a entrar a la gente provista de pasaporte en una sala de espera, a fin de examinarla, y dejaba pasar libremente a los que *no le tenian!*

Y tan palmaria desproporción entre los efectos de la posesión pasada y de la actual, ¿habrá sido sugerida por la idea de la posesión? Puedo conceder que la había en el derecho romano antiguo. Si los jurisconsultos romanos no se han opuesto, no es porque no *quisieran*, sino porque no *podian*, según ya lo hemos advertido. Pero nuestra ciencia moderna, que en virtud del desenvolvimiento indicado más arriba de los remedios posesorios en la época imperial posterior, ha conquistado la libertad suficiente para emanciparse de los obstáculos históricos, peca contra sí misma y contra la vida práctica, cuando se somete a las cadenas antiguas, por una adhesión ciega a la teoría de los jurisconsultos romanos; y cuando en lugar de reconocer esas cadenas como tales, y de regocijarse porque han sido rotas, emplea toda su sagacidad para justificarlas y presentarlas como necesarias.

Por nuestra parte, ponemos ahora esta simple proposición: la posesión, una vez reconocida como relación jurídica, exige, no una *media*, sino una *total* protección; para el interés y el de-

recho de la posesión, debe ser indiferente por completo que haya sido lesionada de esta o de la otra manera, por violencia o de otro modo, y aquella misma generalidad de protección que se realiza en el int. *retinendae possessionis*, en lo que concierne al reconocimiento y al mantenimiento de la posesión, ha de ser reclamada para el int. *recuperandae possessionis*. De esta manera tan sólo es cómo la posesión obtiene una solución armónica, y como llega a ser lo que debe ser y lo que es, un baluarte al servicio del propietario contra todos aquellos que invadan inmediatamente la exterioridad de su derecho.

El caso de la *hered. pet.*, en que nos hemos ocupado hasta aquí, no era el único en el cual el mismo derecho antiguo se despojara de las tres condiciones tradicionales de los interdictos posesorios: *vi, clam aut precario*, para entender la noción de los vicios de la posesión de una manera completamente general. Había otra relación en la que se nota el mismo fenómeno: la posesión de la libertad por parte de un esclavo. La fórmula no dice: *vi, clam, precario;* sino *sine* DOLO MALO *impossessiónem libertatis fuisse*, punto de vista este tan general como el PRO POSSESSORE *possidere* de la *hered. pet.* (1).

Réstanos ya determinar y formular de una manera más exacta, el principio de la protección recuperatoria de la posesión, tal como ha sido realizada en las decisiones aisladas que más arriba citamos, de la época imperial posterior. Los tres motivos especiales conocidos del antiguo derecho, *vi, clam, precario*, amplíanse en la noción general de la *injusta possessio*, que constituye la base de la posesión del *pro possessore possidens* en la *hered. pet.*, y la *actio spolii* de la Edad Media (*quaequnque injusta causa omissionis possessionis*), pudiendo emplearse aquí exactamente la misma fórmula que aquella de que el Pretor se servía en el int. *quod legatorum: quod qui non ex voluntate (actoris) ocupavit.—Aprehensión contra la voluntad del poseedor.* Desde este punto de vista se comprenden todos estos casos: el error,

(1) V. la L. 6, § 5: L. 10, 11, 12, de *lib. causae* (40,10).

tanto del ocupante como del poseedor precedente (mientras se trata de *sustracción* unilateral de la posesión, pero no de *transmisión* de la posesión ocasionada por error); la toma de posesión subrepticia en virtud de connivencia con el representante o de una decisión ilegal; la apropiación de fundos pertenecientes a ausentes. Quedan, por el contrario, excluídos todos los casos de pérdida de posesión que se apoyan sobre la tradición por parte del poseedor, importando poco que haya sido efectuada de modo que pueda ser atacada con otros remedios jurídicos, por ejemplo, por coacción o por dolo. Los límites pueden ciertamente ser dudosos en los casos particulares, principalmente en el caso de coacción. ¿Hay, en verdad, *metus* o *vis* cuando uno nos obliga, por amenazas de pasar a vías de hecho, a abandonar la posesión de nuestra casa? En el primer caso habría lugar a la acción *quod metus causa*, en el segundo al int. *unde vi*. El interés de la distinción es bastante grande, como es sabido, porque la primera acción permite oponer las excepciones petitorias (1), y el segundo no. Desde el punto de vista del procedimiento, el *int. unde vi* alcanzaría su fin en la mayoría de los casos, porque para probar la *vis* basta la amenaza de pasar a vías de hecho, como se presenta en estos dos casos (2), quedándole entonces al defensor el recurso de presentar la prueba de que él ha tenido efectivamente la tradición. Ocurriría lo propio con el despojo realizado en virtud de una decisión judicial ilegal: aquí también *vis* y *metus* se confunden, pero ya no se puede discutir la admisibilidad del int. *unde vi* contra el posesionado, puesto que el implorante ha prevenido los actos de violencia por una evacuación voluntaria.

La protección recuperatoria de la época imperial no está limitada al caso del delito, es decir, a la imposición de una falta en la persona del defensor. Aquel que persuadido de su buen

---

(1) V., por ejemplo, L. 12, § 2, *quod met.* (4, 2).

(2) También se encuentra la expresión *vis* empleada para el acto *quod mortis causa*, así como la expresión *metus* para el int. *unde vi*, V., por ejemplo, L. 11, § 2, *quod met.* (4, 2) y L. 1, § 29 *de vi*, (43, 16).

derecho, ha obtenido del tutor la entrega de las cosas que se encontraban en posesión del menor, no cae en falta (1), como no cae tampoco aquel que, ignorante de los límites, se pone a cultivar una parcela del terreno de su vecino (2). Según los principios generales bien conocidos no se les puede imponer la obligación de reparar todo el daño, expresado en el int. *unde vi*, como no se puede imponerla al heredero de aquel que se ha hecho culpable de una violencia frustrada; esta obligación supone la existencia de una falta. Allí donde esta última no existe, la obligación se reduce a la restitución de lo que el defensor detiene todavía. La necesidad de la falta no se limita al caso de violencia, no hace falta advertirlo casi; aquel que se apodera de un fundo a sabiendas de que es de un ausente, no comete violencia alguna; lo cual no impide que según la L. 11, Cód. h. t., sea considerado como *praedo*, y que todas las disposiciones del antiguo derecho dictadas en odio a estos últimos deban aplicársele.

Dejo al lector libre de prejuicios que juzgue si la teoría que acabo de exponer, y que en el fondo reproduce enteramente la antigua doctrina de Cujas sobre el *generale restitutorium interdictum*, con el mérito sólo de haberla motivado más cuidadosamente, merece la censura que Savigny ha dirigido a ésta (página 466), porque según ella, «la nueva teoría de las acciones posesorias, sería tan vaga y arbitraria como precisa y consecuente era la antigua».—Vaga no lo es, ni más ni menos que la teoría de la *hered. pet.* y la de los interdictos posesorios del heredero de que ya hemos hablado, no tiene otro fin que el de dar a la protección posesoria de los *vivos* la misma extensión que esos remedios jurídicos contenían para el caso de muerte, y en verdad que no conozco a nadie que haya motejado esta última

(1) La L. 7, § 1, Código *unde vi* (8), no se aplica sólo al caso de la colisión; así resulta de las palabras: *habito* PLERUMQUE *colludio*.

(2) La L. 11, Cod. h. t., no es evidentemente contraria. Justiniano no tiene presente a aquellos que ocupan terreno de otro por error, sino a los que le ocupan a sabiendas y se sirven del error como pretexto.

de vaga. La noción de *pro possessore possidere* es más *amplia* que la de *vi possidere*, pero *amplio* y *vago* no son la misma cosa, y por mi parte encuentro la idea desenvuelta hasta aquí, es decir, la apropiación de la posesión *sin* o *contra* la voluntad del poseedor, infinitamente más precisa que la idea de la violencia desenvuelta por Savigny, mucho más si se tiene en cuenta que después de haberla definido una *violencia que afecta directamente a la persona* (p. 429), la hace bastante elástica tres pasajes más lejos (p. 431), para admitir un caso en el que no se encuentra rastro alguno de violencia personal (V. antes). En cuanto a la censura de arbitraria que Savigny lanza contra nuestra teoría, es igualmente insostenible. Todo hombre que no lleve por adelantado la idea fija de que el mundo no puede prescindir del int. *unde vi* del Pretor romano, sino que, por el contrario, el edicto pretorio debe fijar por siempre la regla a la cual deben someterse el pensamiento y el movimiento jurídicos, todo aquel, repito, que no lleve tal idea fija, verá en la emancipación de la protección recuperatoria de la condición de violencia un gran progreso justificado por los intereses de la vida práctica y por la idea de la protección posesoria, y en cambio, no verá lo arbitrario más que en la restricción de esta protección a la estrecha condición de la violencia. En efecto, si la posesión debe ser protegida, ¿por qué no habrá de serlo más que contra la violencia? (1), ¿qué importa al poseedor la manera como se le priva

(1) Significando *violencia*, coacción material física, y no acción de perturbación, la teoría de Ihering es la que priva en nuestro derecho. En efecto, la protección posesoria actual, según se desprende primero del Código civil (Lib. II, tít. V) y además de la ley de Enjuiciamiento civil, atiende a proteger la posesión en sí misma, sea cual fuere el motivo por virtud del cual es perturbada o desconocida. Por este lado parece como que ve nuestro derecho en la posesión la exterioridad de la propiedad de que habla Ihering; pero no sería difícil mostrar algunas disposiciones y mejor aún, mirando el espíritu de la institución de los interdictos, no sería difícil mostrar que lo que al cabo se protege es la *integridad* de la persona en una de las condiciones fundamentales de su vida de relación con la naturaleza para la satisfacción de sus necesidades, mediante la acción de su libre actividad.—(N. DEL T.)

de la posesión? El centro de gravedad de la posesión está, creo yo, en el poseedor mismo, y no en el contrario (1). Pero si se cambia esta proposición y si toma a la inversa la relación natural, como hace la teoría de Savigny, entonces se comprende fácilmente que lo que es natural no lo parezca, y viceversa. El mismo Savigny, que rechaza con desdén la opinión que hemos expuesto, como una inconcebible corruptela de la teoría posesoria romana, estira y retuerce, según vimos, la noción de la violencia, hasta el punto de aniquilar su propia definición, y no encuentra censura que lanzar contra Justiniano, por haber concedido en la L. 11, Cód. *unde vi*, el int. *unde vi* en el caso de una posesión ya *anteriormente perdida*. ¡Un *remedio posesorio sin posesión!* En presencia de esta enormidad que sacrifica la idea fundamental de toda la posesión, y protege la posesión allí donde no existe, no tiene por qué temer nuestra tesis del desenvolvimiento del int. *unde vi* la censura de *arbitraria*.

Quédanos, en fin, por ver si el resultado que hemos obtenido se refiere sólo a las cosas inmuebles, o si se refiere también a las muebles. Si fuera exacto decir con Savigny que el int. *unde vi* había sido establecido tácitamente para las cosas muebles, lo cual resultaría de que se haya puesto bajo el título *unde vi*, la L. 7, Cód. *unde vi*, relativa a la pena de la defensa privada, la cual se aplica a las dos categorías de cosas; si eso fuere exacto, la extensión de la protección posesoria que venimos demostrando debería aplicarse a las cosas muebles. Considero este aserto, con casi todos los demás jurisconsultos, como insostenible (2). Sin embargo de esto, la necesidad de esta extensión de la protección me parece tan urgente respecto de las cosas mue-

(1) Tal parece ser el espíritu del art. 446 del Código civil, el cual dice: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen». — (N. DEL T.)

(2) Las objeciones importantes que han sido opuestas de diferentes lados (en último término por Bruns. l. c., p. 74-77), no han sido vistas ni por Savigny mismo (p. 438), ni por Rudorff (70).

bles como para las inmuebles. Con qué facilidad no puede caer una cosa mueble injustamente en posesión de otro sin que se encuentre la condición de una *vitiosa possessio*, en el sentido técnico de los jurisconsultos romanos! Palomas extrañas entran en mi palomar; un perro extraño me ha seguido a mi casa; un paraguas, que pertenece a otro, se quedó olvidado en mi domicilio; un paquete destinado a otra persona me ha sido entregado a mí por error. En todos estos casos, yo no me he apropiado la posesión ni *vi* ni *clam*; si tal fuese, pues, la condición de la protección posesoria para mi contrario, le faltaría en ese caso. El derecho antiguo tenía para esto el int. *utrubi;* pero después que este interdicto se asimiló al int. *uti possidetis*, tal medio falta. ¿Podría suplirse este defecto por otras acciones? ¡Difícilmente! Las *actio dilecti*, en el caso de apropiación injusta de las cosas de otro *(cond. furt., act. furti., act. vi bon. rapt.)*, no bastan; la retención de la cosa de otro no cae siempre bajo el *furtum*; reflexiónese, p. ej., en el caso siguiente: mi contrario me dice que mi perro le ha seguido, pero se niega bajo cualquier pretexto a devolvérmele, p. ej., en virtud de una acción noxal, o porque afirma que es él mismo el propietario. Es dudoso que la *act. ad exhibendum* pueda conducir al objeto en semejante caso, porque no ofrece las ventajas decisivas de las acciones posesorias de dejar fuera de debate el interés del demandante y y el derecho del defensor (1). Las mismas dudas experimento con respecto de la *condictio possessionis* que invoca Bruns (l. c., p. 75). No hay, en verdad, duda de que como toda *condictio* la *condictio ob injustam causam* o *sine causa*, no puede apoyarse en la *posesión*, en lugar de estarlo sobre la propiedad (2), y la noción de la *injusta causa* o de la falta completa de causa *(sine causa)* puede aplicarse también a los casos de situación injusta

(1) L. 3, § 11 *ad exh.* (10, 4)... *alio quin et fur et raptor (ad. exhibendum agere) poterit, quod nequaquam verum est.* L. 31, § 1 *Dep.* (16, 3)... *non est exfide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli.*

(2) L. 1, § 1, L. 2 *de cond. trit.* (13, 3). L. 25, párrafo 1 *de furt.* (47, 2).

o sin fundamento de la cosa. Pero en esta acción, tampoco se puede negar al defensor, ni la excepción de falta de interés de parte del demandante, p. ej., cuando él mismo ha robado la cosa (1), ni la excepción de la propiedad en su propio nombre, y de esta suerte desaparece una vez más una de las ventajas más principales de los remedios posesorios; el defensor tiene ocasión de retener las cosas oponiendo excepciones desprovistas de todo fundamento, y que no se recibirían en una instancia posesoria. La necesidad de acudir en favor del poseedor con remedios posesorios, reviste y conserva aquí toda su importancia.

Nuestra práctica ha reconocido desde hace tiempo esa necesidad y ha tratado de encontrar un remedio en la *actio spolii* que se extendió a todos los casos de apropiación ilegítima de la posesión (2) y las nuevas legislaciones la han seguido (3). Es verdad que en nuestro siglo la *actio spolii* ha caído en descrédito, a consecuencia de la condenación pronunciada contra ella por Savigny, desde el punto de vista de su teoría del derecho romano, y puede parecer temerario intentar rehabilitarle. No vacilo, a pesar de esto, en expresar mi convicción de que la extensión de la prestación posesoria efectuada por medio de esta acción a todos los casos de pérdida de posesión, sin o contra la voluntad del poseedor, era un pensamiento eminentemente sano y práctico, infinitamente más que este empeño doctrinario que quiere mantener a toda costa la teoría de la posesión de los jurisconsultos romanos, sin pensar que la desaparición del int. *utrubi* en su forma originaria, ha producido una laguna en el derecho romano mismo, laguna que no puede quedar abierta sin comprometer los intereses de la vida. Para las cosas muebles, la protección de la propiedad no descansa, en la mayor parte de los casos, sino sobre la posesión: la negación de la protección posesoria equivale a menudo a la pérdida de la propiedad. Sería difí-

(1) No puedo comprender de qué manera Rudorff (Savigny, p. 712) quiere apoyar la opinión contraria sobre la L. 1, § I. L. 2, *de cond. trit.* (13, 3). L. 13, § 1, *dep.* (16, 3). L. 25, § 1, *de fur.* (47, 2).

(2) V. en Bruns, § 44-45, el resultado de su desenvolvimiento.

(3) Especialmente el derecho prusiano, Bruns, p. 441-442.

cil no estar de acuerdo acerca de la desgraciada manera cómo la protección posesoria está organizada para las cosas muebles en la teoría dominante. Se concede allí donde es superflua y se niega donde es necesaria. El int. *utrubi* sirve, según Savigny, para proteger una posesión perturbada, pero todavía subsiste contra perturbaciones posteriores. ¡Yo quisiera saber cuándo y dónde ha sido aplicado jamás! ¿Se dirá que contra los ladrones o los bandidos que han hecho una tentativa para apropiarse nuestras cosas? El único caso posible de su aplicación es el de la *controversia de possessione*, y es preciso en ese caso, según la teoría de Savigny, una perturbación anterior para que eso sea posible. Quedan los casos de substracción violenta o clandestina de la posesión, a los cuales Savigny atiende con el int. *unde vi* y las acciones *delicti*, mientras la nueva teoría, que sabe dar al int. *retinendae poss.* una función recuperatoria por medio de una aplicación consecuente de la duplicidad, sustituye al primero con el *utrubi*, asegurándole así a lo menos, cierta utilidad práctica. Pero también manteniendo en ese caso la condición de la posesión viciosa en el sentido de la teoría romana, restringe este interdicto a los casos que no tienen un valor especial a causa de las acciones penales aplicables, y lo niega en aquellos otros en que precisamente, por virtud de la inadmisibilidad de estas últimas, sería doblemente necesario.

Bruns intentó (1) últimamente colmar este vacío e investigar para la *actio spolii* (2), tal como la consideramos aquí, un punto de apoyo en el derecho de Justiniano. Creyó haberlo encontrado en la L. 11, Cod. *unde vi* (13, 4), que refiere como Savigny a una posesión perdida y en la cual ve la prueba de que los romanos consideraban como compatible con la esencia de una acción posesoria y hasta con el *int. unde vi*, que se pudiese intentarla aun para una posesión perdida sin culpa del otro y ocupada por un

---

(1) *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts (Anales de derecho común alemán)*, Bekker y Muther, IV, pág. 65.

(2) Había ya reconocido la importancia histórica en su obra sobre la posesión, pág. 503.

tercero después de ésta perdida.» Aunque Justiniano en esta ley no haya visto más que las cosas inmuebles, sin embargo, el principio de la ley, así como sus términos, se aplican a los muebles igual que a los inmuebles, y «de ahí resulta que la admisión de las acciones posesorias, en caso de pérdida de la posesión, sin violencia extraña no excede en manera alguna de la esencia de las mismas, según la idea del derecho romano posterior, debiendo ser considerada hasta como un principio del derecho romano».

Aun cuando yo no sea capaz de darme cuenta de los motivos (V. antes), ya no puedo menos de desear que la práctica adopte de nuevo, para las cosas muebles, la *actio spolii* que tiene a su favor la experiencia y la jurisprudencia de medio siglo. Como según las investigaciones que he hecho más arriba, eso fué plenamente efectuado en el derecho nuevo, con respecto a las cosas inmuebles mediante la transformación del int. *unde vi*, no queda más que encontrar un punto de vista que permita aplicar a las cosas muebles el principio realizado por su desenvolvimiento para los inmuebles. Y se preguntará: si la legislación posterior lo encontró oportuno, ¿por qué no lo habrá hecho? He aquí mi respuesta.

Para las cosas muebles había en esta época el int. *utrubi* en su forma antigua (1), que concedía al poseedor protección contra toda pérdida de posesión, suponiendo que fuese propuesta en justicia y en tiempo oportuno. Las cosas muebles gozaban así de una mayor protección que las inmuebles, y el desenvolvimiento entero del int. *unde vi* no tenía otro fin, por decirlo así, que borrar esa ventaja. Ahora bien: la asimilación (para mí siempre enigmática) de los interdictos *utrubi* y *uti poss.*, ¿ha trastornado completamente esa relación? Justiniano no se ha pronunciado sobre este punto, pero yo apenas puedo creerlo. Podría quizá concebirse de la manera siguiente: para dar a las cosas muebles el lugar que han perdido en apariencia. Según las nuevas investigaciones el *possessor justus* puede pedir al *posses-*

(1) V., p. ej., la L. 1, Cod. Teod. *utrubi* (4, 23) del año 400.

sor injustus restitución de la posesión por medio de un int. *recuperatorio*, y también por medio del *retinendae poss.* (1) Pero la ampliación, más arriba demostrada, de la noción de la violencia, reemplazada por la de *possessio injusta* en un sentido totalmente abstracto, debe ser aplicable, tanto en el int. *uti poss.* como en el int. *unde vi*, y como es preciso aplicar al int. *utrubi* las mismas reglas que a este último, es preciso también aplicarlas al int. *uti poss.* La idea de la protección de la posesión contra toda substracción injusta, tal como se ha realizado en el último desenvolvimiento del int. *unde vi*, es una idea completamente general. Para restringirla a las cosas inmuebles, no se puede invocar otro motivo que su relación histórica con el int. *unde vi.* Esta restricción se explica bien para la protección posesoria ampliamente suficiente de que gozaban entonces las cosas muebles, y se puede considerar como abandonada para los interdictos *retinendae possessionis*, a consecuencia de la completa asimilación de las cosas muebles e inmuebles efectuada en el derecho de Justiniano.

En suma, he aquí el resultado al cual hemos llegado. En el derecho moderno se reconocía, como regla aplicable tanto a los muebles como a los inmuebles, y en virtud de principios del derecho de Justiniano, que el poseedor puede pretender la protección posesoria contra toda apropiación de la posesión por parte de un tercero, que no se la puede hacer remontar hasta su *propia* voluntad (como en el caso de *dolus* o de *metus*); las circunstancias particulares de esta apreciación, la violencia, el error, el dolo o falta de un tercero, son completamente indiferentes; el demandante no tiene más que probar su posesión hasta ese momento y la manera cómo ha pasado al defensor (2).

---

(1) Si fuera eso verdad para el caso en que el defensor posee todavía, deberá serlo también para el caso en que no abandonara la posesión, la tesis contraria (se olvida esto con frecuencia) está en contradicción con el principio: *dolus pro possessionis est.*

(2) No hemos querido interrumpir con demasiada frecuencia la disertación de Ihering, llamando la atención al lector acerca de las modificaciones que en materia tan compleja como el sistema de las acciones po-

sesorias romanas introdujo en el derecho moderno. Es materia que se ha simplificado de un modo notable bajo la ley del tiempo y en virtud de las influencias generales que han destruído el formalismo lógico del derecho romano, y que han esclarecido las relaciones de posesión y de propiedad. De Paricu, en sus *Estudios históricos y críticos sobre las acciones posesorias*, advierte muy adecuadamente que «la defensa de la posesión organizada por el Derecho romano en un gran número de interdictos diferentes, ha sido ulteriormente resumido en un número mucho menor de acciones posesorias, cuyas condiciones se han ido equiparando y confundiendo, de manera que al fin no han quedado subsistentes hoy sino una sola, la *complainte*, con lo cual la *reintegranda* y la denuncia de obra nueva se relacionan como ramas apenas distintas del tronco principal». Explican esta tendencia a *unificarse* las acciones posesorias algunos tratadistas, como Scialoja *(Trattato sulle azioni possessoria)* y Lomonaco *(Diritto) civile italiano)*, por la tendencia a no ver en la posesión y en la propiedad relaciones distintas, a lo cual ayuda muchísimo la manera de ser *pública* de la propiedad de cada persona en virtud de la necesidad de la inscripción de la misma en los Registros de la propiedad. En la hipótesis de esta tendencia, Scialoja llega a afirmar que las precitadas acciones se transformarán, parte en acciones vindicatorias y parte en acciones penales (p. 661 y 660). El Código civil francés, por ejemplo, ha llegado ya en materia de unificación de los remedios posesorios a un punto que puede considerarse como culminante, hasta decir Troplong que con su laconismo, en vez de simplificar en la vida real las relaciones posesorias, produce el efecto contrario de avivar las disensiones y disputas. Según el artículo 23 del Código de procedimiento francés, *las actions possessoires ne seront recevables, qu'autant qu elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins étaient en possesión paisible par eux, ou les leurs a titre non precaire.*

Uno de los Códigos modernos en que aparecen mejor sistematizadas las acciones, según el criterio de la simplificación, es el italiano. En los artículos 694 a 697, regula las acciones de *manutenzione* y de *reintegrazione*. Son éstas las dos acciones posesorias reconocidas. Hay las denuncias de obra nueva y la *azione di danno temuto* (artículos 698, 699); pero algún comentarista afirma que no pueden considerarse como acciones posesorias propiamente dichas; son, dicen, medidas extraordinarias que el magistrado tiene facultad de dictar, en casos urgentes, y que tanto se refieren a la posesión como a la propiedad. Así parecen opinar los Tribunales de aquel país.

En cuanto a las otras dos acciones posesorias de *mantener* la posesión y de *reintegrar*, establécense diferencias muy importantes, pero se caracterizan por referirse ambas a proteger la posesión, que en un caso se *tiene* y en el otro se ha *perdido* y se pide.

En el derecho español, también se debe señalar la misma tendencia a simplificar el sistema de las acciones posesorias. Ya dijimos cómo el Código civil conceptúa la posesión (natural y civil) en el art. 430, como luego en el art. 446 señala los modos de protección del estado posesorio, refiriéndose a la Ley de Procedimiento. Ahora bien; en ésta, según repetidas veces hemos indicado, se resumen las garantías en defensa de la posesión en *dos* que en rigor, y a pesar de lo que la ley dice, son tres distintas, pues tres son los estados en que el hecho de la posesión puede encontrarse cuando necesite ser protegido, a saber: posesión que no se tiene, pero que se puede adquirir; que se tiene y se perdió, y que se tiene y se ve amenazada, a los cuales estados corresponden las acciones de *adquirir*, de *recobrar* y de *retener*. La ley española, según indicamos, reduce esas acciones en el título de los interdictos (tít. 20 del libro 2.º) a dos: para adquirir la posesión y para retenerla o recobrarla, señalando de conformidad con la naturaleza del derecho que se reclama, un estado de hecho de la relación posesoria, trámites breves de facilitación de la prueba, y dejando siempre a salvo el derecho de propiedad y su acción reivindicatoria. Pero acerca de esto ya hicimos alguna indicación en otras notas.—(N. del T.)

CAPITULO DECIMO
EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

ARTICULO 221 177
1. Efectos del matrimonio anulado mediando buena fe de amboscontrayentes 177
3. Efectos patrimoniales 179

ARTICULO 222 181
1. Observaciones generales 181
2. Efectos personales 182
3. Efectos patrimoniales 182
a) Revocación de donaciones 182
b) Liquidación del régimen de bienes 183

ARTICULO 223 185
1. Carencia de efectos de la unión 185
2. Efectos de la declaración de nulidad 186
a) Efectos personales 186
b) Efectos patrimoniales 186
c) Efectos sobre las convenciones matrimoniales 187

ARTICULO 224 189
1. Tipificación de la mala fe 189
2. Comprensión de supuestos 190
3. Exclusión del error de derecho 190

ARTICULO 225 193

ARTICULO 226 195
1. La doctrina de la apariencia jurídica y su aplicación en la nulidad matrimonial 195
2. Apariencia y buena fe de los terceros 197

CAPITULO DECIMO

EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

ARTICULOS 221 - 222 - 223 - 224 - 225 - 226

CAPITULO XV

EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Art. 221 **Si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido. No obstante la nulidad tendrá los efectos siguientes:**

1°) En cuanto a los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación de prestarse alimentos de toda necesidad conforme al artículo 209;

2°) En cuanto a los bienes, será de aplicación a la sociedad conyugal lo dispuesto en el artículo 1306 de este código.

1. EFECTOS DEL MATRIMONIO ANULADO MEDIANDO BUENA FE DE AMBOS CONTRAYENTES

Como se advierte, la reforma comienza por regular el supuesto de matrimonio anulado con ambos contrayentes de buena fe, estableciendo como principio general que producirá todos los efectos del matrimonio válido.

Constituye esta posición, a nuestro entender, un error metodológico, por cuanto al comenzar el tratamiento de los efectos jurídicos de la nulidad matrimonial no es dado apartarse del principio básico conforme al cual la invalidez pri-

va de sus efectos al acto anulado (art. 1050 Código Civil). Ello así, la regulación debiera iniciarse determinando los efectos propios que derivan de la invalidez matrimonial, pasándose luego a consagrar las excepciones derivadas de la buena fe de los contrayentes.

Del mismo modo, cabe puntualizar que los efectos derivados de la nulidad en caso de buena fe de ambos contrayentes no se limitan temporalmente al día en que se declare dicha nulidad, pues la emancipación matrimonial, según se ha visto, subsiste para el cónyuge menor de buena fe (art. 132 Código Civil), y tal emancipación es consecuencia del matrimonio celebrado, pudiendo igualmente la mujer seguir utilizando el apellido marital (art. 11, ley 18.248).

La reforma ha suprimido toda referencia en relación con los hijos. Ello es consecuencia de la igualdad jurídica en que se encuentran los mismos, cualquiera sea el origen de su filiación, luego de la reforma introducida por la ley 23.264.

2. EFECTOS PERSONALES

La invalidez del vínculo matrimonial determina la extinción de los derechos y deberes establecidos en los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil.

Pero el deber de asistencia es mantenido para el caso de que el cónyuge se encuentre en situación de total necesidad y se den los presupuestos contemplados en el artículo 209 del Código Civil, es decir, no tuviere recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

Se trata de un claro ejemplo de aplicación de la equidad, introducida con amplitud en nuestro Derecho Civil por la ley 17.711 y que ya había consagrado la ley 2393, con basamento en la relación existente entre los contrayentes de buena fe.

3. EFECTOS PATRIMONIALES

En cuanto al régimen económico, se efectúa una plena asimilación al caso de disolución de la sociedad conyugal en los casos de separación personal y divorcio, por la remisión que realiza el artículo que comentamos a lo establecido por el artículo 1306 del mismo Código, conforme a la ley de reformas 23.515.

Debe correlacionarse esta disposición con el artículo 1291 del Código Civil, que consagra la nulidad como causal de disolución de la sociedad conyugal y tenerse como fecha de disolución aquella en que quede firme la sentencia que declara la invalidez del vínculo matrimonial[1].

La solución es adecuada al principio que consagra la producción de todos los efectos del matrimonio válido, ya que el régimen económico conyugal había nacido con la celebración del matrimonio y se disuelve al declararse la nulidad del mismo.

Quedan sin solución legal los casos de derechos hereditarios de los contrayentes.

Antes de la declaración de nulidad sería plenamente aplicable el principio general que otorga al matrimonio viciado todos los efectos del válido, generándose en consecuencia los respectivos derechos sucesorios y teniendo el cónyuge supérstite su porción en los gananciales como socio de la sociedad conyugal.

Luego de la declaración de nulidad no parece medie fundamento alguno para reconocer derechos hereditarios al mencionado cónyuge.

[1] MENDEZ COSTA, M. J., *Derecho de Familia*, t. I, p. 411.

Art. 222 **Si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe.**

La nulidad en este caso tendrá los efectos siguientes:

1°) El cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos;

2°) El cónyuge de buena fe podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hizo al de mala fe.

El cónyuge de buena fe podrá optar por la conservación, por cada uno de los cónyuges, de los bienes por él adquiridos o producidos antes y después del matrimonio, o liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del artículo 1315, o exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge, a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratase de una sociedad de hecho.

1. OBSERVACIONES GENERALES

Nuevamente la ley estructura la regulación de los efectos de la nulidad matrimonial apartándose de lo que constituye el principio general de privación de efectos al acto anulado comenzando con la afirmación opuesta, es decir,

destacando la producción de efectos equiparando el matrimonio putativo por buena fe de uno de los contrayentes al matrimonio válido, en relación a dicho cónyuge.

2. EFECTOS PERSONALES

El artículo que comentamos no reproduce la fórmula empleada en el artículo 221 conforme al cual con la nulidad cesan todos los derechos y obligaciones matrimoniales. Pese a ello, debe tenerse por operativo dicho enunciado, por cuanto después de declarada la nulidad no media fundamento alguno para mantener la vigencia de los mismos, con la sola excepción de aquellos que la propia norma pasa a señalar.

En lo que respecta a los alimentos se consagra en el inciso 1° el derecho a los mismos para el cónyuge de buena fe.

La redacción de este inciso es poco feliz, pues debió referirse al derecho del cónyuge de buena fe, como excepción al recordado principio general y no a la carencia de prerrogativa del cónyuge de mala fe.

Igualmente, hubiera sido aconsejable reproducir lo establecido en el artículo 221 en cuanto remite, a los fines de la procedencia del derecho alimentario, al artículo 209 del Código Civil y destacar que los mismos deben ser de toda necesidad para el alimentado.

3. EFECTOS PATRIMONIALES

a) Revocación de donaciones

La norma es similar a la que establecía el derogado artículo 88, inciso 2° de la ley 2393, y debe concordarse con lo dispuesto por el artículo 1217, inciso 3° del Código Civil.

b) Liquidación del régimen de bienes

La reforma ha procurado llenar el vacío que mostraba el derogado artículo 88 de la ley 2393 en relación con los efectos de la nulidad sobre los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio viciado.

Advertimos en primer lugar que la nueva regulación cuida no hacer referencia a sociedad conyugal de bienes, prefiriendo denominarla "comunidad" cuando es preciso hacer referencia al régimen patrimonial establecido.

En rigor, nada impide tipificar a dicho régimen como sociedad conyugal, dado que los efectos asimilados a los del matrimonio válido comprenden al mismo desde su inicio con la celebración hasta la disolución por la nulidad declarada (art. 1291 Código Civil).

La reforma ha incorporado las soluciones elaboradas por la doctrina, conforme a las cuales el cónyuge de buena fe tiene derecho a optar entre acogerse a que la sociedad conyugal existió durante la unión matrimonial, procediendo entonces su liquidación y la partición por mitades de los gananciales, o desconocer la existencia del régimen patrimonial legal y liquidar los bienes como si se tratara de una sociedad de hecho[2].

Pero a estos supuestos de clara aceptación doctrinaria se ha agregado un primer párrafo referido a los bienes adquiridos antes del matrimonio, que carece de sentido por tratarse de bienes propios y una mención a los adquiridos después, que permite considerar existe una triple opción para el cónyuge de buena fe, posibilitándosele por ésta mantener integralmente aquellos bienes adquiridos o producidos por él.

[2] MENDEZ COSTA, M. J., *Derecho de Familia*, t. I, p. 411.

Art. 223 **Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno.**

La nulidad tendrá los efectos siguientes:

1°) La unión será reputada como concubinato;

2°) En relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales.

1. CARENCIA DE EFECTOS DE LA UNION

La redacción de este artículo, mejorada por el Senado en su referencia a matrimonio anulado, responde a la contenida en el derogado artículo 89 de la ley 2393.

Cabe en primer lugar señalar que la enfática afirmación inicial acerca de la falta de efectos civiles de la unión debe ser correlacionada con aquellas consecuencias típicas de la anulación matrimonial que atañen al derecho de los terceros (art. 226 Código Civil) y subsistencia de la emancipación hasta la sentencia firme (art. 132 Código Civil), como así también en relación a conductas cumplidas en ejercicio de aparentes derechos y deberes conyugales (asistencia; cohabitación), que quedarían consolidadas si no han afectado el legítimo interés de terceros.

2. EFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD

a) Efectos personales

Procurando delimitar los efectos que se derivan de la declaración de nulidad y distinguir los de índole personal de los patrimoniales, el inciso 1° de este artículo establece que, en cuanto a los primeros, la unión se reputará como concubinaria.

En consecuencia, quedarán tales efectos condicionados a la posición que vaya adoptando la legislación con relación al concubinato, acrecentándose en la medida que las normas otorguen consecuencias jurídicas a dicho tipo de vinculación.

Será sí necesario entonces que tales disposiciones, que seguirán siendo dispersas y hasta contradictorias en nuestro derecho, eviten hacer referencia al concubinato a través de expresiones idiomáticas diversas que constituyen un circunloquio destinado a no dar a la relación la denominación que en realidad le corresponde[3].

b) Efectos patrimoniales

En lo que respecta a los efectos patrimoniales, al no existir sociedad conyugal, la masa de bienes que se haya incorporado durante la relación viciada deberá dividirse conforme a las reglas referidas a las sociedades de hecho, rigiendo entonces lo previsto por los artículos 1648 y siguientes del Código Civil y, especialmente, lo regulado en los artículos 1777 a 1788 bis del mismo Código.

Ello significa que el matrimonio anulado no implica, por sí mismo, la existencia de una sociedad, pues siempre será necesario se den los presupuestos legales de aportes e interés, acreditados debidamente.

[3] Ver al respecto D'ANTONIO, D. H., *Desconocimiento de efectos jurídicos al concubinato en el ámbito previsional*, Zeus, t. 14-D-81.

Rigen al respecto las profusas construcciones jurisprudenciales vinculadas con la prueba de la existencia de una sociedad de hecho, las que tienen aplicación sin que adquiera relevancia en este aspecto que se haya tratado de un matrimonio anulado.

c) Efectos sobre las convenciones matrimoniales

Con acierto agrega la reforma un párrafo destinado a los convenios matrimoniales y a través del cual se priva de efectos a las convenciones prenupciales que se hubieran acordado en base a lo establecido por el artículo 1217 del Código Civil.

Trátase de la aplicación de la consecuencia prevista en los artículos 1238 y 1239 del mismo Código, de los cuales surge una subordinación implícita a la condición suspensiva de celebración de matrimonio válido o putativo[4].

[4] BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. II, p. 279.

Art. 224 **La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco la habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo.**

1. TIPIFICACION DE LA MALA FE

El concepto de mala fe deviene por vía refleja de lo que debiera constituir el elemento básico de definición, es decir de la buena fe.

El texto del artículo que comentamos reproduce a la letra el derogado artículo 90 de la ley 2393, con el correcto agregado de las palabras "o circunstancia", que repara la indebida omisión de la norma anterior.

Es de rigor que la buena fe deriva de la ignorancia o error de hecho excusable o derivado de un accionar doloso. Tal principio indudablemente debe ser cumplimentado cuando la nulidad deriva de un vicio del consentimiento, siendo cónyuge de mala fe el autor de la violencia o el dolo, o el que conoce la existencia del vicio[5], y para el caso de la impotencia se sostiene que, cabe considerar al impotente de buena

[5] Cfr. MAZZINGHI, J. A., *Derecho de Familia* cit., t. I, N° 150; BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. II, p. 242.

fe, a menos que se pruebe que conocía su deficiencia[6], por lo que la mala fe resultará de la acreditación de dicho conocimiento.

2. COMPRENSION DE SUPUESTOS

Según se observa, el artículo 224 del Código Civil en su primer párrafo hace referencia al "impedimento o circunstancia que causare la nulidad", superándose así la limitación que fuera fundadamente criticada por Belluscio, quien al comentar el proyecto aprobado por Diputados señaló que se contemplaba la nulidad por violación de impedimentos, pero no los casos de nulidad no derivada de impedimentos, sino de otras causales, proponiendo dicho autor agregar al primer párrafo el siguiente texto: "en los demás casos de nulidad, se considera de mala fe: a quien se casa, a sabiendas, con quien no ha alcanzado la edad mínima, o con el privado de razón; a quien se casa con el que sufre vicio del consentimiento, conociéndolo; y a quien se casa conociendo su impotencia"[7].

3. EXCLUSION DEL ERROR DE DERECHO

La nueva redacción del artículo destinado a determinar en qué consiste la mala fe excluye, tal como lo hacía la anterior regulación, el error de derecho como circunstancia tipificante de la mala fe. Tal temperamento determinó severas críticas en su momento y la causal fue admitida entre otros

[6] Cfr. LLAMBIAS, J. J., *Código Civil anotado*, t. I, p. 800 y doctrina allí citada.

[7] Ver BELLUSCIO, A. C., trabajo cit. en La Ley Actualidad, del 7 de noviembre de 1986.

por Spota, quien pese a ello señala que si el error *iuris* es grosero puede revelar la mala fe[8].

Expresa Zannoni sobre el tema que la inexcusabilidad del error de derecho constituye a primera vista la aplicación del principio del artículo 923 del Código Civil, contenido también en su artículo 20, señalando que tal inexcusabilidad constituye un estándar jurídico que no sólo atañe a la obligatoriedad de la ley sino que, como lo dice el propio codificador en la nota al mencionado artículo 923, resguarda un principio de seguridad jurídica. Concluye el mencionado jurista que no hay motivo razonable para apartarse de dicha solución[9].

[8] SPOTA, A. G., *Tratado* cit., t. II, Vol. 1, Nº 166, p. 927.

[9] ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia* cit., t. I, p. 330/331.

Art. 225 El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia.

El texto ha reproducido lo normado por el derogado artículo 91 de la ley 2393, pero agregando los supuestos de presencia de dolo y ejercicio de violencia.

Siendo ajustada tal modificación debemos, en cambio, criticar que no se haya precisado que la indemnización puede abarcar el daño moral, el cual será generalmente el rubro indemnizable de mayor entidad en los supuestos de matrimonio putativo.

Para Belluscio el daño moral se presume *iuris tantum*[10] y resulta prudente recordar aquí lo afirmado por Mosset Iturraspe sobre tal reparación en el sentido de que algunas monedas pueden bastar como sanción ejemplarizadora, frente a un agente sensible; pero, con seguridad, no brindará a la víctima un bien sustitutivo del dolor[11].

[10] BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. II, p. 275.

[11] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1980, t. I, p. 202.

Art. 226 **En todos los casos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.**

1. LA DOCTRINA DE LA APARIENCIA JURIDICA Y SU APLICACION EN LA NULIDAD MATRIMONIAL

El artículo que comentamos reproduce el contenido normativo del derogado artículo 92 de la ley 2393, mejorando su redacción al referirse a *los casos precedentes* en lugar de hacerlo a *los artículos precedentes.*

Trátase de la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica a los distintos supuestos de nulidad del matrimonio, por lo que ha sido considerada inútil su normatización por algunos autores[12].

La apariencia jurídica constituye una institución de vieja raigambre y su aplicación parece derivar de la aplicación de la máxima *error comunis facit jus*, enunciada en el Digesto, Libro I, Título XIV, Ley 3, con la finalidad de resguardar actos pasados ante la creencia de que el sujeto poseía un estado civil idónco –el estado de libertad– aun cuando la doctrina francesa se ha esforzado en señalar que los jurisconsultos romanos no formulan en ningún lugar esta máxima, la que habría encontrado desarrollo y aplicación en el antiguo derecho francés.

[12] Ver LLAMBIAS, J. J., *Código Civil anotado* cit., t. I, p. 809.

Mas se reconozca o no como antecedente computable el mencionado texto del Digesto, lo cierto es que ya en Roma se advertía con claridad que se daban situaciones donde era necesario resguardar jurídicamente a quienes habían actuado en la creencia de que existían determinadas calidades o presupuestos de la relación jurídica, cuando en verdad ellos no se encontraban presentes. Y los motivos que avalaban la solución se encontraban asentados en la equidad[13].

El antecedente computado, más el desarrollo que le prosiguiera hasta culminar con la doctrina con sus alcances y peculiaridades conforme la muestra el conocimiento jurídico actual, permiten afirmar sin lugar a dudas que en todos los casos la apariencia jurídica ha sido admitida y regulada como elemento tendiente a resguardar los derechos de terceros —en el sentido de persona ajena a la situación que ha determinado la apariencia y no referido a la acepción común de quien es ajeno a la relación jurídica—, de buena fe.

Carnelutti, citado generalmente cuando se trata el tema que nos ocupa, señaló que la legitimación de derecho subordina la eficacia del acto a la existencia de una situación jurídica, de lo que deriva grave riesgo para la parte que tiene interés en dicha eficacia y a la cual puede resultar difícil el control. Este autor fundamenta la apariencia de la situación jurídica en la conveniencia de eliminar, dentro de ciertos límites, ese riesgo[14].

Belluscio, al referirse al concubinato y a las responsabilidades que del mismo derivan frente a terceros, sostiene que la aplicación del derecho aparente tiene lugar en tales casos[15], mientras Mazzinghi afirma que si bien el concubinato no puede funcionar como fuente de derechos para los concubi-

[13] CREMIEU, Louis, Revista trimestral de Derecho Civil, t. 9, año 1910.

[14] CARNELUTTI, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, p. 19.

[15] BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, t. II, p. 392.

nos, no impide que constituya, a veces, la causa de obligaciones cuando la pareja vive de manera tal, que permita creer a los terceros que se trata de un matrimonio[16].

Fornieles, por su parte, sostiene que la aplicación de esta doctrina a la institución del heredero aparente (art. 3430 Código Civil) es parte integrante de una doctrina general sobre "derecho aparente" que se halla diseminada en diversas partes de nuestro Código[17].

2. APARIENCIA Y BUENA FE DE LOS TERCEROS

Sostiene Spota que la anulación del matrimonio expresa que la convalidación de los actos jurídicos anteriores es ayudada en sus fundamentos por la doctrina de la apariencia jurídica, conjugada con la directiva de la buena fe del tercero, argumentos éstos que no sólo advierten acerca de la aplicación específica de la doctrina a determinados actos o situaciones jurídicas sino que igualmente destacan la buena fe del tercero como ingrediente necesario y presupuesto de la apariencia[18].

[16] MAZZINGHI, J. A., *Derecho de Familia*, t. I, p. 327.

[17] FORNIELES, Salvador, *Tratado de las Sucesiones*, t. I, p. 269/270.

[18] SPOTA, A. G., *Tratado cit. Parte general*, t. I, vol. 3^2, p. 170.

IX

La idea de la propiedad en el derecho de posesión material

I.—Correlación extensiva de la posesión y de la propiedad

El objeto de los capítulos siguientes (IX-XII) de este tratado, es probar que el motivo desenvuelto hasta aquí, de la protección posesoria, ha determinado toda la disposición de la teoría de la posesión, es decir, que la relación de la posesión con la propiedad ha sido el punto de vista que guió a los jurisconsultos romanos cuando han trazado la teoría posesoria. En apariencia las deducciones que siguen traspasan los límites de mi objeto; pero, en realidad, contienen el complemento y la prueba de la idea fundamental de todo el trabajo. Si la posesión, tal como yo la concibo, no es en sí misma más que una relación desprovista de importancia jurídica, que sólo recibe el reflejo de la importancia jurídica de la propiedad, la relación entre la posesión y la propiedad, tal como se entiende generalmente, cambia por completo. En efecto, mientras esta teoría parte de la posesión y de ahí llega a la protección posesoria como a una consecuencia, investigando a la vez las condiciones de la posesión en el examen de la relación de hecho con las cosas, que nosotros llamamos posesión en la vida común, el camino que yo sigo toma una dirección completamente contraria. Partiendo de la propiedad, yo llego primero a la protección posesoria y sólo

despues llego a la posesión. Para mí, la teoría de las condiciones de la posesión no nace de la posesión misma, sino que ésta se halla exclusivamente determinada por el fin práctico de la protección posesoria. Sea lo que fuere la posesión, que exista o que falte, según la idea que de ella se forma en el curso de la vida, yo no tengo por qué preocuparme ante las consideraciones que se desprenden de ese fin práctico. La completa independencia de la protección posesoria frente a la existencia natural de la posesión, es decir, la circunstancia de que una posesión puede existir en el curso ordinario de la vida, sin ser reconocida, esto es, protegida como tal, por el derecho y viceversa, la circunstancia de que la protección posesoria se conceda allí donde falta la posesión en ese sentido, no tiene nada de sorprendente dada mi teoría, que hace depender la cuestión de la protección, no de la definición de la posesión, sino del interés de la propiedad (1), mientras que la misma circunstancia es un verdadero enigma en varias de sus aplicaciones, según la teoría de Savigny. Si ha de buscarse en la posesión misma el motivo, el fundamento de su protección, ¿cómo es que el derecho llega a negar esta última en casos en que la posesión tomada en ese sentido existe y la concede en casos en que la posesión falta?

Pasemos ahora a mostrar desde un doble punto de vista la influencia decisiva que ha ejercido la idea de la propiedad sobre la formación de la teoría de la posesión material.

1. Con respecto a la esfera de aplicación de la noción posesoria:—*los límites de la posibilidad para la propiedad son tam-*

---

(1) Igual ocurre cuando se mira a la persona y se ve en la condición de la posesión actual, material (pero que es fundada) o futura, una exigencia jurídica racional por tanto de aquélla. La propiedad, después de todo, pide protección jurídica, porque es el resultado de una manifestación de la actividad humana para cumplir fines racionales: acción de su actividad sobre la naturaleza con el objeto de aprovechar toda la utilidad que la naturaleza le ofrece como conjunto de medios. La *posesión* de los medios por la persona, condición esencial para verificar la relación económica, es lo que se protege, según repetidas veces se dijo, en los remedios posesorios.—(N. DEL T.)

bién los de la posesión: posesión y propiedad son perfectamente paralelas.

2. Con respecto a las condiciones *internas* de la noción posesoria, es decir, a la cuestión de la existencia y las condiciones del nacimiento y de la continuación de la posesión:—el punto de vista dominante en la formación de esta teoría ha sido: *la imitación de la propiedad en su manifestación exterior normal: la posesión en la exterioridad, la visibilidad de la propiedad.*

Para establecer la correlación extensiva de la propiedad y de la posesión son precisas dos condiciones:

a) La prueba de la posesión *no va más allá* de la propiedad:—*allí donde no hay propiedad no hay posesión.*

b) La prueba de la misma se extiende precisamente tanto como la propiedad:—*allí donde puede haber propiedad puede haber también posesión.*

a) DONDE NO HAY PROPIEDAD NO HAY POSESIÓN

Allí donde no se puede concebir la propiedad, sea porque la cosa no puede ser objeto de ella, sea porque la persona no puede ser el sujeto, el derecho se pondría en contradicción consigo mismo si quisiera proteger provisionalmente la relación exterior de la persona con la cosa, como propiedad de hecho (1).

(1) Acentuando aún más ciertas declaraciones hechas en las notas, puede quizá afirmarse que la separación *real* de la posesión y de la propiedad resulta de una abstracción. No hay *posesión* que no lleve a la propiedad del medio jurídico, porque con poseer una cosa no se satisfacen las necesidades para que sirve. En este respecto nos parece muy razonado lo que dice Ihering. Como también que la protección posesoria se funda en la propiedad, pero no en el sentido que Ihering afirma, sino en cuanto la propiedad es de la persona; esto es, se protege la posesión porque el *poseedor* es persona que se ofrece teniendo la cosa o debiendo tenerla, como persona que se produce bien y honradamente en aquella relación especial. La distinción respectiva de propiedad (exclusiva, dominio), y la posesión (tenencia material) es formal y depende de ciertas necesidades de organización social y hasta del influjo del derecho roma-

Lo que no es posible no puede existir de hecho. Así el derecho romano excluye la protección de la posesión cuando falta la *capacidad subjetiva u objetiva*, a causa de este obstáculo que aparece en la persona o en la cosa.

Ya hemos demostrado muchas veces en la crítica de las diversas teorías posesorias, que esta proposición del derecho romano no puede en manera alguna armonizarse con aquellas teorías que no fundan la posesión sobre la propiedad (1). ¿Qué importa la capacidad de la persona o de la cosa, si no se trata más que de saber si el orden jurídico o la personalidad han sido perturbados por un acto de violencia, o si la voluntad ha sido ultrajada por la cesación de la relación de hecho? No recuerdo haber encontrado una respuesta satisfactoria a esta objeción en ninguno de los autores o defensores de esas teorías. Savigny se limita al simple aserto de que los casos de incapacidad posesoria objetiva y subjetiva «son la consecuencia inmediata de la noción de la posesión» (p. 124); pero no añade una sola palabra para motivar este aserto. Todo lo que dice es que las *res extra commercium* no pueden ser poseídas (p. 124); que es muy natural que los esclavos sean incapaces de toda posesión jurídica, puesto que no tienen derecho alguno (p. 127), y que la incapacidad de los hijos de familia resulta de la regla general, según la cual no pueden tener *derechos patrimoniales* (p. 126). No me ha sido dado descubrir dónde Savigny encontraría el derecho de decir que eso *es muy natural*. Y, en efecto, ¿qué es lo que la capacidad de tener derechos patrimoniales tendrá de común con la noción de la posesión, según Savigny? La posesión no es para él un derecho patrimonial, no es más que el teatro donde se cumple una injusticia cualquiera, dirigida contra la persona y es

---

no. Cuando se separa en la propiedad inmueble, p. ej., el *dominio* y la *tenencia* (según dice el art. 433 del Cód. civil esp.), ambos sujetos son... propietarios, cada uno de sus *medios* y para el goce de éstos, y ambos *poseen* aquellos aprovechamientos de que la misma cosa es susceptible. (N. DEL T.)

(1) Es muy distinta en la teoría de Hufeland, l. c., p. 73, 83, y de Thibaut, § 210.

completamente indiferente que ese teatro sea un *locus publicus* o un *locus privatus* (p. 13).

Será acaso útil examinar un poco más de cerca la posición del hijo de familia, en la relación de posesión, tanto pasiva como activamente, es decir, tanto como objeto cuanto como sujeto de la posesión. La relación de hecho del padre de familia con el hijo no puede ser considerada como posesión; así está expresamente declarado en la L. 1, § 8, *de poss.* (41, 2), no siendo, por otra parte, más que una aplicación de la regla general, según la que las personas libres no pueden ser poseídas. Desde mi punto de vista, eso se explica muy fácilmente, porque el poder jurídico sobre el hijo de familia no es como el que se tiene sobre el esclavo, considerado como propiedad, sino como *patria potestas;* así que con la posibilidad de la *reivindicatio* (1) cae también la de la protección posesoria. Yo espero de mis adversarios la explicación de esta regla. El hijo de familia, ¿está menos bajo la potencia del padre que lo está el esclavo bajo la protección de su señor? ¡No, ciertamente, en el *hecho* al menos! Si el señor conserva la posesión del esclavo huído, y eso que su potencia se ha reducido, de hecho, a nada, se hubiera podido concedérsele también sobre el hijo sometido a su dominio. Si se reflexiona acerca del carácter jurídico de este poder, el dominio jurídico sobre el hijo, atendiendo a su idea originaria, era, como es sabido, completamente idéntico a la del amo sobre el esclavo, una *potestas*, lo mismo que este último, y la debilitación que sufrió a través del tiempo no le ha quitado ese carácter. La *potestas* sobre el esclavo ha sido también templada en el derecho nuevo, y, sin embargo, no se ha vacilado nunca en considerar su existencia como una posesión. Desde el punto de vista de la teoría del delito y de la voluntad, no se puede comprender de ninguna manera por qué los romanos no habrán visto en la retención de un hijo de familia una perturbación del orden público o una lesión de la voluntad del padre de familia, lo mismo que en la retención de un esclavo.

(1) L. 1, § 2, D. d. R. (6, 1).

Pero el simple poder físico sobre un hombre no es la posesión; de otra suerte, el hombre que yo he encadenado debería encontrarse en mi posesión (1); y, en efecto, que se sea un animal o un hombre al que yo haya encadenado, es indiferente, en lo que se refiere a la dependencia *de hecho*, del uno o del otro, de mi voluntad. La unión del elemento jurídico todavía no da a ese poder el carácter de la posesión. El poder físico sobre los objetos animados o inanimados no tomó el carácter de posesión, sino *cuando el poder jurídico correspondiente es la propiedad* (2).

Trataremos ahora de la incapacidad posesoria del hijo de familia. No puede recibir una explicación satisfactoria más que desde el punto de vista de nuestra opinión (3). El hijo de familia no puede poseer nada, en tanto y porque no puede tener nada propio; ¿para qué, en verdad, le serviría el remedio protector de la propiedad, si ésta no puede concebirse en su persona? Precisamente por ese motivo, a la inversa, es por lo que el *filius familias* es capaz de poseer lo que está en su *peculium castrense* (4). Es necesario, pues, para ser consecuente aplicar, en derecho moderno, la regla inversa a todos los hijos, desde

---

(1) Véase, en sentido contrario, L. 23, § 2, *de poss.*

(2) Lo cual quiere, al fin y al cabo, decir que la posesión sea en el fondo justa, que es cuando *puede* aspirar a ser protegida, y ya dijimos que cuando en el hecho resulta protegida una tenencia que luego resulta *injusta*, es porque mientras se protegió se ofreció como *justa*. Claro es que nunca puede ser ni aparecer la posesión como justa cuando hay incapacidad (objetiva) en la cosa.—(N. DEL T.)

(3) V. además otros. Aprovecho esta ocasión para citar la L. 38, párrafo 6, *de* V. O. (45, 1) que no deja de tener importancia para el asunto. El jurisconsulto se pregunta si la estipulación del hijo de familia que tiende a *sibi habere licere* es válida en derecho. Para la afirmativa hace valer primero que: *Auferri res ei et ipse eadem auferre potest*, pero combate esta razón porque: *No factum, sed jus in hac stipulatio, tamen sic esse accipiendum, ut in filio familias videatur actum esse* DE POSSESSIONE *retinendae* AUT NON AUFERENDA *et* VIRES HABEAT STIPULATIO.

(4) L. 4, § 1, *de usurp.* (41 3)... *usucapiet.*

que este impedimento ha sido eliminado por medio del desenvolvimiento del patrimonio separado de los hijos de familia —consecuencia que la glosa ha reconocido y a la cual Savigny también se refiere. Aun con esto se ha intentado buscar otro motivo. No queda más que uno admisible, a saber: que la relación personal de dependencia, en la cual la potencia paternal coloca al hijo de familia, excluye la posibilidad de la voluntad de poseer. Pero el caso del *filius familias miles* demuestra cuán poco se opone la relación de dependencia a la voluntad de poseer y a la posesión. En el hecho, como en derecho, no hay en cuanto a la *potestas* diferencia alguna entre él y el *filius familias paganus*; y sin embargo, la capacidad de poseer es reconocida al uno y no al otro. La decisión de la L. 44, § 7, *in f. de usurp.* (41, 3) (1) nos muestra cuán poco entra la voluntad, en general, en cuenta para la relación posesoria del hijo de familia. Un hijo de familia, durante la ausencia del padre, compra a nombre de éste, y recibe ciertas cosas; el padre muere lejos: ¿qué ocurre con la posesión? Respuesta: desde el momento de la muerte del padre (y no desde el momento en que el hijo lo sabe), el hijo ha tenido la posesión. ¿Por qué? Desde ese instante llega a ser *sui juris*, *suus heres*, propietario, y además, por una consecuencia inevitable a los ojos del jurisconsulto, poseedor. Y, sin embargo, no se ha producido el menor cambio en su voluntad; después, como antes, se creía hijo de familia, y quiere detener para su padre. No es, pues, la falta de voluntad lo que excluye al hijo de familia de la posesión, sino la falta de capacidad para ser propietario; en cuanto adquiere ésta, adquiere también, como consecuencia, y sin su voluntad, la capacidad de poseer y la posesión. Según esto, los jurisconsultos romanos negarían la posesión al hijo de familia, que hubiera sabido la falsa noticia de la muerte de su padre, a pesar de su voluntad de poseer.

(1) Savigny no encuentra nada que decir de esta decisión inarmonizable con toda su teoría, y sobre todo con su sistema del *animus domini*, sino que contiene algo que parece singular (p. 126).

De ahí resulta que el obstáculo a la posesión del hijo de familia, no está en la potencia, sino en su falta de capacidad para ser propietario, allí, donde esta capacidad existe, como en el *filius familias miles* la *potestas* no es un obstáculo. La posesión del hijo de familia nos proporciona una prueba para las dos proposiciones que tenemos que demostrar: *donde la propiedad no es posible, la posesión no lo es; donde la propiedad es posible, la posesión lo es...*; en cambio, estas proposiciones son, en mi concepto, completamente inexplicables con todas las teorías posesorias, que toman un punto de partida, distinto del de la propiedad.

Réstame por examinar una relación en la cual se podría ver la condenación de la proposición que he emitido más arriba. *Forum autem et basilicam hisque similia* NON POSSIDENT *(municipes) sed promiscue his* UTUNTUR, dice Paulo en la L. 1, § 22, *de poss.* (41, 2). Y sin embargo, la ciudad tiene un derecho de propiedad sobre esos objetos. He ahí, pues, se dirá, ese supuesto paralelismo de la posesión y de la propiedad por tierra. Todavía no, diría yo, porque yo niego el punto de partida. Ya he combatido en otra parte (1) el aserto de que la relación del Estado con los objetos de uso común *(res publicae)* deba ser considerada como propiedad; y me veo obligado a repetir aquí lo sustancial de mis argumentos, porque los escritos de circunstancias en las cuales lo he desenvuelto no habrán llegado a manos sino de muy escaso número de mis lectores.

Parto del principio de que la noción «pertenecer» *(gehören)*, *(alicujus esse)* y la de la propiedad no son una sola y misma cosa, sin que, por el contrario, una cosa puede *pertenecerme (gehören)* sin estar en mi propiedad, es decir, sin estar sometida a los principios enunciados para ésta, en lo que concierne a la adquisición, la pérdida, la protección, la copropiedad, etc., et-

(1) En los dos informes que yo he emitido, a petición del gobierno del cantón de Basilea (ciudad), n.° I, Leipzig, 1862, p. 35; número 2, Basilea, 1862, página 3, 20; V. también el *Esp. del D. R.* III, p. 336, nota 476.

cétera. Mis cabellos *me pertenecen*, y los mechones de cabellos cortados son objeto de comercio y de propiedad; pero mientras están adheridos a mi cabeza no se puede aplicarles la noción de posesión y de propiedad (1). Las *res sacrae* pertenecen a las comunidades religiosas (2), las *res religiosae* a personas privadas, y esa relación jurídica tocaba muy de cerca a la propiedad (3), porque era una relación de la cosa con la persona, protegida por las acciones con un destino limitado, pero exclusivo para un cierto fin (4). Sin embargo, los romanos no la comprendían bajo la noción de propiedad, porque en otro caso hubieran declarado aplicables toda una serie de principios que no tenían aplicación a esas cosas, tales como la libertad de enajenar, la posibilidad de la copropiedad, el establecimiento de servidumbres, la usucapión, etc., etc. ¿Qué ocurre ahora con las *res publicae*? Su destino no es servir al Estado como persona jurídica, sino a los ciudadanos *(usus publicus)* (5). Ahora bien;

---

(1) L. 13, *pro ad leg. Aq.* (9, 2), *Dominus membrorum suorum nemo videtur.*

(2) Frontinus, *De controv. agr.*, II *(Grom. vet. ed, Lachmann*, p. 57), *De aede Minervae jam multis annis litigant (Adriementini et Pysditani)*

(3) L. 2, § 3, *De int.* (43, 1)... *Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur*, VELUTI PROPRIETATIS CAUSAM *continent.*

(4) V. los textos en que me fundo en el *Esp. del D. R.*, l. c., p. 335.

(5) Esta distinción entre la idea *pertenecer* y la de *propiedad*, exacta en cuanto se alude a la propiedad plena como facultad de *gozar* y *disponer* de una cosa con todas las consecuencias que esto supone, la sostiene con respecto a los bienes, según las personas a quien *pertenecen*, nuestro Código, y en general, se ve en los códigos modernos. Así, por ejemplo, Ricci, al hablar del italiano, lo hace notar, advirtiendo que la relación de pertenencia de los bienes de dominio y uso público con el Estado, más que el derecho de propiedad, implica una *función* que respecto de ella y mediante ella cumple el Estado. En mi concepto, la relación de propiedad respecto de estos bienes, se establece entre la sociedad *total* (nación, provincia y municipio) y la cosa, resultando la diversa manera de verificarse otras relaciones jurídicas de la naturaleza especial de estas personas colectivas.

En nuestro Código, la distinción, digo, se advierte también, y basta

puede conciliarse perfectamente con ese destino una relación jurídica secundaria del Estado con esas cosas, y yo reconozco que la pretensión del Estado a la renta de las *res publicae* (1), lo mismo que la propiedad que le corresponde sobre esas cosas en el caso en que la *res publica* se transforma en *res privata*, ex-

---

para demostrarlo (aun cuando los términos no se empleen siempre bien), tener en cuenta: 1.°, que de la propiedad como «derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», se trata en título distinto de aquel en que se especifican los bienes, según las personas a que pertenecen; 2.°, que clasifica el Código los bienes como de *dominio* público o de *propiedad* privada (art. 338); 3.°, que en el artículo 339 especifica los bienes de dominio público, y en el 340 habla de todos los demás bienes *pertenecientes* al Estado que tienen el carácter de propiedad privada, y en el 341 añade, que «los bienes de *dominio* público, cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado». El Código también afirma esta distinción respecto de los municipios y provincias; según el art. 346, «los bienes de la provincia y *de los pueblos* se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales», y son bienes de uso público (art. 344) «en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos y provincias. Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales, y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales». Por fin, en el artículo 345, se indica la existencia de la propiedad privada, individual y colectiva.

Para comprender bien estas ideas, es necesario tener presente la diferencia entre el Estado y la sociedad y que ésta es persona jurídica en sí misma, con su finalidad *racional* y por ende con su derecho de propiedad. El Estado, persona jurídica también, representa a la sociedad, pero no la absorbe.—(N. DEL T.)

(1) Por ejemplo, la hierba que crece a lo largo de las vías públicas, los árboles que están plantados en ellas, el *solarium* de una *superficie* erigido sobre un terreno público (L. 32, *De cont. emt.*, 18, 1; L. 2, § 17, *ne quid in loc. pub.*, 43, 8). Es preciso colocar también en esta categoría el derecho del fisco sobre la mitad del Tesoro encontrado en un fundo público, según el § 39, I, *De rer. did.* (2, 1). Según la L. 3, § 19, *De J. fisci* (49, 14), ese derecho se concedía al fisco sobre los tesoros encontrados *in locis religiosis aut in monumentis.*

ceden de la noción del *jus magestatis*, al cual Keller (1) ha querido limitar el derecho del Estado sobre la *res publicae*, y le dan el carácter de derecho privado (2). Pero, ¿es necesario admitir ese derecho como *propiedad*? He ahí lo que yo niego. Si se quiere ampliar esta expresión en el sentido indeterminado de pertenecer jurídicamente, como cuando se habla de la propiedad de un crédito o de una letra de cambio, o de una propiedad literaria, entonces no tengo nada que objetar: los mismos romanos se han permitido semejante inexactitud ante la falta de otra expresión (3). Pero es cosa muy distinta aplicar a esa relación la noción de propiedad, y he ahí toda la cuestión, pues eso implica la aplicación de todas las reglas de la teoría de la propiedad. La aplicabilidad de la noción de propiedad a las *res publicae* está claramente denegada en derecho romano, porque no sólo esas cosas están puestas en oposición con el *verdadero* patrimonio del Estado (*patrimonium, pecunia, bona populi, fisci*) (4) sino

---

(1) En la opinión emitida con ocasión del proceso mencionado más arriba reproducida en el suplemento al informe relativo a las fortificaciones de Basilea (J. Rüttimann, Zurich, 1860) y en sus Pandectas, § 48.

(2) Nace siempre este modo de ver las cosas del influjo del derecho romano, aquí por las consecuencias que se desprenden de la aceptación y aplicación de la distinción entre derecho *público* y *privado*. Las cosas *públicas* (carreteras, plazas, etc.), son de la nación, y mientras se destinan al uso común (necesarias) no pueden destinarse a otro uso; pero desde el momento en que cese la necesidad (por ejemplo, el terreno que se ocupe para una carretera, y que por variar el trazado no se usa para carretera), la cosa llamada pública entra en el comercio general y entonces obra respecto de ella el Estado en *representación* de la nación.—(N. DEL T.)

(3) Ella dice, por ejemplo, *dominium usufructus* (por oposición a la expresión: *possessio usufructus*) L. 3, *Si usufr.* (7, 6), *dominus hereditatis*, L. 48, pr., *De her. inst.* (28, 5), *dominus sepulchri*, L. 6, sep. nol. (47, 12).

(4) L. 6, pr. L. 72, § 1, *De cont. emt.* (18, 1), L. 14, pr. de A. R. D. (11, 1). L. 2, § 4, *ne quid in loco* (43, 8), L. 17, pr. de V. S. (50, 16). Ante esos pasajes no es dudoso que la expresión *res publicae* NULLIUS IN BONIS *esse creduntur* (L. 1, pr. de R. D., 1, 8). y *sacrae res et religiosae et sanctae* NULLIUS IN BONIS *sunt* no pueden significar más que la negación de la propiedad privada.—Sobre esta nota y sobre el pasaje citado de mi *Esp. del D. R.* me ha dirigido una comunicación el Doctor Von Kernstorf

que también se encuentra formalmente discutida en lo que les concierne la aplicación de las nociones que suponen las cosas susceptibles de ser el objeto de un derecho de propiedad, por ejemplo, la usucapión, la venta, las servidumbres, la estipulación, etc. (1). Así no es en virtud de una casualidad por lo que los jurisconsultos romanos evitan cuidadosamente la expresión *dominicum* hablando de esa relación, y cuando quieren designar el derecho del Estado sobre esas cosas se sirven de la expresión indeterminada *jus civitatis*. (2).

No veo la necesidad de abandonar esta apreciación. En efecto, si se alega que la *res publica* sustraída al uso público, cae en la propiedad del Estado, esta alegación, por una parte, no es generalmente verdadera *(alocus derelictus e insule in flumen nata)*, y en cuanto lo es (caminos, plazas públicas), está contrabalanceada por la *res religiosae* (3); en ambos casos cesa el obstáculo que se oponía hasta aquí a la admisión de la propiedad, la cosa pasa a ser *res in commercio*, objeto de la propiedad privada común, pero de esto no se desprende consecuencia alguna para el pasado. Las rentas accesorias de las *res publicae* no prueban nada; atestiguan que la relación jurídica del Estado con

---

de Ausgburgo, en la cual explica que en la L. 49, de V. S. (50, 16) la expresión *bona* abraza, no sólo la propiedad, sino todas las formas y especies de haber jurídico, y que, por tanto, la frase de que me ocupo en esta nota: *nullius in bonis sunt*, debe ser entendida únicamente respecto de la propiedad; pero que, sin embargo, no está en contradicción con mi teoría, porque no toca la cuestión del derecho del Estado, en tesis general, sino que sólo niega a los particulares *(nullius)* una pretensión jurídica sobre esas cosas. Dudo que esta tentativa de explicación pueda parecer satisfactoria, porque si *in bonis esse* debiera significar sólo el haber jurídico, se podría oponer a la tentativa de referir la negación sólo a los individuos, y no al Estado también, la objeción de que bajo la palabra *nullius* están comprendidas, no solamente las personas físicas, sino también las personas jurídicas.

(1) L. 83, § 5, de V. O. (45, 1), L. 34, § 1, *De cont. emt.* (18, 1), L. 1 pr. de S. P. U. (8, 2), L. 9, *De usurp.* (41, 3), L. 2, *De via publ.* (43, 11).

(2) L. 2, § 2, *Ne quid in l. publ.* (43, 8)..., *loca publica privatorum usubis deserviunt* JURE *scilicet* CIVITATIS, *non quasi propria cujusque.*

(3) L. 44, § 1 *de relig.* (11, 7).

ellas, no es sólo una relación de derecho público, sino también de derecho privado; pero no prueban que esa relación pueda ser sometida a la forma del derecho de propiedad. Mientras subsista otra forma jurídica de tener—y la relación de la *res sacrae y religiosae* nos proporciona una prueba—el jurisconsulto no estará obligado a abandonar el lenguaje correcto del derecho romano, y atribuir al Estado una propiedad a la cual falta todo lo que caracteriza la diferencia entre la propiedad y esa relación.

El sistema desenvuelto hasta aquí, y el paralelismo que sostengo entre la posesión y la propiedad, encuentran en la L, 1, § 22 *de poss.*, citada más arriba, un apoyo sólido por el cuál se completan mutuamente. En efecto, negando la posesión de las *res publicae*, y sustituyéndola con el *usus publicus*, ese pasaje reconocía mi proposición: allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, y suministra así un nuevo argumento contra la teoría de la propiedad del Estado sobre la *res publicae*. Si el Estado tuviese la propiedad de esas cosas, ¿por qué la jurisprudencia romana no habrá reconocido ahí como posesión la exterioridad de esta propiedad, y por qué habrá negado al Estado la protección posesoria que tiene una importancia tan grande desde el punto de vista de la protección de la propiedad?

b) Donde la propiedad es posible, la posesión también lo es

Si la protección posesoria es un complemento de la protección de la propiedad, la posesión debe marchar siempre a la par con la propiedad, supuesto, por lo demás, que las condiciones de su existencia estén reunidas. Esta última reserva me pondrá a cubierto de la objeción de que la propiedad pueda continuar sin la posesión, porque para la continuación de ésta no basta que la *propiedad misma* continúe, sino que continue su *ejercicio de hecho*.

La teoría romana de la posesión, ¿responde a esta exigencia?

No conozco relación alguna de propiedad en la cual sea desmentido el paralelismo entre la posesión y la propiedad de que aquí se trata. Allí donde admiten la propiedad, los jurisconsultos romanos admiten siempre también la posesión, aun cuando a este efecto se vean precisados a abandonar la noción escolástica de la posesión. Citaré, no como prueba de este *último* aserto, sino sólo como ejemplo de aquel paralelismo general, la copropiedad que en el terreno de la posesión tiene su correspondiente en la coposesión, de igual suerte que a la inversa la imposibilidad de una copropiedad *in solidum* tiene su correspondiente en la imposibilidad de la coposesión *in solidum*. Desde el punto de vista del poder físico, se hubiera llegado con gran dificultad a la coposesión; desde el punto de vista de la propiedad, resulta necesariamente como un reflejo de la copropiedad. En cuanto al primer aserto, creo poder fundarlo alegando las relaciones siguientes:

1. La posesión de los *niños* y de los *locos*. ¿Por qué admitir una posesión de las personas desprovistas de voluntad, si el motivo y el interés de la posesión descansan únicamente sobre la voluntad? (1). ¿Se debe, interponiendo su tutor, colocarles artificialmente en posición de sufrir un delito contra el cual estarían sin eso garantidos por su incapacidad natural de querer? Eso equivaldría, a mi ver, a obligar a un desdentado a poner su diente, con el único objeto de proporcionarle la posibilidad de tener dolores de dientes. ¡Bienaventurados aquellos que no tienen voluntad, si la importancia jurídica de la posesión consiste sólo en ser la relación bajo la cual la voluntad es herida y lesionada! Nadie negará que hacer abstracción de la voluntad con respecto a esas personas, constituye una de las más grandes anomalías de la teoría posesoria. Que no se diga que la vo-

(1) He aquí cómo regula esta relación posesoria nuestro Código civil. Según el art. 433, «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.— (N. DEL T.)

luntad de su representante suple la suya; porque por una parte eso no es cierto para el caso en que el poseedor se vuelva loco, al menos en tanto que no se le instituye una *cura furiosi* (1), y por otra parte, aun en la adquisición de la posesión por un representante, el representado mismo debe tener la voluntad de poseer.

Dada mi opinión, no hay necesidad de explicar ese fenómeno. No se podrá negar a esas personas la capacidad de poseer sin declararlas cuasi-incapaces de ser propietarias. La teoría debía amoldarse aquí a las necesidades de la práctica. Negándoles esta capacidad, se les hubiera obligado, en el caso de una *dejectio* violenta, a intentar la reivindicación a falta del int. *unde vi*; se les hubiera hecho, además, imposible la adquisición de la propiedad por tradición; en una palabra, lejos de mejorar su posición jurídica, que es lo que siempre se ha propuesto el derecho, se hubiera comprometido gravísimamente.

En el derecho nuevo, los *infantes* también pueden, como es sabido, adquirir la posesión sin tutor; por supuesto, sólo de las cosas que es costumbre dar a los niños (2). Apenas si hace falta advertir que esta concesión no está inspirada por la idea de la posesión considerada como dominio de la voluntad, sino por el interés de la propiedad. ¿Por qué esta limitación de la capacidad de poseer en caso de donación? Porque es el mismo caso en que

---

(1) La posesión continúa en ese caso: la L. 27 de poss. (41, 2), lo dice hablando de la posesión ejercida *animo*; la usucapión continúa, V. L. 4, § 3 y L. 44, § 6 *de usuc.* (41, 3). La consideración invocada en este último pasaje; *ne languor animi dammun etiam in bonis afferat*, es aquella de que yo quiero servirme. Es quizá más importante aún para la protección posesoria que para la usucapión. Savigny (pág. 354) trata de justificar racionalmente esta continuación por medio de la ley que ha enunciado para la pérdida de la posesión (sobre la que volveré luego), el jurisconsulto romano veía ahí una anomalía admitida *utilitate suadente*, es decir, bajo la influencia de la consideración alegada.

(2) Arg. L. 3, Cód. *de poss.* (7, 32) verb. CORPORE QUAERITUR, L. 4, § 2 *de usurp.*, (41, 3)... *et animum possidendi habeat.* Se aplica esto a los juguetes, a las golosinas y al dinero, pero no a las casas ni a los caballos.

se encuentra en la practica una adquisición de propiedad de parte de niños sin autoridad del tutor, o para hablar más exactamente, es el único caso en que hay interés en procurarles la posibilidad de adquirir. Sólo esta última consideración hace admitir la posesión, por lo que también aquí la posesión no se presenta sino al servicio de la propiedad.

Pudiendo decirse lo mismo;

2. Respecto *de las personas jurídicas.* No tienen voluntad natural de poseer, pero el obstáculo que algunos jurisconsultos romanos ponían ante esta circunstancia para quitarles la capacidad de poseer, no ha sido admitido en la práctica, y con razón (1). ¿Cómo explicar esta concesión si se tratase sólo de hacer posibles con respecto a esas personas los delitos posesorios, si la importancia de la posesión se apoya en la noción de la voluntad y en el derecho primordial de la personalidad a no ser lesionada en la libertad de su voluntad? Se trata de un fin más serio, se trata para la persona jurídica de la posibilidad de la usucapión y de la facilidad de la prueba concedida a la posesión en las discusiones sobre la propiedad.

3. A la muerte del poseedor, la posesión cesa, es verdad; pero ya hemos demostrado antes que el interés práctico de los vivos, al cual la posesión responde, ha sido plenamente satisfecho de otra manera en la sucesión hereditaria, y todo por medio de la continuación no interrumpida de la usucapión y de la *hered. petitio.*

4. La *cuasi posesión* viene a dar un poderoso apoyo a esta opinión. Si se llega a la *posesión* partiendo del derecho, si el motivo práctico de la posesión reside en el derecho, no sólo se concibe perfectamente bien la extensión de la noción de la posesión a todos los derechos en los cuales puede haber exteriorización del derecho, es decir, a los cuales corresponde un ejercicio duradero y visible, sino que también ese hecho contiene, para esos derechos, la última y necesaria evolución de su formación jurídica. No puede comprenderse cómo se ha llegado, por otra

(1) Comp. L. 1, § 22, L. 2 *de poss.* (41, 2).

parte, a semejante extensión de la noción posesoria, partiendo del *poder físico sobre la cosa*, porque esta extensión no conserva de la posesión ni el elemento de la *cosa*, ni el del *poder físico*, y no me es dado alcanzar el motivo en que se inspira esta caricatura de la posesión, que desfigura la supuesta idea fundamental hasta ponerla desconocida. La teoría de Savigny, si quiere ser sincera, no puede ver en la cuasi posesión más que una singularidad sin motivo alguno, una de las más terribles confusiones de ideas que haya habido nunca en el derecho, y en verdad, el abismo que separa el poder físico y la cosa de una parte, y de la otra el ejercicio de los innumerables derechos que pueden en el derecho moderno ser objeto de una *cuasi posesión*, abstracción hecha de esos dos elementos, es infranqueable. Este abismo no podrá salvarse sino mediante la idea de que esas dos formas de la posesión contienen ambas el ejercicio de un derecho, y cuando Savigny (192) se vale de este expediente, inevitable por lo demás, no lo hace sino a costa de una infidelidad con su teoría. Desde el instante en que recurre a la noción del ejercicio del derecho, confiesa que la idea del poder físico sobre la cosa no es una idea primordial y no tiene una importancia independiente para la posesión, que, por tanto, no puede servir de fundamento a toda la teoría posesoria, sino que no tiene más que la importancia secundaria de ser la forma bajo la cual se manifiesta la idea del ejercicio del derecho en la *propiedad*. Y desde el instante en que así se ha sustituído a la idea del poder físico la del ejercicio de los derechos, como idea fundamental de la posesión, la lógica no permite investigar el motivo último de la posesión en otra parte que no sea en los derechos mismos, y una vez en este camino se llega a descubrir el movimiento paralelo de los derechos y de la posesión, y se alcanza al fin la convicción de que la protección de la *posesión* es un *complemento indispensable* de la *protección del derecho* (1). Así, la idea desenvuelta hasta aquí

(1) Idea ésta que en cierto modo es la que sustentan los señores Giner y Calderón (lugar citado), partiendo de que la posesión no implica meramente la tenencia material de los objetos y que no se refiere sólo a la

del paralelismo entre la propiedad y la posesión de las cosas encuentra la extensión completada por nuestro derecho consuetudinario moderno, de la *cuasi posesión*, a todos los derechos que de ella son susceptibles, ejemplo y apoyo que arrojan sobre ese paralelismo la luz más viva y que nos permitirá formular de una manera más general, como *exterioridad de los derechos* (ligados a un ejercicio de cierta duración), la *idea de la posesión*, que hemos debido concebir, aquí donde sólo la examinamos en su aplicación a la posesión de la cosa, como *exterioridad* de la propiedad.

---

relación de propiedad (económica), sino que la posesión es un momento esencial de la vida o cumplimiento de la relación entre el sujeto (persona) y la condición en virtud de la que se hace posible la aplicación de ésta a su fin correspondiente. Según esto, si la protección de la *posesión* es el complemento *indispensable* de la protección del *derecho*, pero como el *derecho* se protege ya mirando al ser del mismo, de ahí que el fundamento de la protección de la posesión radica en el respeto a la persona cuando vive y obra como ser de derecho. – (N. DEL T.).

2.—La cuestión de la adquisición y de la pérdida de la posesión.—Crítica de la teoría de Savigny

Si nuestra tesis de que la posesión es la exterioridad de la propiedad es exacta, debe ser confirmada ante todo por la teoría del nacimiento y de la continuación de la posesión. Podemos formular por adelantado la regla que debe regir esta materia:

La manera cómo el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio de la existencia de la posesión.

Creo poder probar que esta regla es perfectamente justa en derecho romano, y que ella tan sólo nos evita las contradicciones y las dificultades que se presentan en la teoría de Savigny sobre las condiciones del origen y pérdida de la posesión: contradicciones y dificultades que se han discutido hasta hoy muy débilmente, porque no se encontraba modo de salvarlas.

Ninguna parte de la teoría posesoria de Savigny ha sido tan general y tan evidentemente aceptada, así que creo necesario, antes de pasar a exponer mi propia teoría, motivar el juicio que acabo de emitir sobre la de Savigny, y mostrar que entraña contradicciones inexplicables, tanto con respecto a las decisiones de los jurisconsultos, cuanto con relación a sí mismo.

El error fundamental de Savigny consiste, a mi ver, en que

identifica la noción de la posesión con la del poder físico sobre la cosa, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por lo que llega a constreñirla, de tal suerte, que pierde al fin toda la verdad y queda reducida a ser la negación de sí misma.

Veamos primeramente, si tal punto de vista se puede sostener ante el examen de la teoría de la *adquisición* y de la *pérdida* de la posesión.

Savigny (p. 210, 211 y 236) hace consistir la noción de la *aprehensión* de la posibilidad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de evitar toda acción extraña. Como condición esencial para esta posibilidad, exige, tanto para los inmuebles (p. 212) como para las cosas muebles (p. 216), la presencia inmediata cerca de la cosa: «la presencia material es la que entraña la facultad de disponer libremente de las cosas, (p. 214,; es preciso que la posibilidad de disponer libremente de las cosas se presente como real e inmediata al espíritu de quien quiera adquirir la posesión» (p. 238). Así Savigny tiene buen cuidado, en algunos textos que no mencionan esta condición de presencia (p. 220, 225), de suponerla como cosa natural: los esclavos, a los cuales, según la L. 1, Cód. *De donat.* (8, 54) se ha entregado la posesión y la propiedad, por la simple entrega de los títulos de propiedad, estaban presentes al acto: el comprador de la L. 1, párrafo 21, *De poss.* (41, 2) y L. 9, § 6. de A. R. D. (41, 1), estaba presente en el comercio cuyas llaves le han sido entregadas.

Y preguntamos: ¿ha logrado Savigny, como él cree (p. 236), demostrar la exactitud de esa noción de la aprehensión por la interpretación de los textos? Debo rechazarlo formalmente. La posibilidad de la adquisición de la posesión mediante la *custodia* (p. 226 y sigs.), es irreconciliable con la necesidad de la presencia personal de aquél que aprehende, y apenas se puede comprender cómo Savigny cree lograr evitar tal contradicción diciendo (p. 227): «que no hay nada de que se sea más dueño que de su morada y que por esto mismo se tiene la *custodia* de todo lo que allí se encuentra». En efecto; ese poder sólo no es

suficiente, según Savigny mismo; es preciso, además, la posibilidad de una acción *inmediata* cerca de la cosa, y esta posibilidad no existe para él sino allí donde el que aprehende está *presente* cerca de la cosa.

Si basta ser el dueño de la cosa, lo soy yo menos cuando el vendedor de un almacén me lleva la llave a mi morada, que cuando aquél que me entrega las mercancías deposita el paquete abierto y en mi vestíbulo, en mi ausencia, y sin que nadie de los míos lo haya introducido, ni haya visto la cosa (*quamquam id nemo dum attigerit*, L, 18 § 2, *De poss.*), o cuando se conduce el rebaño a mi establo abierto, la leña a mi patio, el abono a mi jardín. Yo estimo que soy más dueño en el primero de esos casos. Nadie, en efecto, abrirá tan fácilmente como yo la puerta de hierro del almacén, mientras que el acceso a mi vestíbulo, a mi patio, a mi jardín o a mi establo es libre, y cuando pienso en el peligro posible de una sustracción de la posesión en cada uno de esos casos, para medir según eso *la conciencia de mi poder físico*, me creo más seguro con la llave del almacén que en los casos de *custodia*.

La L. 55, de A. R. D. (41, 1), me concede la posesión y la propiedad de la caza que se ha cogido en mis lazos, sin tener en cuenta el sitio donde éstos han sido puestos, es decir, sin examinar si han sido puestos en mi propio fundo o en pleno campo (1). El jurisconsulto no exige una aprehensión corporal inmediata de la caza; admite, pues, que la posesión del cazador puede comenzar en su ausencia: tal resulta de la manera más clara de los términos empleados: *aprum meum... qui eo facto* MEUS *esse* DESISSET.

He aquí, pues, un caso indudable de adquisición de la posesión, sin que el adquirente esté cerca de la cosa. Es, por tan-

(1) Savigny (p. 223, nota), esquiva la necesidad de expresar su opinión sobre este pasaje; porque diciendo que la razón de esta decisión se encuentra en las palabras: *ut* SI IN MEAM POTESTATEM *pervenit, meus factus est.* no hace más que traducir las palabras del jurisconsulto: *Summam tamen hanc esse puto.*

to, imposible que la posibilidad de una acción física inmediata sea una condición absoluta de la aprehensión (1).

Pero aun donde existe esta posibilidad, junto al conocimiento y a la voluntad, no siempre basta. Quisiera yo ver cómo pueden ponerse de acuerdo con la teoría sobre la aprehensión de Savigny las dos decisiones siguientes: Según la L. 5, § 3, A. R. D. (41, 9), cualquiera puede poseer *sine furto* los panales de miel que un enjambre de abejas, que no me pertenece, ha formado sobre mi árbol; es decir, que yo no he adquirido la posesión de esos panales ni la de las abejas, según el § 2. Se comprende muy bien en cuanto a estas últimas, pero en cuanto a los panales de miel formados sobre mi árbol, en mi jardín, parece que debían pertenecerme como los pájaros que se dejan coger por los lazos que yo he puesto en mi bosque (2). Hay ahí la posibilidad de una acción inmediata, el conocimiento y la voluntad.—¿Por qué, pues, no hay posesión?

La segunda decisión concierne a la adquisición del tesoro;

---

(1) Ve Ihering claramente en esto, como en muchos casos, el carácter inmaterial de la relación jurídica, y por esto acierta de un modo exacto con el *quid* de la dificultad en materia tan interesante como el desarrollo de la relación jurídica de posesión. Como el derecho al fin radica en la intención, la aprehensión jurídica se verifica sin necesidad de actos exteriores materiales por parte del sujeto. Aunque sin la apetecida pureza en los términos, así parece verlo también nuestro Código civil, cuando en su artículo 438 dice: «La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos *a la acción de nuestra voluntad*, o por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho».—(N. DEL T.)

(2) Será conveniente ver la solución que da el Código civil vigente a la cuestión de la adquisición de los enjambres de abejas. En general se adquieren por la ocupación, pues según el art. 612, «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesita el consentimiento del dueño para penetrar en él. Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá *el poseedor* de la finca ocuparlo o retenerlo».—(N. DEL T.)

esto es, de una cosa escondida en un tiempo o en lugar cualquiera (Savigny, p. 229).—Las opiniones de los jurisconsultos romanos sobre las condiciones de la adquisición de la posesión en ese caso eran discordes; algunos jurisconsultos antiguos concedían la posesión al poseedor del fundo en el cual estaba escondido el tesoro, desde el instante en que tenía de él conocimiento, mientras la mayoría, cuya opinión ha sido aprobada por Justiniano, no admitía la posesión más que *si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuissem* o *si loco motus sit* (1). Cuando la L. 3, § 3, *de poss.*, que contiene la última versión, añade como motivo: *quia non sit sub custodia nostra*, es evidente, en verdad, que el propietario del suelo no puede obrar inmediatamente sobre el tesoro ni disponer de él en tanto que no sea desenterrado (2). Pero yo pregunto: ¿hay diferencia en esto de cuando se trata de la cosa depositada en mi casa durante mi ausencia o de la cosa cogida en mis lazos? Si todo depende de la seguridad del poder físico sobre la cosa, yo creo que esta seguridad subsiste en ese caso tanto como en la *custodia* doméstica. Savigny (página 230) encuentra, en verdad, que es esa una custodia especial, que no es posible más que en esta hipótesis, y en una adición a la sexta edición hace nacer, en contradicción con las decisiones completamente generales de los jurisconsultos romanos, la posesión del tesoro escondido en la casa misma, desde el momento en que se tiene conocimiento de él. Sin entrar

(1) L. 3, § 3, L. 44, pr. *de poss.* (41, 2); L. 15 *ad. exh.* (10, 4).

(2) Igualmente creemos oportuno trasladar aquí lo que referente a la ocupación del tesoro, el Código civil dispone, pues la ocupación, si es camino de la propiedad, lleva inmediatamente a la posesión. «El tesoro se adquiere (posee por tanto) por la ocupación» (art. 610). «El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 151» (art. 614). El Tesoro, dice este artículo 151, oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento por casualidad en propiedad ajena o del Estado (!), la mitad se aplicará al descubridor». Se entiende por tesoro para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado del dinero, alhajas u otros objetos preciosos, *cuya legítima pertenencia no consta.*—(N. DEL T.)

ahora en el examen de las consideraciones sobre las cuales descansa positivamente la decisión de los jurisconsultos romanos (V. luego XII), no puedo menos de preguntar por qué ese muro elevado infranqueable no podrá darme, con respecto al tesoro que haya en mi jardín, la misma «*conciencia de un poder físico*» que la que me concede el depósito de una cosa depositada durante mi ausencia en mi patio o en mi vestíbulo abierto? (1).

Si pasamos ahora revista a las relaciones que acabamos de citar, veremos que Savigny no ha conseguido de ninguna manera ponerlas en armonía con su noción de la aprehensión, y si cree, sin embargo, haberlo conseguido, creencia ésta seguida por toda nuestra jurisprudencia romanista moderna, proviene en parte de que él mismo rechaza su propia noción de la aprehensión allí donde le estorba, y en parte de que no examina de ninguna manera las relaciones que yo he señalado. Una de dos: o Savigny tiene razón cuando asienta la noción de la aprehensión sobre la «posibilidad de obrar *inmediatamente* sobre la cosa»—y entonces comprendo bien por qué las llaves del almacén no procuran la posesión del almacén y por qué la posesión del fundo no procura la del tesoro; pero yo no comprendo

1) Cómo Savigny puede concederme la posesión del tesoro escondido en el muro de mi casa, porque yo no puedo obrar inmediatamente sobre ese tesoro mientras no haya perforado el muro;
2) Cómo puedo yo adquirir la posesión en mi *ausencia*,

---

(1) Hablando de la pérdida de la posesión (p. 311, 312) Savigny asimila, con respecto a la *custodia causa* de la L. 44, p. *de poss.* y para el mantenimiento de la posesión, el hecho de conservar una cosa en su morada, y el de enterrarla en su campo; «las medidas especiales tomadas para la conservación de esta cosa (custodia) le dan la certidumbre de poder encontrarla más tarde», y añade la nota: «tal es el sentido general de la palabra *custodia*, y la diferencia entre la adquisición y la conservación de la posesión no es aquí más que una cuestión de más o menos». He ahí, en verdad, la *custodia* aplicada al jardín.

estando quizá varias leguas, por medio del depósito hecho en mi morada;

3) O mediante los lazos tendidos a la caza en el bosque;
4) Ni tampoco comprendo por qué no adquiero la posesión de los panales de miel formados en mi árbol.

O bien, por el contrario, no es preciso la posibilidad de la acción personal inmediata, es decir, instantánea, y basta un poder asegurado obtenido de una manera cualquiera sobre la cosa. Entonces yo comprendo los casos 1.°, 2.° y 3.°, pero no comprendo por qué no he de tener también la posesión del tesoro que se encuentra en mi fundo, y por qué la tradición de las llaves no ha de darme la posesión del almacén o de la casa. El caso 4.° queda, en mi concepto, tanto en una como en otra hipótesis, como un enigma.

Vese, pues, que la teoría de Savigny sobre la aprehensión lleva a contradicciones palpables: ora la presencia es necesaria, ora no lo es; ya la seguridad del poder físico basta, ya no—las deducciones de Savigny se moldean en las decisiones mismas concretas que trata de interpretar, pero olvida en ellas, cuando llega a la segunda, lo que dice en la primera. Se puede refutar a Savigny con Savigny mismo. Supongamos, por ejemplo, que yo quiero demostrar que, según Savigny, la tradición de las llaves debía procurar la posesión del almacén; me bastaría recurrir a su aserto sobre la *custodia* (p. 227), del cual resulta que la certidumbre del poder sobre la cosa es la que me da la posesión. Si yo quiero, por el contrario, demostrar que la *custodia* no puede dar ninguna posesión, tomaría su aserto relativo al tesoro (237), según el cual el propietario no tiene posesión de éste, «porque aquí también es muy posible que otro encuentre ese tesoro, el que entonces no hubiera estado ni un instante realmente en poder del propietario del suelo». ¡El peligro de que otro me preceda en la aprehensión física de la cosa es mayor para el tesoro escondido en la tierra y oculto a las miradas de todos, que para el paquete de libros depositados en mi vestíbulo! La respuesta no puede ser dudosa si se procede sin pre-

juicios. En realidad, el mismo Savigny parece encontrar ese peligro muy poco serio, porque en su teoría de la pérdida de la posesión (p. 341), la ocultación del tesoro aparecía como *custodia*, es decir, como medida especial tomada para su conservación y que da al poseedor la certidumbre de poder encontrarle más tarde.

Si pasamos ahora a la pérdida de la posesión, la fórmula enunciada por Savigny no es, en mi sentir, más exacta que la que enuncia para la adquisición. La posesión, según él, se mantiene mientras subsiste la posibilidad de reproducir cuando se quiera el estado originario; hay, pues, pérdida de la posesión desde que esta posibilidad se convierte en *imposibilidad* (p. 139)

Examinemos más de cerca esta idea. Nuestra teoría la ha aceptado con los ojos cerrados y sin presentar objeciones: lo que yo no puedo explicar sino porque, no encontrándose en estado de sustituirla con otra mejor, ha evitado cuidadosamente destruirla. Por mi parte, no conozco en toda la jurisprudencia ninguna que resista como ella a toda aplicación seria.

La imposibilidad de reproducir a voluntad el estado originario deberá, pues, decidir si la posesión se ha perdido. *Reproducir* A VOLUNTAD, ¿quiere esto acaso decir sin que haya obstáculo alguno? Podría creerse dada la frase *a voluntad* (p. 339), porque si debo ante todo vencer los obstáculos que la resistencia entraña, el resultado no depende sólo de mi *voluntad*, sino y al propio tiempo de la relación en que están mis *fuerzas* con los *obstáculos* que a ella se opongan. Savigny no se ha decidido en esta cuestión, y por tanto, no podemos investigar el alcance que da a su noción más que en los ejemplos en los cuales hace aplicación de la misma. Me ha sido arrebatada la cosa por robo o bandidaje, ¿he perdido la posesión? Sí: «aquí la cesación de la facultad de disponer de ella es perfectamente evidente» (p. 340). Sería preciso, para ser consecuente, decir otro tanto «del caso en que durante nuestra ausencia nuestro inmueble se encontrase ocupado por una persona que hasta nos impide violentamente volver a entrar, porque la posibilidad física de obrar sobre la cosa se nos quita de un modo positivo desde ese instante, al

igual que en el primer caso, pero esta regla tiene aquí una excepción notable» (p. 348) (1).

No quiero examinar si todos esos casos son de una naturaleza tal, que el poseedor pueda sin gran trabajo recobrar la cosa—, circunstancia, sin embargo, a la cual Celso da una importancia decisiva en la L. 18 § 3. h. t.

> *Non disisse illico possidere existimandus sum, facile* EXPULSURUS *finibus simulatque sciero.*

y que Savigni mismo no ha podido desconocer enteramente, puesto que tiene buen cuidado de excluirla del caso de ocupación de que se trata, suponiendo que la otra persona está dispuesta «a impedirnos entrar» (¿Quién puede decirnos si puede o si quiere, aunque pueda?) Pero admitamos que todo obstáculo

---

(1) A fin de que el lector pueda ver a qué criterio vario responde nuestro Código civil en materia tan intrincada, bueno será copiar los artículos que de la pérdida de la posesión tratan. «El poseedor puede perder la posesión: 1.°, por abandono de la cosa; 2.°, por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuíto; 3.°, por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio; 4.°, por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año». (Esta circunstancia pone al nuevo poseedor bajo la protección de los interdictos). (V. art. 460). «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero» (art. 461). Aquí, por supuesto, es en donde pueden ofrecerse prácticamente la multitud de complicados casos de que Ihering habla luego en diferentes sitios, pues no hay modo de señalar *a priori* la circunstancia en que realmente se desarrolla la posesión de muebles con relación a su pérdida en el caso a que alude el art. 461. Un tratadista español, el señor Sánchez Román, señala varias omisiones entre los modos que el Código especifica para perder la posesión. Las principales son dos: 1.ª, por virtud de la acción reivindicatoria del propietario que la tiene, dice el art. 348, contra el *tenedor* y el *poseedor*, y 2.ª, por la *expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, que priva ante todo de la posesión y a veces sólo de ésta, y 3.ª, cuando tiene lugar la interrupción a que aluden los artículos 1943 y 1948.—(N. DEL T.)

que se nos ofrezca sea suficiente para hacer cesar nuestra posesión, es preciso, sin embargo, ser consecuente. El puente que conduce a nuestro fundo es destruído; hasta que haya sido reconstruído, el acceso al mismo es completamente imposible; o bien, nuestro fundo es inundado: ¿continúa la posesión? Sí, responde Savigny; «claro es, dice, que un obstáculo *pasajero*, como esos, no quitan la posesión» (pág. 340, nota 3). El claro ese que ahí se escribe, es lo que yo no puedo comprender (1). En efecto, si el carácter transitorio del impedimento que surge aquí de improviso como una condición esencial, ¿debe ejercer una influencia tan decisiva?, ¿es que un impedimento transitorio no hace cesar, por lo menos temporalmente, la posibilidad de reproducir a voluntad el estado de cosas originario? Ahora bien: si la posesión se interrumpe, aunque no fuese más que temporalmente, queda interrumpida la continuidad, y la posesión ulterior no es ya la posesión antigua, sino una posesión nueva. Al mismo Savigny me refiero aquí. «El *animus* por sí solo hace perder la posesión desde el instante en que el poseedor tiene la *voluntad de renunciar a ella;* porque desde ese instante, por consecuencia de la misma resolución, la reproducción de la voluntad primera a la cual se opone se hace imposible. A partir de entonces si más tarde el antiguo poseedor quisiera volver a empezar a poseer, necesitaría una nueva aprehensión, porque la posesión anterior habría dejado de existir» (pág. 355). No es éste aún el momento de someter esta opinión de Savigny a un examen crítico: bastará que me sirva de ella para esclarecer la decisión indicada más arriba. Yo pregunto: ¿el poseedor que cambia de voluntad, provoca un obstáculo más duradero que el suceso natural que ha destruído el puente? Un nuevo cambio de voluntad basta

(1) Savigny no presta atención alguna a la L. 30, § 3 *de poss.* (41, 2), *item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus;* ni a la L. 3, § 17. *Desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupavent* (no se dice aquí si pasajeramente o para siempre; pero, por otra parte, ¿quién puede saber eso por adelantado?) Esos dos fragmentos contradicen el aserto de Savigny.

para cortar el obstáculo, mientras la reconstrucción del puente puede durar mucho tiempo, ¿y hasta quién sabe si el poseedor u otra persona a quien el puente pertenece no lo construirán nunca? Pero admitamos eso: ese obstáculo pasajero no debe hacer cesar la posesión; ¿pero cómo decidir si es pasajero o no? ¿Se ha de atender al momento actual o es preciso esperar el resultado? Y en el primer caso, vuelvo a preguntar, ¿es más fácil para mí reconstruir un puente que ir a buscar las maderas que un vecino ha transportado furtivamente sobre su fundo, o las palomas que ha encerrado en su palomar? En el segundo caso no será preciso que yo recupere esos objetos por mi propia autoridad, porque el vecino estará dispuesto, sin duda, desde el instante en que yo sepa el hecho, a devolverme las cosas para evitar una denuncia en justicia. Y aun en el caso contrario, no puedo yo decidirme desde el primer momento pensando en el efecto de una denuncia: el obstáculo que mi adversario opone a mi posesión, ¿es por naturaleza pasajero o es preciso que yo espere el resultado?, y debo decidir lo mismo en un caso que en otro. Si obtengo al cabo de unos días la restitución de las cosas que me han sido quitadas por robo o pillaje, no debería en ese caso haber perdido nunca la posesión; si no hago rehacer el puente debería, a la inversa, haberla perdido retroactivamente.

«Si el sitio donde se encuentra nuestra cosa se nos hace *enteramente inaccesible, hay pérdida de la posesión*», así habla Savigny (pág. 340). Invoca para esto la L. 13, pr. *de poss.* (41, 2), donde el jurisconsulto, hablando de las *lapides in Tiberim demersi naufragio et post tempus extracte*, expresa su opinión en los términos siguientes: *dominium me retinere puto, possessionem non puto.* Cuando llegue a motivar mi propia opinión (XIII), tendré ocasión de poner en su verdadero punto la importancia, por completo perdida de vista por Savigny, de las palabras *post tempus*. Pero aparte de eso: ¿es que acaso el lecho del Tíber era *completamente inaccesible*? La mejor prueba de que no, es que las piedras fueron extraídas *post tempus*. ¡Verdad es que para eso se necesitaban trabajos de arte! ¿Pero no se nece-

sitan también para restablecer el puente que se ha caído al agua?

Cuando se le ha escondido su cosa en su propia casa, de tal manera que no se puede encontrarla, la posesión continua como es sabido. Savigny trata de justificar esta proposición diciendo que «las medidas especiales tomadas para la conservación de la cosa le dan la certidumbre de poderla encontrar *más tarde*. (página 341). Pero yo pregunto de nuevo: ¿qué importa la seguridad de encontrarla *más tarde* para la posibilidad de reproducir *de seguida* el estado anterior?

La posesión dura en ausencia de la persona, aunque sea sobre los fundos lejanos, sobre praderías de verano o de invierno, de las cuales no se goza sino periódicamente y que están en ocasiones alejadas hasta por varias jornadas del lugar donde reside el poseedor. Savigny mismo concede que «este alejamiento, aun cuando hace menos inmediata la facultad de disponer de la cosa, no priva, sin embargo, de esta facultad en absoluto» (pág. 348). Pero si esta facultad menos inmediata, retardada por varias jornadas de viaje, basta, ¿por qué no basta para el animal doméstico que se ha perdido (p. 342), o para la cartera que he perdido en el bosque, en un sitio que yo ignoro? (p. 340). Menos trabajo me cuesta enviar mis domésticos en busca del animal o de mi cartera, que hacer un viaje al fundo lejano.

Si el poseedor pierde la razón, su posesión no cesa por ese motivo (1); más arriba hemos indicado el motivo práctico que ha necesitado esta regla. Podía creerse que Savigny designe esta regla como una regla singular, inconciliable con su fórmula; porque ¿cómo puede hablarse, con respecto a un loco, de la posibilidad de reproducir a voluntad, la voluntad de poseer originaria? Pero la fórmula conserva aquí una docilidad y una flexibilidad notables. «La imposibilidad de querer poseer, no es aquí sino puramente *subjetiva* y *accidental*, así que el poseedor que olvide durante algún tiempo su posesión o que acabe

(1) L. 27, h. t., L. 4, § 3; L. 31, § 4, *de usurp.* (41, 3).

de perder la razón, no tendrá con respecto a la cosa poseída diferencia alguna esencial». He ahí un segundo elemento importante para determinar negativamente la noción de la imposibilidad. No se toman en cuenta ni una imposibilidad *pasajera*, ni una imposibilidad *subjetiva* y *accidental*. Pero la imposibilidad que tiene su fundamento en el *ánimo*, ¿no debe ser necesariamente *subjetiva*? Y, además, ¿qué decir del carácter accidental? ¿La muerte es menos accidental que la pérdida de la razón? Allí la posesión cesa, aquí se mantiene; pero la voluntad falta en los dos casos. ¿Y dónde está escrito que los sucesos fortuitos no tienen el poder de hacer cesar la posesión? ¿No es un suceso fortuito que yo pierda la cosa, que el pájaro se escape de mi jaula abierta? Con la misma razón con que Savigny cree poder argüir con el caso en que el poseedor olvida su posesión para aquel en que pierde la razón, se podría argüir con el hecho de que la posesión no se pierda cuando la cosa no ha ido a manos del poseedor; después de largo tiempo, para el caso en que la ha perdido por completo.

Esos ejemplos bastan para ver cuán poco ha procurado Savigny demostrar la opinión que él mismo sostiene. Todo son restricciones, incertidumbres y contradicciones, evoluciones dialécticas continuas; sólo la casuística y dialéctica del momento, es lo que en cada caso particular decide sobre las cosas esenciales, que no se tuvieron presentes cuando se trató de motivar y fijar las nociones mismas; en fin, tratase, después de todo, de una manera de argumentar que se presta a cualquier combinación, que demuestra siempre lo que es necesario, y que olvida muy pronto lo que acaba de decir un momento antes.

Que Savigny no puede hacer a los jurisconsultos romanos responsables de su fórmula, se prueba sin esfuerzo. Si Savigny tiene razón, es la *ley de la vis inertiae* la que rige la posesión, es decir, que la posesión continúa siempre desde que hay posibilidad de reproducir el estado originario, aun cuando esta posibilidad no se traduzca jamás en hechos. La cosa que yo he dejado en el bosque, el fundo lejano que no cultivo ni visito, están siempre en mi posesión; aun cuando pasen cincuenta años en

tal estado las cosas. Se podría creer que tal resultado que repugna completamente al aspecto natural de la posesión, hubiera intimidado a los mantenedores del punto de vista de que hablamos, abriéndoles los ojos sobre los textos que dicen abiertamente lo contrario (XIII). Pero tienen una fe inquebrantable en la verdad de su axioma y no sólo han pasado con los ojos cerrados por esos textos, sino que todavía han extremado hasta el fanatismo la consecuencia de esta ley de la *vis inertiae*.

Cuando por un ejercicio repetido del derecho de paso sobre un fundo vecino, se adquirió la cuasiposesión de un derecho, y luego no se la ejerce durante diez, veinte, y treinta años, ¿qué ocurre con la cuasiposesión? Continúa buenamente, porque nadie se opone a la posibilidad de reproducir el estado originario, es decir, la repetición del paso. Eso es lo que nos enseña Savigny cuando nos remite, para este asunto (p. 481), a los principios que cree haber establecido para la posesión de las cosas, y que considera igualmente decisivos para la cuasiposesión de las servidumbres personales. «La continuación de esa especie de posesión depende también, como la de toda otra, de la posibilidad constante de reproducir; la facultad de disponer de la cosa se pierde desde el momento en que esta posibilidad falta» (página 474). Es verdad que luego se hace una objeción. La servidumbre misma se extingue por un no uso de diez años: ¿qué ocurrirá, pues, con la cuasiposesión cuando la servidumbre se haya extinguido? En ese caso, dice Savigny, «la posesión debe haber sido perdida durante todo el lapso de tiempo intermedio, aun cuando la facultad de disponer hubiera podido reproducirse siempre».

Raro aspecto toma ahí la relación posesoria durante todo ese tiempo! Si el cuasiposeedor se acuerda de la servidumbre y la ejerce el último día del año décimo, habrá tenido la posesión durante toda una serie de años; si se olvida, por el contrario, no la habrá tenido retroactivamente. La posesión, cuya naturaleza de simple hecho se acentúa en otro lugar por Savigny, hasta el punto de que, por ejemplo, no la hace comenzar para la posesión adquirida por el *negotiorum gestor*, sino a partir de la ratifica-

ción, porque «el efecto retroactivo que puede aplicarse a los actos jurídicos propiamente dichos, no podrá imaginarse en materia de posesión» (p. 316); la posesión, repito, adquiere aquí efecto retroactivo; durante el simple no uso queda en suspenso, y sólo la reanudación del uso a la aspiración de todo el lapso de tiempo requerido para la prescripción, es lo que probará si la posesión ha subsistido o no durante el intervalo» (p. 475). Con razón Puchta (1), que sustenta en lo demás la opinión de Savigny (2), anota que esa es una hipótesis puramente gratuita que no parecería justificada más que si entre la existencia del derecho y la posesión hubiera una conexión tan esencial, que ésta no pudiera existir sin aquélla: pero se puede ser poseedor mientras el derecho se haya extinguido. Fundándose en esto, hace continuar la posesión aun después de la extinción de la servidumbre por no uso, y se pregunta cuáles serían los efectos

---

(1) V. su artículo sobre la posesión en Weiske, *Rechtslexicon*, II, página 72.

(2) V. p. 71 ibid. «La cuasiposesión se pierde, pues, no por el no ejercicio, sino por la imposibilidad de ponerse a voluntad en el ejercicio del derecho. El autor de la notable obra publicada recientemente (Randa, *La posesión, según el derecho austriaco, comparada con el derecho común*, etcétera. Leipzig, 1867, p. 348 y siguientes), se ha colocado resueltamente del lado de Puchta acerca de ese punto, y sólo se detiene ante la consecuencia anotada. Basta para él un solo acto durante los treinta años de la prescripción para que la posesión no sea perdida (p. 350); este mismo acto no es necesario si durante el tiempo requerido para prescribir no se ha presentado ocasión de ejercitar la servidumbre (p. 352). Bruns (*Besitz-Posesión*, p. 475) se adhiere también a esta opinión. Encuentra tan falso que la cuasiposesión consista en el ejercicio de la servidumbre, como que el ejercicio de la propiedad consista en la posesión de las cosas. Sólo para la adquisición de la posesión es para lo que los derechos positivos exigen el ejercicio. La posesión, una vez adquirida por medio del ejercicio, dura tanto tiempo como duran la voluntad y la posibilidad de hecho de reproducir a voluntad este ejercicio. Los defensores de esta opinión pierden de vista por completo que la noción de la *quasi* o *juris possessio* no era más que una abstracción de los jurisconsultos, mientras el edicto del Pretor, decisivo en esta materia, empleaba siempre la expresión *usus es* en los interdictos cuasiposesorios.

de esta posesión. A lo cual respondo: ¡Ninguno! Y claro es, los dos efectos de la posesión, la usucapión y los interdictos, suponen el ejercicio de la servidumbre por parte del cuasiposeedor; la primera un ejercicio continuo, la segunda un ejercicio durante cierto tiempo antes de intentar la acción. «De esta manera, dice, queda en pie que la cuasiposesión no puede, en verdad, comenzar, pero que puede continuar sin el ejercicio efectivo; por lo demás, esta proposición está desprovista de efecto práctico, porque esos dos efectos de la posesión no exigen sólo su existencia *in abstracto* (!), sino un estado de ejercicio efectivo». ¡En realidad, jamás se ha condenado a sí misma una opinión con tanto ingenio! Una posesión a la cual faltan los dos únicos efectos que le dan una importancia jurídica, y que, sin embargo, continúa *in abstracto*— ¡el cuchillo de Lichtenberg sin hoja... y sin mango! ¿Por qué y por cuánto tiempo se mantiene esta posesión sin efectos? ¿Por qué? Unicamente porque no puede cesar en virtud de una fórmula teórica. ¿Cuánto tiempo? Mientras el poseedor viva, y si se trata de una persona jurídica, eternamente.

Dejemos, pues, tranquila en la eternidad esta posesión que no es de este mundo: allí acaso sea dable comprender una posesión que existe sólo *in abstracto*, aun a aquellos que sobre esta tierra no han visto en ella más que el producto de una dialéctica malsana que atiende al fin práctico y a los intereses del derecho, y que recuerda la escolástica de la Edad Media. Sin embargo, esta invención de Puchta es fecunda en útiles enseñanzas: tiene, a mi ver, un valor incalculable, porque muestra el abismo hacia el cual se corre cuando se quiere encontrar la importancia de la posesión en la posesión misma—*se parte de la idea de la posesión establecida a priori, y se llega a la posesión existente en la idea.*

Volvamos ahora a la posesión de las cosas y preguntemos: La continuación de la posesión sin detención de ninguna especie, por ejemplo, sobre la cosa que he depositado en el bosque y que después he olvidado (Savigny, p. 354, dice «largo tiempo olvidada»), ¿es esto más exacto que lo de la cuasiposesión sin

el ejercicio? Esta posesión continúa subsistiendo también, sólo porque no puede extinguirse: *posesión abstracta* que nadie ve, que nadie aprovecha, y que nadie, ni aun el mismo poseedor percibe. Lo que prolonga la duración, es únicamente la supuesta ley de la *vis inertiae* de Savigny, según la cual una posesión continúa hasta que se produce en el estado de la cosa un cambio que convierta en imposibilidad la posibilidad de reproducir a voluntad la relación originaria. Ya demostraremos más adelante que esta ley es completamente desconocida en derecho romano.

Es cómoda, sin embargo, esta teoría de la *vis inertiae*: cómoda para el poseedor que puede cruzarse tranquilamente de brazos, seguro de resucitar tal poseedor en el juicio final, supuesto que la voluntad de poseer le siga hasta la eternidad y que no haya sobrevenido ningún cambio en la posición exterior de la cosa. Es cómoda para el juez, a quien ofrece una regla fija, mediante la cual puede, sin romperse la cabeza, establecer fácilmente la existencia actual de la posesión. La posesión no ha cesado por un *actum in contrarium*: debe continuar imperturbablemente; el poseedor debe probar que la posesión ha *nacido*, a su adversario tocará probar que ha cesado de esta o de la otra manera. De tal modo desaparece para el juez toda ocasión de examinar atentamente la relación posesoria como debe hacerlo; según mi teoría, esos dos polos de la posesión comprenden en sí mismos su continuación y dispensan al juez de examinarla. Pero la comodidad de una opinión no le da derecho por sí sola para tener un valor práctico y científico. De otra suerte, la idea los jurisconsultos de la Edad Media de hacer más práctica la noción incómoda e indeterminada del derecho consuetudinario, indicando un cierto número de casos y de años como condiciones del derecho consuetudinario, esta idea, digo, hubiera debido ser adoptada por la ciencia, porque la medida así puesta del derecho consuetudinario es infinitamente más cómoda que su examen interno. Pero no siempre se puede hacer, especialmente en materia de nociones que no descansan sobre un solo acto, sino sobre un estado duradero, como el

derecho consuetudinario y la posesión. En ambos se trata de la manifestación exterior; en aquél, de una regla de derecho; en éste, de un derecho, y en ambos no puede prescindirse de obrar desde un *punto de vista*, en lugar de partir de una regla formulada, a menos que no se quiera establecer a costa de la misma idea de la institución una máxima extensa y mecánica. He aquí lo que vamos ahora a investigar y demostrar.

3. La posesión es la exterioridad de la propiedad

Por exterioridad de la propiedad entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real, otras quedan sin protección ni vigilancia (1). El labrador deja sus mieses en pleno campo, el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etcétera, etc., todo el mundo los encierra en su casa. El mismo estado, que para las primeras cosas es *normal*, aparece para la segunda *anormal*, como un estado en el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esas cosas, de donde resulta, si nuestra teoría es exacta, que la posesión debe *continuar* para las primeras y *cesar* para las segundas. El que encuentra una cosa de la primera categoría en esta condición, debe pensar que se encuentra allí por la voluntad de su dueño, mientras debe pensar lo contrario si encuentra en tal condición una cosa de la segunda categoría. En el primer caso, si toma la cosa para remitirla al poseedor, se ingiere en

(1) Se encuentra la misma distinción en los *servi custodori soliti* y *non soliti* de los romanos. V. para estos últimos, L. 18 pr. comm (13, 6). L. 23 D. R. 3 (50, 17).

una *relación de voluntad* extraña, *visible;* no es esto así en el segundo caso, donde, por el contrario, presta un servicio al poseedor tomando la cosa y enviándosela. De esta manera el carácter jurídico de la relación en que esta cosa se encuentra con su propietario, se hace *visible* en ambos casos. La posesión lo mismo que la no posesión es visible, y precisamente esta *visibilidad* es para su *seguridad* de la más alta importancia. En efecto, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento *físico*, es decir, en medidas de seguidad tomadas para protegerla, sino también en el elemento *moral* o *jurídico*, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley (1). Si yo paso cerca del lazo puesto por otro en el bosque sin apoderarme del tordo en él cogido, el motivo que me retiene no es de naturaleza física, sino puramente moral: es el respeto a la propiedad de otro. El ladrón,

---

(1) A pesar de esta alusión directa a un elemento *moral* o *jurídico*, no creemos que Ihering atienda al carácter verdaderamente interno de la relación. La limitación en que encuentra Ihering una garantía de la posesión, descansa en la idea kantiana del derecho por virtud de la que éste encuentra su ley en la coexistencia de las libertades de todos, en el respeto a los derechos de cada uno. Acaso hay que ver en la posesión algo más que la exterioridad de la propiedad. Como exterioridad de la propiedad puede ofrecerse a la contemplación social; pero en el desenvolvimiento práctico de la relación jurídica, desde que se presenta la exigencia racional, solicitando su plena satisfacción, determinando una obligación, hasta que la condición es puesta y la exigencia satisfecha, hay una serie de momentos, de los cuales uno es la *posesión*, que puede en ciertos casos no conducir a la propiedad. Esto aparte de cuanto repetidamente dejamos dicho respecto de la necesidad de atender a la posesión, no como mera exterioridad, sino como condición esencial de la vida jurídica para exigir su protección y amparo. Después de todo, la seguridad de que Ihering habla, y la cual resulta, según él, del temor de lesionar los derechos de otro, es en el fondo la conciencia del respeto que merecen las condiciones esenciales del derecho en la vida de la personalidad. Por supuesto, dado el punto de vista del concepto del derecho a que vienen respondiendo estas consideraciones, habría mucho que decir si puede conceptuarse elemento jurídico el *temor inspirado*... por la ley, que es por donde Ihering se enlaza una vez más con Kant.—(N. DEL T.)

es verdad, no se detiene ante tal motivo; pero para él ni los muros, ni las cerraduras, ni los cerrojos ofrecen una seguridad suficiente, pues como lo prueba la experiencia, se roban muchas más cosas de las que están *in custodia* que de las otras.

He expuesto brevemente hasta aquí la parte esencial de mi opinión; voy a ensayar ahora a la vez motivarla y desenvolverla descomponiéndola en tesis—forma que facilitará el examen de la misma al lector:

1. El derecho romano admite la posesión en varios casos en que no hay ni vigilancia personal sobre la cosa, ni medidas reales para su seguridad.

Este aserto no necesita pruebas: todos aquellos que conocen la teoría posesoria recordarán los ejemplos de la posesión de los fundos lejanos y de los *saltus hiberni et aestivi;* para las cosas muebles, citaré los esclavos ausentes, y la caza caída en el lazo del cazador (L. 55 de A. R. D. 41, 1). Si la posesión de la caza *se adquiere* aun en ausencia del cazador (L. 55, de A. R. D. 41, 1), no se puede poner en duda que la posesión de los cepos y lazos no *continúe* también durante su ausencia.

2. Esta continuación de la posesión no puede ser explicada por el poder físico (1).

No puede racionalmente hablarse de poder físico sobre la cosa más que allí donde se está cerca de ella, o bien donde se la guarde de tal manera que es imposible tomarla al primero que llegue. Yo tengo un poder de hecho sobre un fundo lejano, mientras estoy *cerca* o *sobre* él, pero desde que me alejo el poder cesa, y no puedo impedir a otro ocupar el fundo. Es

(1) La posesión ha de explicarse siempre como la condición de que depende el cumplimiento de un fin racional de la vida, y en cada caso concreto refiriendo la posesión al sujeto de la exigencia, que la tiene como aquel medio que ha de serle prestado para satisfacer una exigencia suya.—(N. DEL T.)

abusar gravemente de las palabras, hablar en ese caso de un poder físico, porque ¿cómo se manifiesta ese poder? ¡De ninguna maneral Es un poder físico del que se burlan las liebres que se comen las hierbas de mi campo, y los niños que juegan en mis mieses. ¡Pasa con ese poder lo que con la cuasi posesión *in abstracto* de que hablaba Puchta, es un poder físico... sin realidad física; una imagen proyectada sobre lo obscuro por la linterna mágica de la teoría!

3. La posibilidad de reproducir a voluntad el estado originario no basta para hacer admitir un poder físico en esos casos.

En primer término, no es verdad decir que esta posibilidad se encuentra en todos los casos donde el derecho romano deje continuar la posesión; que se piense no más que en las dehesas alpestres *(saltus aestivi)* que abandona el poseedor en el otoño, y para los cuales esta tentativa de renovación durante el invierno podría en ciertas circunstancias costarle la vida. Y además, ¿qué importa la posibilidad de la *reintegración subsiguiente* para saber si yo tengo *al presente* un poder físico sobre la cosa? Yo puedo, cuando mi hogar se enfría, reanimarle a cada instante, mas por esto yo no diré que está *caliente* mientras esté frío; la posibilidad no es la realidad.

4. Esta posibilidad, mientras existe, no descansa en el elemento *físico*, sino en el elemento *jurídico* y *moral* de la posesión.

En la primera parte de esta proposición toco una idea que, en mi sentir, aunque no haya sido nunca expresada científicamente, o quizá a causa de eso mismo, ha servido poderosamente al error que aquí combato. Tiene una cierta apariencia de verdad con relación a los objetos que el poseedor tenía bajo su guarda personal o real *(custodia)*, pero aun para esos objetos no es verdad más que a medias. En efecto, no es a los muros, a

las cerraduras y a los cerrojos, a las cajas y las bolsas sólo a lo que yo debo la seguridad de mis cosas muebles, sino que a esos obstáculos *exteriores* que yo opongo a las asechanzas de otro, se juntan también las barreras *invisibles* con que el derecho rodea mi propiedad (1); el orden jurídico, el sentido jurídico extendido en el pueblo, el temor del ladrón a ser descubierto y castigado. Los pocos artículos del Código penal sobre el robo, el pillaje, la defensa privada pesan más que todas esas medidas de seguridad mecánica; que se suponga por un momento esos artículos borrados... y se verá qué poca importancia tienen esas últimas.

En los casos citados y en muchos que más adelante encontraremos, la seguridad de la posesión descansa *exclusivamente* en esas garantías morales y jurídicas. Sólo a su eficacia y no a otra circunstancia deberá el poseedor de un fundo el estar casi cierto de que ningún otro se aprovechará de su ausencia para apropiarse la posesión (2). Esas garantías y no su relación física con la cosa, son las que le asegurarán la posibilidad de que habla Savigny, de reproducir a voluntad la relación originaria; sin ellas su confianza en esta posibilidad no sería muy fundada, pues sería una posibilidad puramente abstracta; cualquiera po-

(1) Y que para quien mira el derecho como relación de intereses de carácter ético, cuyo cumplimiento dependa de la *libre voluntad* de los no obligados, son las que más importan. La posesión, como hecho, puede encontrar en los interdictos una garantía y amparo para los momentos críticos de su existencia; pero sólo en la conciencia personal, libre, de cuantos se reconocen obligados, y ven en la posesión de éste o de otro semejante una condición esencial de su vida racional, encuentra la garantía y el amparo permanentes, de todos los días y horas... — (N. DEL T.)

(2) Aunque Ihering señala los motivos *reales* que en el estado actual social dan seguridad a la vida ordinaria normal de la posesión, es muy discutible que todos los que indica como *jurídicos* y *morales* lo sean, por ejemplo: el temor del ladrón al Código penal; dado que el derecho radica en la intención del bien (libremente querido), puede decirse que quien obra bajo el temor de una pena, el que respeta el derecho, no porque sea derecho, sino por miedo al látigo, ¿obra por motivos morales y jurídicos? ¿Por qué otro motivo obra la fiera ante el látigo del domador? — (N. DEL T.)

dría darle fin. Es uno de los errores más fecundos en consecuencias, y de los más fatales que se han cometido en la teoría posesoria, el haber fundado la seguridad de la posesión y con ella la posesión misma en el punto de vista de la seguridad mecánica del poder físico. La seguridad de la posesión descansa esencialmente en la *protección jurídica* concedida a la relación de derecho del hombre sobre la cosa.

5. Los intereses prácticos de la vida social son los que deciden a qué relación externa del hombre con la cosa debe el legislador conceder esta protección.

Según la opinión que aquí combato, y para la cual el legislador en materia de posesión se guía únicamente por la idea de que el poder físico del hombre sobre las cosas merece una protección jurídica, el legislador mismo y la jurisprudencia no habrían tenido tarea más esencial que la de establecer con la mayor precisión la noción del poder físico, y los casos en que se debe admitirlo. El derecho romano, según esto, habrá desconocido tal deber, admitiendo la posesión en ciertos casos en que esta condición falta por completo (1).

Si, por el contrario, la intención del legislador ha sido, como hemos dicho más arriba, completar la protección de la propiedad, no son las investigaciones lingüísticas sobre la palabra *posesión* las que deben decidir en qué caso se debe conceder la protección posesoria, sino los intereses de la propiedad, y toda cuestión de la relación de la posesión y de la protección posesoria se reduce, según hemos notado, a lo siguiente: la protección posesoria no se concede en los casos donde hay posesión en el sentido de la palabra, pues no reconocemos la posesión, jurídicamente hablando, más que allí donde se puede conceder

(1) Además de los casos citados más arriba (tesis 1.ª), citaré el de la adquisición de la posesión por el padre sobre el peculio de su hijo, cuya existencia se ignora por completo: L. 4, *De poss.* (41, 2)... *quamvis* IGNORET *in sua potestate filium*; *Amplius etiam si filius ab* ALIO *tanquam servus* POSSIDEATUR.

la protección posesoria, sin preocuparnos por saber si el uso lingüístico vulgar se halla o no de acuerdo con nosotros.

Es, pues, el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria y con ella la noción de la posesión; allí donde los motivos prácticos hacen conceder la primera, el jurisconsulto debe llamar posesión el estado de la cosa, aunque (como, por ejemplo, en el caso de esclavo fugitivo) este estado no tenga nada de posesión en el sentido natural de la palabra.

6. El interés de la propiedad se opone a que se limite la noción de la posesión a la tenencia física de la cosa (1).

El ejercicio de la propiedad mediante el goce efectivo de la cosa no está ligado, para una porción de cosas, a la necesidad de una seguridad personal o real; su destino económico o su carácter natural hacen a menudo que se encuentre desprovisto de toda protección o vigilancia. El campesino no puede para impedir la ingerencia de un tercero, rodear sus campos de muros, no puede hacer guardar por un centinela sus mieses, ni el ganado que se halla en sus prados. El pastor suizo abandona en la primavera su dehesa alpestre; el hostelero, establecido en las cimas, abandona su hostería de verano; el poseedor de una casa de campo la abandona también, y ninguno deja a nadie para guardar la casa y el mobiliario que en ella queda (2).

---

(1) Y se opone también el mismo concepto y naturaleza de la relación jurídica; la posesión implica que la condición de que el cumplimiento de esta relación depende, está, digámoslo así, dentro de la esfera de *atracción psicológica* de nuestra finalidad racional, importando poco: 1.º, que no esté dentro de la esfera de nuestra acción física, y 2.º, que ignoremos hasta nuestro derecho a la condición, para que determine todo ser libre que no ignore esas circunstancias (que nosotros ignoramos), la obligación de respetar el estado posesorio. Todo ello porque el cumplimiento del derecho depende siempre más del ser de la obligación que del de la exigencia.—(N. DEL T.)

(2) El *nuevo ejemplo de la época actual* que Barón (Anales, VII, p. 144) cree haber encontrado en las casas de campo, que él opone a la *saltus aestivi et hiberni*, se encuentra ya en Teófilo, IV, 15, § 5 *(subsurbana)*.

¡Cuántas ramas de la industria no hay que exigen precisamente que los objetos necesarios para su ejercicio queden al descubierto y sin vigilancia! El cazador deja sin vigilancia en el bosque sus cepos y lazos, el leñador la leña que ha cortado, el pescador deja su pesca en sus redes, el cantero deja la piedra en las canteras, el minero la hulla en la mina, el arquitecto los materiales de construcción en la obra, el barquero carga su barca de harinas, piedras y maderas en el lugar de embarque sin dejar luego ningún guarda; cuántos buques quedan vacíos en el puerto, en invierno, mientras los hombres de su tripulación van a sus casas, cuántas barcas están atadas a la orilla de modo que cualquiera puede desatarlas (1). En la mayoría de esos casos, la necesidad de una *custodia* especial, con el fin de mantener la posesión, conduciría indudablemente a este resultado: que se preferiría renunciar por completo a la protección posesoria, a procurársela de una manera tan molesta, costosa, y hasta prácticamente irrealizable a veces. ¿El legislador habrá de negar la protección posesoria a esas relaciones...? ¿por qué motivo? ¡Unicamente por amor a esa idea fija de que la posesión es la detención corporal de la cosa!

Pero esta idea es absolutamente falsa: la noción posesoria prácticamente posible no puede ser más que la siguiente:

7. La posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad.

Sólo esta noción puede expresar cómo la posesión y la propiedad se cubren mutuamente, según lo quiere el interés del comercio. Concebida así la posesión, acompaña siempre a la uti-

(1) Esos casos bastan por sí solos para demostrar convenientemente lo insostenible de la opinión de Barón, que ha tratado en sus *Anales* (VII n.° 2), de fundar la continuación de la posesión en la *custodia*. Su custodia *objetiva*, que desde el fundo mismo puede ejercer el poseedor sobre todos los objetos que en él se encuentran, no le presta el servicio siquiera de un espantajo, porque éste espantará algunas veces los gorriones, mientras que la *custodia* no aleja a nadie. V. en sentido contrario a Ad,

lización económica de la propiedad (1) y el propietario no tiene que temer que el derecho le abandone mientras use de la cosa de una manera conforme a su destino.

8. La forma exterior de esa relación de hecho es diferente según la diversidad de las cosas.

Una teoría posesoria que, como la dominante, no entrevé la influencia que ejerce la diversidad de las cosas sobre el aspecto exterior de la relación posesoria, y que enuncia para todas la misma fórmula es *a priori* errónea, y conduce a resultados completamente absurdos. Si yo conservo la posesión del abono o de la arena que he hecho transportar a mis fundos y que yo he dejado allí durante todo el invierno, yo debo según esta teoría conservar también la posesión sobre los cofres o cajas que abandono de la misma manera sobre mi fundo—la reproducción de la relación originaria, es decir, el hecho de trasladarme a él, no es más difícil en un caso que en el otro. Si, por el contrario, yo pierdo la posesión de estas últimas cosas porque yo no las tengo bajo mi *custodia*, es preciso, por el mismo motivo, que yo pierda también la posesión de las primeras.

El derecho romano ha reconocido en muchos casos la influencia de la diversidad del empleo económico de las cosas, como los *saltus aestivi et hiberni* (2), los esclavos (3), los animales (4) y de una manera general con respecto a la diferencia entre las cosas muebles e inmuebles (5). El punto de vista desde el cual se

---

Exner. *Die Lehre von Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischen und gemeinem Recht (La teoría de la tradición según el derecho austriaco y el derecho común). Viena,* 1867, p. 109 y siguientes.

(1) Como que es un momento esencial; para llegar a la aplicación del medio al fin *(utilidad)* hay que empezar por *poseer* el medio y luego *usarlo*. De ahí dos momentos, *posesión* y *uso*, que llevan a la propiedad.—(N. DEL T.)

(2) L. 3, § 11 (41, 2)... *quamvis certis temporibus eos relinquamus.*

(3) L. 3, § 13, ibid *excepto nomine,* L. 13, p. ibid.

(4) L. 3, § 13, 16, ibid.

(5) L. 3, § 13, cit., *res moviles.*

coloca, no es otro que el nuestro. La forma normal bajo la cual el propietario ejerce su propiedad, con respecto a los *saltus aestivi et hiberni*, consiste en que el mismo no las usa sino periódicamente, abandonándolos periódicamente también: con respecto a los esclavos, en que los deja ir y venir libremente (a menos que tenga motivos de desconfianza), enviándoles hasta de viaje y confiándoles el cuidado de sus negocios en países lejanos (1); con respecto a los animales domésticos y los salvajes amansados, en que se los deja entrar y salir con libertad (2). Para la mayor parte de las cosas muebles, por el contrario, esta forma consiste en que el propietario las tiene en su casa. A éstas se refiere Celso cuando enuncia esta regla en la L. 3, § 13, cit.; *res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri.*

Esta regla no se aplica a las cosas para las cuales una *custodia* en ese sentido no se usa. Así lo demuestra el ejemplo de la caza cogida con el lazo. (L. 55, de A. R. D.). Si la posesión comienza sin *custodia*, con mayor razón continúa sobre la caza y sobre el lazo mismo. Y si la posesión no se pierde inmediatamente con respecto a las cosas caídas al agua (3), menos debe perderse cuando los materiales de construcción se encuentran en el lugar donde yo quiero construir, aunque no bajo mi inmediata inspección. No hay, pues, para mí duda alguna de que se debe admitir en todos los casos citados que la posesión continúa, aun cuando la cosa no sea objeto de vigilancia alguna.

De conformidad con esto podemos afirmar:

9. La existencia de la posesión es cuestión de pura experiencia, es una cuestión de la vida ordinaria.

La cuestión de saber si se debe admitir una posesión, se resuelve simplemente según la manera cómo el propietario tiene

(1) L. 1, § 14, h. t. *quos in provincia habemus.*
(2) L. 4, L. 5, § 5, de A. R. D. (41, 1). L. 3, § 13, 16 cit.
(3) L. 13, p. h. t. v. XIII.

costumbre de tratar las cosas de la especie a que aquélla se refiere. Dada esa teoría, todo ciudadano o campesino puede resolver esta cuestión; con la de Savigny ni el mismo jurisconsulto puede resolverla, porque el punto de vista desde que debe colocarse a ese fin, el de la posibilidad o imposibilidad de la reproducción a voluntad del estado originario, es, según hemos visto, tan indeterminado y tan elástico, que su autor mismo no ha sido capaz de establecerlo con fijeza. ¡Desde él puede demostrarse todo lo que se quiere!

Con esta concepción de la posesión se enlaza por vía de consecuencia.

10. La gran ventaja que presenta para los terceros la facultad de reconocer la existencia de una relación posesoria.

La cosa misma, por el estado en que se encuentra, anuncia su relación posesoria. Si este estado es *normal* para ella, toda persona que la encuentre debe decirse que esa relación local no descansa en el simple azar, sino en la intención, y que la cosa cumple precisamente en este estado su destino económico (1), que *sirve* al propietario. Si es *anormal* este estado para ella, verá de este modo que la cosa se halla *sustraída* al servicio del propietario, y que la relación de *propiedad* está *perturbada* de hecho. La madera depositada cerca del edificio nos anuncia que está en posesión de alguien: la madera que la corriente arrastra hasta mí me anuncia una posesión perdida, las trampas y lazos que encuentro en el bosque me anuncian que están allí *por* la voluntad del propietario. Según la teoría de Savigny, el tercero, en la mayoría de los casos no estaría en estado de resolver la cuestión de si existe o no posesión. En efecto, ¿cómo puede saber o no si el propietario se encuentra en estado de reprodu-

(1) Es decir, la cosa está dentro de la esfera de *atracción* de la finalidad racional de un ser, posición que impone la *obligación* de respetar-[illegible] s.—(N. DEL T.)

cir el estado originario», si está cerca o lejos, si ha partido, huído, si está enfermo o ha muerto? Y sin embargo, es para él de la mayor importancia resolver esta cuestión, porque:

11. La *visibilidad* o la *posibilidad concreta de reconocer* la posesión es de una importancia decisiva para su seguridad.

Para el ladrón esta cualidad no tiene influencia alguna, mas para el hombre honrado es decisiva (1) El hombre honrado, en el caso que yo acabo de citar, dejará la caza sin tocarla, pero recogerá el reloj para devolvérselo a su verdadero propietario. Por esto precisamente estoy autorizado para tener por un ladrón aquel que sorprendo en la casa, porque la aprehensión de éste no puede ser interpretada sino por la intención premeditada de apropiársela—y no tengo el mismo derecho con respecto al que ha encontrado el reloj, porque su acción puede ser explicada de dos maneras, y por tanto, sólo su actitud consiguiente demostrará cuál de las dos es la cierta. No se puede, a mi ver, encontrar un punto de apoyo sólido para esta cuestión tan interesante de la intención fraudulenta, sino en mi teoría, mientras que la de Savigny no nos presta auxilio alguno a este propósito.

Termino aquí el examen de la relación interna de la posesión o de lo que se llama el *corpus*. Me quedará todavía por demostrar el paralelismo del segundo elemento de la posesión, o sea el *animus*, con la exterioridad de la propiedad. Si no emprendo esta tarea es porque, según tengo dicho al principio, he elegido la crítica del llamado *animus domini* para objeto de un

(1) ¿Y por qué? He ahí el fundamento del respeto a la posesión y de su protección y amparo. Porque el hombre honrado ve que la cosa *es de otro*, y que el derecho le obliga a prestarle la *condición* de respetar la posesión para que cumpla éste sus *fines* racionales, condición que quedaría negada desde el momento en que él se apoderase de la cosa, privando así al poseedor del momento esencial por virtud del cual se puede aprovechar de ella.—(N. DEL T.)

tercer estudio (1). Pero aun fuera de esta circunstancia, me ahorraría una demostración más minuciosa, porque la exactitud de mi punto de vista en este asunto, se manifiesta tan abierta y tan palmariamente, que el mismo Savigny ha reconocido su verdad, cuando ha formulado la voluntad de poseer como *animus domini*—testimonio éste que pesa tanto más en la balanza, cuanto esta fórmula se acomoda muy poco, en mi concepto, con su noción de la posesión. En efecto, si la posesión es el poder físico sobre la cosa, ¿cómo la voluntad de poseer no está determinada por esta noción solo, en lugar de estar determinada por la noción de propiedad? La inconsecuencia en que cae Savigny prueba que la lógica interna de las cosas no ha permitido desconocer su punto de vista ni evitarlo.

Sin penetrar más allá en la materia, me será permitido, sin embargo, añadir a la tesis precedente la siguiente:

12. La diferencia entre el *animus possidendi* y *alieno nomine detinendi*, no encuentra una explicación suficiente sino desde el punto de vista de la exterioridad de la propiedad.

Resumiendo ahora las explicaciones precedentes, puedo decir que la noción de la posesión que he establecido ha resistido a todas las pruebas, tanto en lo tocante a su *legitimidad* y *necesidad legislativa*, como en lo relativo a su *aplicación práctica* y

(1) Es precisamente de los otros tres, que según el lector ha visto anuncia Ihering, el único que ha escrito y publicado. Los otros dos renunciará ya en vida a escribirlos, según él mismo dice en el prólogo, al que trata del *animus domini*. A pesar de todo esto, puede considerarse que donde Ihering expone puntos de vista más generales sobre la posesión es en el que ahora damos a luz en español. En el que dedica al *animus*, y que bajo el título de *Du rôle de la volonté dans la possesion* se tradujo al francés, se circunscribe a este punto concreto especial. Es interesantísimo y abrigamos la esperanza de poder publicarlo en español. Respecto de la posesión publicó Ihering un artículo, que, aunque no muy largo, abarca toda la teoría. Puede verse en el *Diccionario de ciencias políticas* de Conrady Elster (1890).—(N. DEL T.)

a su *concordancia con el derecho romano*. Todo lo que este último contiene sobre esta materia, las acciones posesorias, las condiciones de capacidad de la persona y de la cosa, el paralelismo entre la posesión y la propiedad, la determinación del *corpus* y del *animus*, todo ello gravita alrededor de la propiedad como su centro visible. Adquirida esta convicción y concebida, para conformarnos a ella, la posesión de las cosas como exterioridad de la propiedad, nos es dable representarnos la conexión íntima que existe entre la posesión de las cosas y la de los derechos, y establecer la noción más elevada de la posesión, a la cual esas dos formas están subordinadas como subvariedades, a saber:

13. La posesión es la exterioridad del derecho.

La teoría del poder físico tiene que recurrir a la noción del ejercicio de la propiedad para llegar de la posesión de la cosa a la de los derechos (Savigny, p. 192). Pero en lugar de poner la cuestión así, y saber si las nociones del poder físico sobre la cosa y del ejercicio de la propiedad son correlativas, y en lugar de explicar por qué en la posesión sobre la cosa el ejercicio del derecho está enlazado al poder físico, mientras no lo está en la cuasiposesión, pasa rápidamente sobre el asunto y no lo trae a cuento sino para retirarlo inmediatamente después que le presta el servicio pedido. Aún más: el prejuicio de que la esencia de la posesión consiste en el poder físico, va tan allá, que Savigny (p. 193) disputa a la misma cuasiposesión su derecho al nombre de posesión, y no quiere ver en esto empleo de una misma palabra (1) — prueba evidente del reconocimiento de su homogeneidad interna, atestiguada por la abstracción jurídica— más que una *dura necessitas*, engendrada por la pobreza del

(1) El derecho moderno confirma el sentido de Ihering. Nuestro código civil, como es sabido, habla de *posesión* sólo, y comprende la de las cosas *(posesión)* y la de los derechos *(cuasiposesión)* bajo la misma palabra.—N. DEL T.

lenguaje, como si hubiera sido difícil a los romanos adoptar la expresión de que se servían los interdictos posesorios para designar esa relación (*usus es*) a la cuasiposesión, mediante una adición cualquiera, por ejemplo, *usus juris*!

La expresión *juris possessio* empleada por la jurisprudencia romana para designar la exterioridad de las servidumbres, es a mis ojos la mejor prueba de que lo que entendía por *possessio*, con respecto a la propiedad, podía perfectamente ser aplicado a las servidumbres, o en otros términos, que no se trata del poder físico sobre la cosa, sino de la exterioridad de la propiedad.

Tenemos que examinar ahora la aplicación de nuestro punto de vista a la teoría sobre la adquisición y pérdida de la posesión. Séanos permitido invocar una expresión general que nos servirá a la vez de conclusión de toda la investigación que precede y de motivo y epígrafe de lo que sigue. Doy poca fuerza probatoria a tales expresiones generales, pero puedo en todo caso servirme de ésta como simple fórmula, conforme a las fuentes de mi teoría posesoria. Se trata de las expresiones de la L. 2 Cod. *de poss.* (3, 32)... *cum ipse proponas te diu in possessione fuisse* OMNIAQUE UT *dominum gessisse*. No se podría expresar mejor en latín mi punto de vista de la exterioridad de la propiedad, que con estas palabras:

OMNIA UT DOMINUM GESSISSE.

4. Aplicacion a la adquisicion de la posesion

La cuestión del origen tiene para la posesión bastante menos importancia que para la propiedad; para ésta se confunde por completo con la cuestión de *existencia*:—el que quiere probar la existencia de su propiedad no puede hacerlo sino proporcionando la prueba de su origen o del motivo que la ha engendrado—; no pasa lo mismo con la posesión, porque allí donde se trata sólo de la existencia de un estado de hecho que puede ser demostrado como tal, por ejemplo, la existencia o la tenencia de una cosa, no hay razón para remontarse hasta el origen. Si no obstante se agita esta cuestión, aun para la posesión, es en parte a causa del interés que ofrece el momento en que la posesión ha comenzado (usucapión), y en parte a causa de la facilidad en la prueba que el examen del origen de la posesión pueda proporcionar, en ciertas circunstancias dadas, para la demostración de su existencia. Nuestra práctica actual reconoce el mismo principio, que se encuentra atestiguado por Paulo, Smit. Rec. V, 11, § 2, para la práctica romana: *Sufficit ad probationem (traditae possessionis) si rem corporaliter teneam.* Para demostrar la posesión de mi casa, de mi ganado, etc., no tengo necesidad de probar que he *adquirido* la posesión; salta a la vista que yo poseo. Lo mismo puede decirse del campo que he cultivado hasta hoy día. Pero ¿qué decir de la posesión de un fundo que yo he comprado el invierno último, del que yo recibí la tradición, y que no he cultivado hasta ahora? ¿Cómo probar aquí el *estado* de mi posesión? En ese caso, se ve que no

queda más remedio que remontarse hasta el *acto de adquisición* de la posesión.

Más arriba hemos visto que la *visibilidad* de la posesión tiene una influencia decisiva sobre su *seguridad*, y toda la teoría de la adquisición de la posesión debe, en mi sentir, referirse a esta *visibilidad. El propietario de la cosa debe ser visible: omnia ut dominum fecisse oportet.*

Pero ¿cómo se hace visible? Es un error asentar la adquisición de la posesión sólo sobre el *acto de aprehensión* del poseedor; porque así no se puede evitar la condición de la presencia del poseedor cerca de la cosa, a menos que no se prefiera, como Savigny, pasar adelante sin inquietarse por ello. Un fabricante de ladrillos lleva, cerca de mi edificio, los ladrillos que yo le he pedido; aquel que me ha vendido el abono lo ha transportado a mi campo; el jardinero conduce los árboles a mi jardín; ¿es necesario que yo vea esas cosas para adquirir la posesión? De ninguna manera; como yo no necesito ver el tonel de vino que se descarga en mi ausencia en el vestíbulo de mi casa, o el paquete de libros que se ha depositado en mi despacho (1). Se diría que lo que la L. 18, § 2, *de poss.* (42, 2) y L. 9, § 3, De J. D. (23, 3) deciden para la entrega en la casa (*in mea* DOMO *deponere... inferantur in* DOMUN *ejus*) debe restringirse a ese caso y no puede ampliarse al patio, al jardín, al lugar donde yo edifico, etcétera, etc. ¿Se dirá que para adquirir la posesión de los huevos puestos por mis gallinas o mis palomas, es preciso que yo los vea?

De todas suertes, sería imponer al poseedor una formalidad inútil, obligarle a transportarse cerca de la cosa para adquirir la posesión de la misma, porque la simple vista de la cosa — la aprehensión no es necesaria para adquirir la posesión — no cambia en nada su posición. Esto basta perfectamente para señalar el poseedor a todos como propietario de hecho.

---

(1) Exner, *Die Lehre vons Rechtserwerb durch Tradition;* Viena, 1862, p. 92, añade el ejemplo de los cepillos para los pobres, expuestos en los sitios públicos.

En todos estos casos, a los cuales es preciso añadir el de la ocupación de la caza y de la pesca, mediante trampas y redes, y la adquisición de la posesión y de la propiedad por el propietario del rebaño, sobre las cabezas reemplazadas por el usufructuario, la posesión nace, pues, en ausencia y sin la aprehensión del poseedor, suponiendo en él la voluntad de adquirir. Esta voluntad, ¿debe probarse? No, ciertamente. La relación de hecho encierra en sí misma la presunción de la voluntad del poseedor, *sufficit ad probationem, si rem* CORPORALITER *teneam;* al contrario, toca alegar y probar el defecto de la voluntad. Después de las consideraciones, en las cuales me he detenido antes, no tengo necesidad de insistir sobre la relación íntima que existe en estos casos citados, entre la cosa que se adquiera y la manera de adquirirla. Yo adquiero inmediatamente la posesión del abono que ha sido llevado durante mi ausencia a mi campo, pero no adquiero la posesión del tonel de vino que locamente hice descargar en aquel sitio. El cazador se hace poseedor de la caza, pero no del pañuelo que encuentra en su trampa, y de que yo adquiera la posesión de las cosas inanimadas que han sido depositadas en el vestíbulo de mi casa, no se siguen que yo adquiera la del canario o del mono que en ese mismo vestíbulo fueron puestos en libertad natural por el mensajero que me los llevaba y que no encontró a quien entregarlos. La posición de la cosa, que debe proporcionarme la posesión, debe ser la que habitualmente tienen en la vida las cosas de la misma especie.

Si ahora examinamos la adquisición de la posesión procurada por un acto de aprehensión personal, el punto de vista del poder físico al cual Savigny lo refiere, podría conciliarse perfectamente con el mío; la exterioridad de la propiedad. No había, en verdad, manera mejor de mostrar visiblemente y de poner en relación la exterioridad de la propiedad, que sometiendo la cosa a su poder físico. Pero esto no basta en realidad. Hay casos donde se realiza y donde, sin embargo, se niega la adquisición de la posesión; otros donde falta, y donde a pesar de eso se admite esta adquisición. El heredero sabe, por los pape-

les de su autor, que éste ha guardado su tesoro en un sitio determinado de un punto de la casa habitado por el heredero; éste va a ese sitio y comprueba qué responde a la descripción que su autor ha hecho de él. ¿Ha adquirido la posesión del tesoro? Savigny responde afirmativamente, de acuerdo con algunos jurisconsultos romanos antiguos; pero la jurisprudencia nueva responde negativamente y exige para la adquisición de la posesión el *loco movere* (1). ¿Por qué? Sabino responde: *quia non sit* SUB CUSTODIA. No puede haber aludido con esto al poder físico, porque no falta en ese caso, puesto que en la L. 44 cit. Papiniano supone que el propietario entierra el tesoro *custodiae causa*, es decir, para mayor seguridad física. Lo que falta es la relación de hecho en la cual la cosa sería colocada por toda persona que realmente tuviera la intención de apropiársela; el *loco movere* contiene la *comprobación de la voluntad de ser propietario*, el *omnia ut dominum fecisse* aplicado a la *adquisición* de la cosa. Supongamos otro caso. Cualquiera encuentra una cosa, pero no le conviene llevarla inmediatamente y resuelve volver más tarde a buscarla, pero en el intervalo otro se adelanta. ¿Cuál de los dos adquiere la posesión? El último, según mi opinión; el primero ha tenido, sí, momentáneamente el poder físico sobre la cosa, circunstancia que, según Savigny, bastaría para *procurarle* la posesión, bastando, además, la posibilidad de reproducir a voluntad el estado originario para *conservarla*, pero yo le niego la posesión. En efecto, no ha hecho lo que en su lugar haría toda persona que hubiera tenido un interés por la cosa. Un enjambre de abejas que pertenece a otro se ha posado en mi árbol; un tercero se apropia del enjambre y de los panales de miel; ¿hay aquí robo? No, dice el jurisconsulto en la L. 5, § 2, 3 de A. R. D. (41, 1). Se puede negar que yo tenga el poder físico sobre el enjambre, porque puede en cualquier momento marcharse, pero los panales están fijos en el árbol. Si, no obstante, se me niega la posesión, no puede ser, repetimos, sino porque yo no hice lo que no debía omitir si yo hubiera dado

(1) L. 3, § 3, L. 44 pr. de poss. (42, 2), L. 15 ad. exh. (10, 4.)

verdadero valor a esos panales; apoderarme de ellos. Varias cosas pertenecientes a mi vecino han caído en mi jardín o en un patio: ¿tengo yo la posesión de ellas? Tengo, sí, el poder físico sobre las cosas, y como conozco y dejo subsistir el estado en que se encuentra, deberá añadirse que tengo también la voluntad de poseerlas. Sin embargo, la L. 5, § 5, *ad exh.* (10, 4), me niega la posesión. ¿Por qué? ¡No tengo más que repetir la anterior respuesta! No he manifestado la voluntad de apropiármelas, pero si traslado esa cosa a mi granja, ya habré adquirido la posesión.

Si resumimos el resultado del estudio a que nos hemos entregado hasta aquí, veremos que el punto de vista del poder físico, en cuanto a la adquisición de la posesión, no resiste al examen, ni en el caso en que la posesión se adquiera en ausencia del poseedor sin que el poder exista, ni en el caso en que la existencia de su poder debiera tener como consecuencia la adquisición de la posesión. En lugar de ese punto de vista, hemos presentado otro que es decisivo, y que designaremos con las palabras: *comprobación del hecho de la intención de ser propietario.* Llega a ser poseedor, conforme a esto, aquel que ya ha puesto o hace poner la cosa en una posición que corresponda a la propiedad y que de este modo le señala como pretendiente a la propiedad. Veamos si podemos aplicar esta regla a los demás casos de adquisición de la posesión.

Para la mayoría de las cosas, este estado se confunde con la detención corporal; se tienen generalmente cerca de sí o en su casa las cosas muebles; la casa misma se habita; y la intención de ser propietario se atestigua para esas cosas por la sola existencia de este estado, cuyo acto de aprehensión no es más que el primer momento. Pero hay cosas para las cuales una aprehensión en ese sentido es completamente imposible. Para todas las cosas inmuebles, principalmente, que están libres y al descubierto: campos, pastos, praderías, bosques, lagos, terrenos para edificación, esta detención corporal, o para hablar como Savigny, el poder físico falta; la propiedad sobre

esas cosas no se manifiesta en el estado de la cosa misma, sino por *actos aislados* del poseedor, que se repiten periódicamente. Se reconoce el propietario del campo en aquel que siembra en él, etc., etc. Para la adquisición de la posesión aquí, deberá exigirse la repetición no interrumpida de esos actos. Si el derecho no lo exige, y sustituye en ese caso a la toma *real* de la posesión, la manifestación de la intención jurídica, no se puede desconocer, en verdad, que eso no sea necesario; pero no podemos tampoco ignorar el aspecto particular que aquí reviste la adquisición de la posesión. El comprador del campo o del bosque debe tomar posesión de él. ¿Qué debe hacer para este efecto? Se traslada solo o con el comprador al fundo. ¿Y después? Si ve, inspeccionará la finca. Si es ciego no tiene ni este recurso, y se vuelve, según la teoría de los jurisconsultos, con la conciencia de haberse apropiado de esta manera *físicamente*, con su poder, el fundo. Pero si eso fuera cierto, sería preciso afirmar lo mismo en el caso en que otra persona cualquiera realizara el mismo paseo con intención de apropiarse la posesión; ahora bien: para otro, ni el paseo ni la inspección tienen absolutamente efecto alguno. Que se compare con eso la adquisición de la posesión sobre las cosas muebles. El mismo acto de aprehensión que procura al *comprador* la posesión de las cosas muebles, le basta con el propio fin al *ladrón* y al *bandido*. ¿Por qué tal diferencia?... Responder..., porque para las cosas inmuebles la *dejectio* del poseedor no es posible en su ausencia y una nueva posesión no puede comenzar mientras la antigua subsista, no es decir nada; pues, ¿por qué la posesión continúa para las cosas inmuebles y no para las muebles? Si la presencia sobre el fundo con la intención de tomar posesión del mismo, es *por sí misma* suficiente para procurar el poder físico y con él la posesión, ¿por qué debe ésta limitarse a la persona del comprador, y por qué no puede extenderse a la del ocupante supuesto? No se obtiene una respuesta satisfactoria sino rindiendo homenaje a la verdad y reconociendo que este acto no procura el poder físico sobre la cosa, sirviendo sólo para comprobar la *transmisión de la posesión y de la propiedad*, que se realiza mediante el acuerdo recíproco. Lo

que falta a este acto en fuerza *real* y en eficacia, es decir, con relación a la sumisión física de la cosa, se suple mediante las circunstancias *jurídicas* que le acompañan (1). En éstas es donde reside toda la energía del acto; sin ellas lo que queda no es más que un simple paseo (2). Es un puro prejuicio creer que este último es el único medio de comprobar la voluntad de aprehender; se le puede sustituir por cualquier otro y sólo la necesidad de tener un acto *exterior* de aprehensión uniforme ha elevado el paseo al honor de ser manifestación de la voluntad de aprehender. Mientras que en otros casos la aprehensión es un acto *real* que tiene por objeto entregar efectivamente la cosa a aquel que la recibe, aquí es una pura formalidad. No veo qué diferencia hay para el comprador en declarar en justicia y ante un notario y testigos, su intención de querer por esa manifestación tomar posesión del fundo que le ha cedido el vendedor, o en trasladarse al fundo para *verlo*—cosa que ciertamente habrá hecho antes de proceder a la adquisición. Su posesión está tan

---

(1) Tal es el sentido de las palabras de Ulpiano en la L. 34, pr. 4, ts. ANIMO *acquiri possessio potest*, es decir, la adquisición de la posesión no descansa aquí en el poder físico, sino en la acción jurídica, así es como la L. 26, Cód. *de donat.* (8, 54), declara posible hasta la donación de un fundo a un *infans* en la persona de su esclavo: *omne jus compleat instrumentis ante praemissis.* La misma antítesis parece haberse tenido presente en la L. 10, Cód. *de poss.* (7, 32) cuando dice: *duplicem esse rationem possessionis, aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore.*

(2) Aplicando estas consideraciones al caso de error sobre el objeto, yo llego a esta consecuencia, que la transmisión de la posesión está excluída por el error en cuanto a las cosas inmuebles y no en cuanto a las muebles. Este acto expresamente reconocido para las primeras por la L. 34, pr. 4, ts., en cuanto a las segundas, no conozco testimonio alguno positivo de nuestras fuentes. Asimilar esos dos casos sería tan poco fundado como aplicar las reglas que conciernen a la apropiación unilateral de las cosas inmuebles a la de las cosas muebles y viceversa. Para estas últimas, lo que decide en todos los casos es la apropiación física unida a la voluntad de poseer, sin examinar cómo se concilia con la voluntad del precedente poseedor. Para las cosas inmuebles, por el contrario, la imperfección de esta apropiación no puede ser suplida más que por la actitud del precedente poseedor.

asegurada en un caso como en otro, porque esta seguridad no depende de un paseo, sino de las dos circunstancias siguientes: primera, de que el propietario ha declarado que ha transferido sus derechos, y segunda, de que los terceros que saben que no son propietarios del fundo en cuestión tienen el hábito de respetar la posesión del propietario (1). Si los terceros o el vendedor no tienen respeto para la posesión de otro, el paseo del comprador no le servirá contra ellos más de lo que haga un acta notarial (2).

De lo que precede resulta que la aprehensión, para las cosas inmuebles de la especie indicada, lejos de *deber* o de *poder* dar un poder físico sobre la cosa, tiene por fin sólo comprobar la intención de las partes de transmitir la posesión. Sea la que fuere la definición que de la posesión se da; ya se vea en ella el

---

(1) Así se explica también la L 30, § 54 t. *Quod per colonum possideo heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retenere enim animo possumus apisci non possumus.* No puedo comprender por qué, según los principios conocidos sobre la adquisición de la posesión por medio de representantes, la obligación del colono de poseer por el arrendador no basta para procurar la posesión al heredero (Savigny p. 313). Según mi teoría, la decisión del jurisconsulto se explica muy fácilmente: el heredero debe hacerse reconocer por el colono como propietario actual, y el colono debe haberle reconocido como tal para que pueda ser reconocido de hecho como propietario, es decir, como poseedor. Estas dos condiciones pueden ser cumplidas por cartas, sin viaje; aún más, la segunda resultaría del mismo silencio del colono.

(2) De ahí el carácter de todas las solemnidades instrumentales; vienen, no a añadir nada esencial a la relación jurídica que en sí misma consta ya con sus exigencias y prestaciones adecuadas, sino a hacer constar la existencia de la misma relación, de suerte que ni los en ella primeramente interesados, ni los terceros, pueden desconocerla. Esta naturaleza de las solemnidades con que se rodean socialmente ciertos actos jurídicos, hace que con razón se les haya considerado como un *derecho para el derecho*, esto es, *derecho* para el *fin jurídico* (V. Giner y Calderón, *obra citada*), pues en rigor vienen tales solemnidades a *condicionar*, no el fin económico de la relación de propiedad, sino la *forma jurídica* bajo la cual el fin económico se cumple y para que se cumpla de hecho. Responden estas solemnidades a la misma necesidad que el derecho procesal, penal y político.—(N. DEL T.)

poder físico, ya la exterioridad de la propiedad, en los dos casos la aprehensión aparece como un acto de pura formalidad, ni más ni menos que el pacto de las dos partes litigantes en el antiguo procedimiento de la *vindicatio*, acto que se podrá sustituir con otro cualquiera, y al cual hasta se debería preferir otro, siempre que fuese susceptible de dar al hecho la publicidad deseable, por ejemplo, el anuncio en las hojas públicas o periódicos (1). Mis vecinos ven que yo siembro, trabajo y recojo, y me reconocen por eso que yo soy el propietario—he ahí la verdadera exterioridad de la propiedad que, como la experiencia prueba, se confunde en la mayoría de los casos con la propiedad real—mientras que, por el contrario, puede ocurrir que nadie vea el paseo que yo doy para aprehender, y aun cuando alguno lo viese, podría no adivinar el fin del mismo (2).

Y, sin embargo, ¡habría de depender todo de este acto insignificante, o mejor, de su prueba! Que se piense en el resultado a que conduce la aplicación rigurosa de la teoría. Era hoy el día fijado para la tradición; el precio de venta está pagado; el vendedor ha declarado querer transmitirme la posesión y la propiedad. Ayer todavía me encontraba yo sobre el fundo; pero hoy el paseo me molesta, y lo dejo para tiempo más oportuno. El vendedor se aprovecha de esta circunstancia, y en el intervalo revende dolosamente el fundo a otro que, más avisado que yo, se traslada a él incontinenti. ¡Será este otro quien... haya adquirido la posesión y la propiedad! ¿No es eso dar a la pura forma rígida un valor que no tuvo sino en la época de la antigua jurisprudencia romana, y que ha perdido más y más con el

---

(1) Siempre buscando la manera de dar a la relación jurídica, que algunos dirían *substantiva*, la garantía por medio de una nueva relación que viene a tener la existencia de la primera como *objeto* y *fin*. Es un *derecho sobre derecho*, que dice Sanz del Río. – (N. DEL T.)

(2) Lo cual prueba que sin paseo y sin los demás actos, la relación de posesión pudo establecerse tan justa y jurídicamente como su fin exige, pues bien claro se ve que todas esas *exterioridades* por *sí mismas* no son la posesión, sino la forma con que conviene que socialmente se produzca para ser respetada y garantida.—(N. DEL T.)

consiguiente desenvolvimiento del derecho romano? La *mancipatio* y la *vindicatio* exigían también en el origen la presencia en el fundo, y la práctica nueva prescindió de esta traba (1).

Pero ¿con qué derecho podemos eludir una condición expresamente determinada por el derecho romano? Dejemos intacta esta condición, y veamos si no podemos alcanzar el fin mediante la *prueba*. El comprador, en el caso que precede presenta un documento en el cual el vendedor reconoce que ha transmitido aquel mismo día al comprador la posesión y la propiedad; ¿tendrá aún que presentar la prueba de que ha dado el paseo de que se trata? El derecho romano nos da un punto de apoyo suficiente para responder a esta cuestión: *Sciendum generaliter*, dice Ulpiano en la L. 30, de V. O. (45, 1) (2), *si qui se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta*, y en el § 17, I, *de inut. stip.* (3,19), se dice: *si scriptum fuerit in instrumento, promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum est* (3). Justiniano hizo de este principio general una aplicación (4) que ofrece un interés particular para nuestra cuestión, porque es precisamente relativa a la necesidad de la presencia. *Sed cum hoc* (esta necesidad), dice en el § 12, I, *de inut. stip.* (3, 19), *materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus allegationes opponentibus et non praesentis fuisse se vel adversarios contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam dispossimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo credendas,*

(1) V. su *Esp. del D. R.*, II, p. 687-691.

(2) V. También, § 8, I, *de fid. et nom* (27, 7).

(3) V. También, en el mismo sentido, Paulo.

(4) L. 14, Cód. Esta ley conserva otra facilidad en la prueba, con respecto a la de la propiedad sobre el esclavo estipulante. Justiniano hizo otra aplicación a la L. 23, Cód. ad. S. C. *vill.* (4, 29) sobre las intercesiones de la mujer: *sed si quidem in ipso instrumento intercesionis dixerit sese aliquid accepisi et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur da tribus testibus assignatum* ONNIMODO ESSE CREDENDUM, *eam pecunias vel res accepisse et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regresum.*

nisi ipse, qui talibus utitur impropis allegationibus, manifestissimus probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die, quo conficiebatur, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse. Esta es ciertamente una de las más sabias ordenanzas de Justiniano, y parece expresamente hecha para nuestro asunto. La presencia de aquel que adquirió la posesión cerca de la cosa, no es más esencial para la tradición, que lo es la de las dos partes para la estipulación, y la suposición de un adversario, que aparte de la transmisión de la cosa atestiguada por el actor, exige todavía la prueba de la presencia real, no merece una acogida más favorable que la pretensión de que nos habla Justiniano. La prueba contraria que Justiniano reserva, no tendrá una grande importancia para la tradición.

En la práctica se evita de este modo la necesidad de la presencia de la cosa, cada vez que la tradición efectuada esté atestiguada por un documento, sin distinguir si la cosa es mueble o inmueble; y así es como Severo y Antonino pudieron declarar en la famosa L. 16 *de don.* (8, 54) que la tradición del certificado de propiedad sobre los esclavos (*emtionum mancipiorum instrumenta*) es un atestado plenamente válido, y por eso mismo una subrrogación de la tradición de los esclavos mismos (1).

El legislador ¿no haría bien dando un paso más, renuncian-

(1) De igual modo es preciso comprender la L. 12, § 43, *de instr. leg*, (33, 7), en la cual Papiniano agita la cuestión de saber si en un legado «de todos los objetos que se encuentran en la casa» están comprendidos esos certificados de propiedad *(emtiones servorum)* e implícitamente, por consecuencia, los *esclavos mismos*. Aunque lo niegue en principio, admite, sin embargo, como posible que el testador haya pensado en los esclavos, y en ese caso el documento representa para él la cosa, y el legado de la una lo es de la otra. V., además, la L. 26 ibid., citada ya; *omne jus compleat instrumentis ante praemisis*. La J. 2, Cód. h. t. (7, 32), muestra hasta qué punto los romanos tenían el hábito de considerar como decisiva en materia de tradición de cosas inmuebles, el certificado de tradición; *licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi, tradicta sit possessio, ipsa tamen sua veritate id consecutus es.*

do absolutamente a la necesidad de la presencia cerca de la cosa en los casos en que esta presencia está desprovista de toda importancia? (1). Por mi parte, no vería en ello ningún inconveniente. Y aquí toco la cuestión tan debatida de la tradición simbólica (2), que dejo a un lado a causa de la extensión que el presente trabajo alcanza y porque no es indispensable tratarla ahora. Pero no puedo dejar de declarar que lejos de ver en esta noción una desfiguración de la noción posesoria, veo más bien un progreso de ésta. En efecto, ¿qué diferencia hay en recibir las llaves de la casa, o del subterráneo, en un lugar inmediatamente próximo o a alguna distancia? ¿Es que mi voluntad de tener la cosa, si sólo se trata de la detención jurídica, y no del transporte de hecho, no obra más que a una distancia de diez pasos? Verdaderamente podría creerse que aquí se trata de una manipulación mecánica, que tiene por condición una influencia inmediata, y se siente uno tentado a preguntarse: aplicando la idea puesta en boga por la escuela hegeliana, de que «*la voluntad propia se impone en la cosa*», ¿cómo la voluntad puede realizar esta operación a varias leguas de distancia? No veo ahí más que un efecto de esta apreciación exterior y material que hace abstracción del elemento ideal de la posesión para hacer gravitar toda la fuerza sobre el elemento físico. Todo hombre que esté libre de este prejuicio mirará también la tradición simbólica desde un punto de vista distinto del que hoy se toma generalmente. Si el cazador puede adquirir la posesión de la cosa que ha caído en sus lazos; si el propietario de un fundo puede adquirir la posesión del abono que ha hecho descargar en su campo sin que ni uno ni otro estén presentes, ¿por qué el comerciante que ha comprado un almacén de

(1) Es lo que ha hecho el derecho francés. V., a tal propósito, K. S. Zacariae, *Manual del derecho francés*, I, § 180, nota 3. «Pero era corriente insertar la cláusula *quasi traditionis* en los actos notariales que tenían por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. Este uso dió margen a la nueva doctrina que renuncia por completo a la necesidad de la tradición».

(2) V. un examen más profundo en Esnes, l. c., p. 152.

mercancías, no podrá también adquirir la posesión por medio de la entrega de las llaves en su casa? Si esto repugna a la idea de la posesión, ¿por qué no ocurre lo mismo con lo otro? Por mi parte, no puedo menos de poner todos esos casos en la misma línea; no encuentro nada de simbólico en ninguno de ellos, y no veo más que la realización de la idea exacta, en mi sentir, de la posesión.

Séame, en fin, permitido examinar una relación que prueba una vez más de manera evidente la exactitud de mi opinión; la ocupación arbitraria del fundo de personas ausentes. Es sabido que no procura inmediatamente la posesión, sino sólo cuando el poseedor, después de haber tenido conocimiento de ella, no hace nada para hacer valer su posesión. ¿Por qué? Desde el punto de vista del poder físico, eso no puede, en manera alguna, explicarse. La fuerza física que el ocupante debe temer de parte de su contrario, no se disminuye después de pasado un mes, y lo que él pueda oponerle no ha aumentado, *físicamente;* el tiempo transcurrido no cambia absolutamente nada. Pero lo que cambia, lo que en el intervalo crece y refuerza, es el elemento *moral ideal* de la posesión, es decir, el *reconocimiento* del estado de posesión actual, atestiguado por la inacción del poseedor precedente (1). La única persona precisamente de quien el ocupante hubiera podido temer una resistencia, no le ha opuesto ninguna, y desde ese instante debe aquél conceptuarse como autorizado. Lo mismo que en la *tradición* de las cosas inmuebles, aquí no es el acto físico de la adquisición de la posesión, sino sólo la conducta del tenedor precedente, lo que imprime a su relación con la cosa el sello de la posesión jurídica. Para las cosas muebles, el paso de la posesión al ladrón depende exclusivamente de la apropiación *corporal* de esas cosas, o para hablar como Savigny,

(1) *Cum nemo adversarius eum inquietaverit, sed omnibus tacentibus* POSSESSIO CONFIRMATA EST, según la versión que dan las Basílicas (50, 2, 61, Steimb, V. p. 54) de la L. 10, Cód. *de poss.* Por esto es por lo que el que compra del colono el fundo de otro no adquiere inmediatamente la posesión. L. 5, Cód., 4, t. (7, 32). Ya hemos visto lo que es el *jus domini*, reservado aquí al arrendador.

del poder físico sobre la cosa; pero la razón precisamente por la cual, cuando se trata de las cosas inmuebles, la posesión descansa menos en el elemento físico que en el jurídico, hace también que la adquisición de la posesión sea necesariamente diferente; lo que falta en el primer caso debe suplirse en el segundo (1).

---

(1) No hace falta que aquí expongamos, como lo hemos hecho en otros lugares, la doctrina positiva española acerca de la adquisición de la posesión, pues con ello no haríamos más que repetir lo que en otra nota dejamos expuesto y copiado. Baste sólo como medio de facilitar la consulta que pudiera ocurrirse para comparar con el nuestro el sistema romano, que Ihering tan magistralmente discute, indicar que los artículos del Código civil que deben tenerse en cuenta son los siguientes: 438 al 442, ambos inclusive.—(N. DEL T.)

XIII

5.—Aplicación a la pérdida de la posesión

Si la posesión es la exterioridad de la propiedad, debemos declararla perdida cuando la cosa ha llegado a encontrarse en una posición en desacuerdo con la manera y forma regulares, bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ella (1). Aquí también puede ser posible reproducir el estado originario; para nuestra teoría no basta eso, porque un propietario que tiene algún aprecio por la cosa no se contenta con esta simple *posibilidad*, y se cruza de brazos, sino que se mueve y restablece lo más pronto posible la relación perturbada. *Omnia ut dominum fecisse*. He ahí la línea de conducta del poseedor que quiere conservar la posesión. Lo que tiene que hacer su interés se lo dicta, y esta circunstancia precisamente es la que hace que se le reconozca como aquel a quien la cosa pertenece *aa quem ea res pertinet*). *El interés atestiguado en el hecho* por la manera de servirse de la cosa, de cuidarse de ella, de protegerla y ase-

(1) Esta variación de la posición de la cosa, no es, claro está, más que el signo sensible, revelador, del estado en que puede encontrarse la relación jurídica de posesión y de propiedad. La cesación de éste, que hace que la cosa se ofrezca con sus aprovechamientos posibles a la actividad de los seres, está en que deje de ser medio para el fin racional de quien hasta entonces la tenía dentro de la esfera de atracción psicológica de su vida. No nos atrevemos a desarrollar todas las consecuencias que este principio general entraña, porque nos llevaría muy lejos, y, por otra parte, nos haría realizar una crítica del concepto consagrado en la mayoría de los códigos respecto de la propiedad, que, a pesar de su gran aceptación, no por eso es indiscutible.—(N. del T.)

gurarla, es el *indicio del verdadero propietario* Quien quiera que no muestre este interés y se desligue de algún modo de la cosa, pierde la posesión, porque aunque él sea y permanezca propietario no es activo y *visible* como tal; y la posesión consiste precisamente en esto, la parte *visible* de la propiedad—*la diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión.*

La divergencia que existe en este punto, entre mi teoría y la de Savigny, salta a la vista. El poseedor, según Savigny, puede tranquilamente dejar en el bosque o en pleno campo los objetos que en ellos ha abandonado: mientras quede la posibilidad de ir a recogerlos, conserva la posesión. En mi opinión, al contrario, la pierde en seguida, porque el propietario diligente no abandona así una cosa (1). El poseedor, según Savigny, puede abandonar por completo los fundos y dejarlos incultos; puede alejarse de ellos sin arrendarlos y sin confiarlos a nadie: conserva la posesión, porque puede que vuelva algún día, dentro de diez o veinte años. Según mi teoría, pierde su posesión. La conducta personal del poseedor, su diligencia, su abandono, su incuria, su indiferencia (2), no tienen importancia según la doctrina de Savigny, que funda la posesión en la idea de la *vis inertiae;* según la mía, por el contrario, tiene una importancia decisiva. Dejemos ahora a las fuentes inclinar la balanza.

Rerum mobilium, dice Papiniano en la L. 47 *de poss.* (41, 2), NEGLECTA ATQUE OMISSA CUSTODIA, *quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum aferre consuevit idque Nerva*

(1) Aun admitido esto para la interpretación desde el punto de vista social de la voluntad del propietario, siempre podrá ponerse el problema *interno,* digámoslo así, de cómo y por qué cesa y debe cesar la propiedad, esto es, cuándo desaparece el fundamento en que se apoye aquel derecho que tiene el sujeto para usar con preferencia a otros de los aprovechamientos de la cosa, y exigir de ellos el respeto y del Estado el amparo y seguridad.—(N. DEL T.)

(2) A lo menos deben tomarse como signos reveladores de que para el *mismo* propietario han cesado los fundamentos en que se apoyaba la propiedad. Lo difícil es decidir, aunque tales signos no se ofrecieran, si puede la propiedad cesar sólo porque cese la necesidad a que la misma responda.—(N. DEL T.)

filius libris de usucapio nihuo retulit. El jurisconsulto nos enseña que la negligencia del poseedor en la guarda de las cosas entraña la pérdida de la posesión: Savigny (p. 341) lo niega; según él, es texto no expresa una regla de derecho, sino solamente la consecuencia *muy frecuente (consuevit)* de la *custodia omissa.* Una autoridad como Papiniano habrá llamado en su auxilio a Nerva para decir futilezas como ésta: aquel que deje caer dinero u otros valores en la calle, corre el peligro de que se los roben, a lo menos eso ocurre bastantes veces. ¡Es como si Odisea hubiese descendido a los infiernos para saber por Tiresias que todos los hombres son mortales! ¿Pero cuál es entonces el sentido de esa palabra *consuevit?* En mi opinión designa la práctica judicial que es decisiva en derecho (1). Muchos litigantes, dice Papiniano, han visto denegada la posesión por no haberla guardado diligentemente. Por fortuna nos ha sido conservado otro testimonio de la opinión de Nerva, que no deja lugar a duda sobre su pensamiento; es la L. 3, § 13, ibid. de Paulo:

> *Nerva filius, res mobiles excepto homini, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est* (2), *quatenus si velimus, naturalem possessionem naucisci possimus.*

Relacionando con la *custodia* la continuación de la posesión para las cosas muebles, con excepción de los esclavos, Nerva dice, implícitamente, que la negligencia en la custodia entraña la pérdida de la posesión.

Pero no es sólo para las cosas muebles para lo que encontramos la negligencia *(negligeri)* del poseedor; con respecto a los inmuebles la L. 40, § 1, h. t. *(neglexerit)* y la L. 37, § 1, *de usurp.* (41, 3) *(negligentia)* la colocan de igual modo en relación con la cuestión de la continuación de la posesión.

---

(1) Una expresión análoga encuentran en la L. 1, Cód. *de solut.* (11, 13)... *es tantum defensio consuevit admitti.*

(2) En lugar de esta lección confirmada por la autoridad del texto florentino, Savigny adopta la variante *idem*, que se encuentra en algunos manuscritos, véase, al contrario, Rudorff, l. c., p. 692.

La negligencia toma en nuestras fuentes un doble aspecto con respecto a la conservación de la posesión; distinguen dos casos de negligencia, aquel en el cual es una negligencia continua y constante, y aquel en el cual es una negligencia momentánea la que entraña la pérdida de la posesión. Puede haber para el propietario situaciones críticas, en que debe, si quiere asegurarse la cosa o la posesión, tomar todas las medidas necesarias a este efecto. En otro caso, al contrario, la posición de la cosa que debe mover al propietario a obrar no es tan inmediatamente urgente, no hay que temer por la demora y un retraso no ofrece entonces peligro; sólo la omisión continua de las acciones que se deberían esperar de él, es lo que puede acarrearle la censura de negligencia y, por lo tantó, el perjuicio de la pérdida de la posesión. Se puede designar el primero por el nombre de caso *agudo*, y el segundo por el de caso *crónico* de pérdida de la posesión.

El propietario ha perdido su cosa; su rebaño se ha extraviado, ¿qué debe hacer? Ponerse inmediatamente en su busca. Si lo encuentra, no habrá perdido nunca su posesión; si no lo encuentra, la habrá perdido. ¿Pero, qué ocurrirá si prescinde de todo género de investigaciones, ya por pereza, ya porque quiera dejarlo para un tiempo más oportuno? En la L. 3, § 13 h. t., que habla de esos dos casos, pérdida de la cosa y extravío del ganado, no se hace *mención* de estas hipótesis. ¿Qué debe decidirse? ¿La posesión continúa a causa de la posibilidad de reproducirse la relación originaria? No, en mi concepto. Aparte de la L. 47, citada más arriba, que reconocía la *omissa atque neglecta custodia* como causa de la pérdida de la posesión para las cosas muebles, creo poder alegar también la analogía de la pérdida de la posesión en las cosas inmuebles. El propietario ausente tiene noticia de que otro ha tomado posesión de su casa ¿Qué hará? Tomará inmediatamente las medidas necesarias para echar al ocupante. ¿Y si no lo hace por temor o pereza? En ese caso pierde la posesión (1) ¿Por qué? Porque ha dejado su dere-

(1) L. 3, § 8, L. 7, L. 25, § 2, h. t.

cho así, porque en el momento que se esperaba ver surgir a aquél «a quien la *casa importa*» no se ha mostrado como tal: en el instante crítico no se ha hecho *visible* como *propietario*. Es, a mi ver, perfectamente indiferente que la cosa resulte puesta en situación crítica que obligue al propietario diligente a tomar medidas de defensa inmediata, por un tercero, por ella misma (huída del ganado), por sucesos naturales (maderas arrastradas por la corriente), o por insuficiencia o abandono del poseedor. Importa poco también, por ejemplo, que el cazador haya perdido su morral en el bosque, o que le haya dejado intencionalmente; el estado en que un tercero lo encuentra no es aquel en el cual el propietario usa habitualmente de su derecho de propiedad sobre este objeto; tal estado muestra que una perturbación ha sobrevenido en la relación normal de propiedad; el objeto no está en posesión.

Examinemos ahora el caso o casos de la segunda especie. Nuestras fuentes nos ofrecen las decisiones siguientes:

1) L. 40, § 1 h. t. de Africano.

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonun possessio et retinentur et continuaretur; quo mortuo non STATIM *dicendum lam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci* NEGLEXERIT.

La decisión que en este caso da el jurisconsulto es inarmonizable con la teoría de Savigny. En efecto; si la posesión del arrendador no cesa súbitamente a la muerte del arrendatario, es que continúa, según esta teoría, de una manera ininterrumpida mientras no se produce cambio alguno en el estado actual, porque el primero conserva intacta la posibilidad de reproducir el estado originario. Pero esta simple posibilidad que permite al poseedor cruzarse de brazos, no basta a los ojos del jurisconsulto para conservarle la posesión; exige, por el contrario, que

aquél intervenga para asegurar su posesión (1), que se ocupe en lo que ocurra en su fundo (2), y decida si colocará en él un nuevo colono, o si lo cultivará él mismo. En el intervalo, su posesión continuará (*non statim interpellari*), pero si tarda más de lo que un hombre diligente tardaría en su puesto, pierde la posesión. ¿Por qué? Porque no ha manifestado visiblemente su cualidad de propietario cuando debía hacerlo.

Un caso análogo al de la muerte del colono, es aquel en que éste abandone el fundo. Africano quería en ese caso hacer cesar inmediatamente la posesión del arrendador (3), mientras que otros dos jurisconsultos, Pomponio en la L. 25, § 1, y Paulo en la L. 3, § 8 h. t., se declararon por la continuación. ¿Aludían a la continuación *ilimitada*, es decir, aun en el caso en que el arrendador advertido quedase sin hacer nada? No vacilo en responder negativamente, y sólo ruego al lector suspenda por un momento su apreciación sobre este punto.

2) L. 37, § 1, *de usurp.* (41, 3), de Gayo:

Fundi quoque qlie ni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel EX NEGLIGENTIA *domini vacet vel quia dominus sine successore deceserit vel* LONGO TEMPORE ABFUERIT.

Savigny (p. 360) trata de conciliar este pasaje con su teoría,

---

(1) Empleando las palabras *possessionem* APISCI con respecto a las medidas tomadas para la *conservación* de la posesión, el jurisconsulto entiende por ellas la readquisición de la CORPORALIS *possessio*, que precedentemente ha sido ejercida por el colono.

(2) En efecto, el heredero del colono no es *eo ipso* colono. L. 60, § 1, l. c., (19, 2). *Heredem coloni*, QUAMVIS COLONUS NON EST, *nihil obstinus domino possidere existimo*: es posible también que no exista ningún heredero o que el heredero no sea conocido.

(3) ALIUD *existimandum*, según el texto florentino y la mayor parte de las ediciones impresas. Savigny da la preferencia (p. 142) a la lección: IDEM *existimandum*, que se encuentra en algunos manuscritos. V., en sentido contrario, Rudorff (ibid., p. 704).

suponiendo que el poseedor quiere renunciar a la posesión. Pero el poseedor puede rechazar este supuesto invocando al mismo Savigny (v. p. citada, nota), que le permite dejar la cosa, por *negligencia* o *ausencia*, sin *vigilancia* y sin *detención*, y si no hace nada por su parte para atestiguar su voluntad de renunciar positivamente a la posesión, no veo en qué se funda Savigny para admitir que es preciso que la cosa haya quedado en realidad sin poseedor (V. la nota citada). Esa distinción no es a mi ver más que una habilidad dialéctica; quien quiera ensayar la aplicación de esas nociones contradictorias a una especie determinada, se convencerá que le falta todo punto de apoyo y que es muy ducño de decir: la cosa ha quedado por negligencia del poseedor sin vigilancia y sin detención; pero, sin embargo, ha quedado en posesión; o bien: la cosa ha sido *en realidad* (¡sic!) dejada sin poseedor.

El jurisconsulto distingue en ese pasaje dos casos, en los cuales la posesión de la cosa está vacante (*possessio vacat*), el de la vacante culpable (*negligentia domini*), y el de la no culpable (muerte y larga ausencia del poseedor). Citando la *negligentia domini* como causa de la pérdida de la posesión, reconoce la tesis que yo quiero demostrar aquí para las cosas inmuebles, con la misma claridad y precisión que la L. 47 citada la reconoce para las cosas muebles. Que la posesión se pierde también en el caso de falta de vigilancia no culpable, no tiene nada de sorprendente ni está en contradicción con mi opinión. No pretendo, en efecto, que la posesión no se pierda sólo por negligencia, sino que se pierde *también* por negligencia. La no ocupación prolongada del fundo es un estado que repugna tanto a la forma normal de realización de la propiedad sobre las cosas inmuebles, como el hecho de dejar las cosas de valor en pleno campo. Es una *omissa atque neglecta custodia;* una perturbación de la relación normal de la propiedad. Que la ocasión de esta perturbación sea un acontecimiento natural o una acción humana, es una circunstancia indiferente.

La legislación imperial no ha modificado estas reglas más

que en un solo caso: cuando el motivo por el cual el poseedor ha dejado durante largo tiempo el cultivo del fundo, radica en un temor fundado (*metus necessitate*), en ese caso es preciso decidir según la L. 4, cód. *de acq. poss.*, (7, 82) de Diocleciano (a. 290): *ex transmissi temporis injuria ei praejuaicium non generari.* Es inútil hacer notar que ese pasaje reconoce nuestra teoría indirectamente, pues que no excluye el *praejudicium* que resultaría sin eso de la omisión del cultivo, es decir, la pérdida de la posesión, más que en el caso de *metus necessitas* (1).

El propietario *debe* cultivar su fundo. El Censor en los antiguos tiempos lo exigía (2), y la legislación imperial ha acentuado esta obligación permitiendo a cualquiera, en caso de negligencia, ponerse a cultivar el fundo y concediéndole la propiedad después de dos años (3). El mismo permiso fué dado por Vespasiano para los terrenos de edificación no empleados (4). Mediante *la immissio*, por negarse a prestar la *cautio damni infecti*, la posesión, como es sabido, no se pierde inmediatamente, pero si esta medida queda sin efecto, un *secundum decretum* realiza la transmisión de la posesión y de la propiedad.

Esta medida está justificada por Ulpiano en el pasaje citado,

---

(1) Las palabras: *si* NON DERELINQUENDI ANIMO *non coluiste*, en ese pasaje no indican una hipótesis en oposición, como resulta de cuanto precede; esas palabras han sido probablemente tomadas de los términos de la demanda.

(2) Gelio, IV, 12. *Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat sive ques arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poene fuit, sed erat opus censorium.*

(3) L. 8, Cód. *de agro deserto* (11, 58). Pertinax había autorizado ya esta ocupación. Guyet, *Archiv. de pract. civ.*, XVII, p. 59. Las leyes 10, 14, Cód. ibid., acentúan y abrevian estas medidas. Así ocurre también en el antiguo derecho alemán: un fundo que el propietario deja inculto se hace de la *Mark* o del común desde el instante en que crecen en él zarzas y arbustos. Grisum, *Rechsalterth*, p. 92.

(4) Sut. Vesp., c. 8, *vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent.*

dado que después de pasar un cierto intervalo de tiempo (*post aliquod intervallum*) se puede admitir:

Quod pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse.

Seguramente el jurisconsulto no opinaba que hubiese ahí una verdadera *derelicto*, sino que quería justificar tan sólo el aparente rigor de la regla, haciendo saber que por su completa indiferencia el propietario se había en algún modo desligado él mismo de la cosa; y sólo para reproducir esta consideración, que he presentado más arriba, he creído ahora que debía, con la autoridad de un jurisconsulto romano, trasladar aquí ese pasaje.

3) L. 13, pr. h. t. de Ulpiano.

¿Pomponius refert, cun lapides in Tiberim demer si essent naufragio et POST TEMPUS *extracti: an dominium in integrum fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto.*

Según la explicación de Savigny (pág. 340), Ulpiano habría negado aquí la continuación de la posesión porque era imposible volver a ver las piedras. Pero en ese caso, la posesión se hubiera perdido inmediatamente, y las palabras *post tempus* que se encuentran en el pasaje no tendrían sentido. Y en efecto, Savigny las pierde de vista por completo. Sin embargo, estas palabras *post tempus* significan algo y responden a las palabras *non* STATIM *interpellari possessionem, sed tunc demum, cun dominus possessionem apisci neglexerit* en la L. 40, § 1, cit. El propietario de las piedras dejó pasar un largo intervalo de tiempo antes de decidirse a hacerlas levantar, y esta inacción continuada es precisamente la que está en desacuerdo con la conducta habitual del propietario diligente, y con la máxima *omnia ut dominum fecisse*, dejó largo tiempo sus cosas en una posición contradictoria con el aspecto normal de la propiedad.

Las palabras *post tempus* tienen su correspondencia en la palabra *diu* del pasaje siguiente:

4) La L. 1, 3, § 10, L. t. de Paulo (1)

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et judicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium proeparat; sed hoc ita verum est, si DIU *in libertate moratur.*

¿Por qué Paulo hace esta restricción? La teoría de Savigny no puede responder a esto. O la posesión del esclavo se perdía desde el principio, o bien continuaba; en el segundo caso debía, según Savigny, continuar sin interrupción, si de otro modo no sobrevenía algún cambio; *el tiempo por sí mismo no tiene ningún poder sobre la posesión*, según Savigny. En mi teoría, por el contrario, el tiempo tiene todo ese poder, debe tenerlo, y precisamente esta importancia del tiempo es lo que constituye en mi opinión uno de los principales argumentos en pro de la exactitud de mi teoría. Quien quiera mantener todavía la fórmula de Savigny sobre la continuación de la posesión, debe dar explicaciones acerca de estos dos puntos: primeramente, respecto de la conciliación de la teoría de Savigny con los textos, según los cuales, en caso de negligencia persistente (*non statim, post tempus, longo tempore, longo silentio, diu*), la posesión se pierde sin que ocurra cambio alguno en el *corpus* o en el *animus*; y en segundo lugar, acerca de cómo la más real precisamente de todas las relaciones jurídicas, la posesión, puede llegar a estar desligada de la condición de la realidad, que es la regla de todas las relaciones patrimoniales. En el antiguo derecho romano, la propiedad se perdía por usucapión en uno o dos años, según los casos; las servidumbres se perdían también por el no uso, las acciones penales pretorias prescribían al año.

(1) Hay también en las Pandectas un fragmento de ese jurisconsulto, en que toca la misma cuestión, pero sin emplear la palabra *diu*. La L. 15, § 2, *de usuc* (41, 3).

El derecho, pues, se consumía rápidamente en Roma cuando no se apoyaba en el ejercicio real. Y la posesión, que como ningún otro derecho se halla sometida a la fuerza del hecho, no ha de ser afectada por la ausencia de este elemento. Para un Matusalén duraría de tal manera, sin ejercicio real, cien años y más!

Pero se me dirá: *¡lex ita scripta est!* La L. 153 de R. J. (50, 17) declara expresamente que la posesión dura tanto tiempo como el *animus* y el *corpus* no cambien en el contrario (*in contrarium actum*). Los autores están unánimes en admitir el peligro de fundar una teoría sobre la abstracción de un jurisconsulto romano en lugar de fundarla sobre las decisiones concretas de las fuentes, y la regla citada de Paulo ofrece a mi ver una nueva justificación de la máxima de la L. 202 de R. J. (50, 17): *omnis definitio in jura periculosa est, parum est enim est nom subverti possit.* En efecto, no concuerda con las decisiones concretas de los jurisconsultos romanos, por lo menos cuando se entiende el *actum in contrarium* en el sentido de Savigny y de la teoría dominante. Sin volver sobre los pasajes más arriba citados, sólo preguntaré: ¿cómo se concilia esta regla con la pérdida de la posesión causada por la muerte? La muerte no cambia nada el estado exterior de la cosa, sólo hay la cesación del *animus*, pero esta cesación no es evidentemente un *animus in contrarium actus;* la *voluntad de poseer* no cambia aquí, como quiere Savigny, en *voluntad de no poseer.* Ahora bien, cuando se presenta una contradicción como ésta entre la abstracción teórica, la *regula juris* de un jurisconsulto romano, y las decisiones prácticas de nuestras fuentes, seguimos sólo la indicación que Paulo mismo nos da en la L. 1 de R. J. (50, 17). *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*, ateniéndonos a los materiales concretos de las fuentes, y tratando de abstraer de ellas la *regula juris*, de lo cual el propio Savigny no deja de darnos ejemplo (1).

(1) Remito al lector, por ejemplo, a su *Sistema*, III, pág. 346, donde se ocupa de la regla formulada en la L. 7-8, *de per. et fact. ign.* (22, 6). No

Quiero, por fin, salir al paso todavía a una objeción que debe esperar el sistema que acabo de desenvolver sobre la continuación de la posesión. Cuando considero como condición de esta continuación la diligencia de un propietario exacto, se me dirigirá la censura de que esta regla peca, por falta de precisión (1), a lo cual respondo remitiéndome simplemente a la teoría de la *diligentia* en las relaciones obligatorias. Las dos reglas de que se sirven los romanos para establecerla: la de la diligencia del hombre de negocios capaz, y la del hombre ordinario, no son más precisas que la mía, y estoy convencido de que esta última ocasionaría menos dudas en su aplicación.

Aún más; de nuevo me afirmo en la convicción de que los ciudadanos y los campesinos estarán con mi teoría en estado más favorable de juzgar si hay o no posesión que los corifeos de la jurisprudencia con la teoría de Savigny. De todas suertes, el juez que tan a menudo se encuentra llamado a decidir lo que en materia de relaciones *obligatorias* o de usufructo un *diligens pater familias* o un *bonus vir* hubiera debido hacer, no se detendrá ante la tarea de decidir en materia de posesión lo que hubiera hecho un propietario cualquiera. Mi teoría no exige de él para la posesión, más que lo que el derecho romano le imponía indudablemente en estas materias. En tal supuesto, la objeción no va contra mi teoría, sino contra

---

nos ponemos en contradicción, dice, con la fuente del derecho, sino que nos atenemos sólo a sus decisiones seguras en los casos particulares, y consideramos los pasajes citados más arriba *como una tentativa de establecer un principio general.* Si Savigny no hubiera escrito su tratado de la posesión a la edad de veintitrés años; sino en edad más madura, hubiera quizá empleado el mismo razonamiento con relación a la regla citada de Paulo.

(1) Creo haber demostrado que no es a los partidarios de Savigny a quien corresponde dirigir esa censura. La precisión aparente de la fórmula de Savigny para la adquisición y pérdida de la posesión, se reduce a nada desde que se la aplica. No quiero volver sobre este punto, porque no se trata de eso, sino de saber cuál de las dos fórmulas es verdadera, y cuál entre la de Savigny y la mía, está de acuerdo con las decisiones de las fuentes.

el derecho romano mismo y, en definitiva, contra su propio autor, porque es preciso ignorar el derecho y la vida para dirigir una censura al derecho, porque lleva al juez ante las exigencias de la vida real, en lugar de darle una fórmula mágica, en cuya fuerza maravillosa no crea más que aquel que rara vez o nunca tenga ocasión de ensayarla en un caso particular.

Voy a resumir el resultado de todo mi trabajo en las proposiciones siguientes:

La posesión de las cosas no debe a sí misma, sino a la propiedad, su elevación al rango de las relaciones jurídicas importantes (1). Con el fin de conceder al propietario contra ciertos ataques, un medio más fácil que la reivindicación, la prueba de la *existencia jurídica* de la propiedad ha sido reemplazada por la prueba de su existencia de *hecho*.

La suposición, de que ordinariamente la posesión concurre con la propiedad efectiva, hace participar de la misma protección hasta los no propietarios, en los casos en que por excepción la posesión y la propiedad están separadas. Este último efecto no constituye *el fin*, sino una *consecuencia inevitable* de la posesión.

La idea de la protección posesoria, en la plena verdad y generalidad de su acepción, debe dirigirse contra toda lesión a la voluntad del poseedor. Esta condición, que aún no había sido realizada en el antiguo derecho romano, pues que limitaba la protección a ciertas lesiones, ha sido efectuada en toda su extensión por el derecho romano más reciente.

---

(1) No conceptuamos oportuno oponer a estas afirmaciones de Ihering los puntos de vista que en las notas venimos sosteniendo, pues sería esto repetir lo que en diferentes lugares de las observaciones a esta admirable obra del ilustre jurisconsulto dejamos dicho.—(N. DEL T.)

En su relación con la propiedad, se encuentra la clave de toda la teoría material de la posesión, tanto en lo que concierne a la extensión *abstracta* de la posesión—que es perfectamente paralela con la de la propiedad—como en cuanto concierne a las condiciones de la posesión *concreta*. Esas condiciones no son otras que las de la relación exterior del propietario con la cosa.

Llamar a la posesión de las cosas exterioridad o visibilidad de la propiedad, es resumir en una frase toda la teoría posesoria.

SEGUNDA PARTE

LA VOLUNTAD EN LA POSESION

PROLOGO

Cumplo ahora una promesa que hice veinte años ha, al publicar mi Tratado sobre *La Protección posesoria*, en mis *Anales* (V. 9., p. 2). Este Tratado anunciábase entonces como un primer estudio sobre la *Teoría de la Posesión*, al cual deberían seguir otros tres: sobre la naturaleza jurídica de la posesión, sobre el *animus domini*, y sobre el *constitutum possessorium*. He renunciado definitivamente al primero y al tercero, respecto de cuyos asuntos he tenido ocasión, posteriormente, de exponer mis opiniones (1); ocasión que no se me ha presentado para el segundo estudio; cosa que además no hubiera sido posible de no tratar el *animus domini* muy de pasada (2). Se requería, en verdad, reunir una porción de materiales tomados de las fuentes, hacer la crítica detenida del derecho imperante, tanto desde el punto de vista de los principios, cuanto desde el punto de vista del procedimiento y de la legislación, sin olvidarse tampoco del aspecto histórico que tan valiosas indicaciones procura.

El *animus domini* señala el punto de partida de mis vacilaciones acerca de la exactitud de la teoría de la posesión de Sa-

---

(1) Véase, acerca del primero, *El espíritu del derecho romano*, tomo 4.°, pág. 365 y siguientes, y en el presente libro, al final del cap. V; acerca del tercero, ver en este mismo libro el cap. X.

(2) Véase la nota 11 del cap. IX del presente libro

vigny Leyendo las fuentes, me he encontrado con textos que no es posible armonizar con ellas, y de los cuales he hablado en el cap. XV. Tales textos produjeron en mí la convicción de que, para determinar ante las condiciones legales exteriores de la posesión, o del *corpus*, si hay posesión o tenencia, en materia de posesión derivada, lo decisivo, en mi concepto, aunque sea en contra del sentimiento y de la intención de las partes, no es la diversidad de la voluntad de poseer, sino la naturaleza de la relación existente; la *causa possessionis* o el momento causal de la posesión, como yo la llamo. Esta opinión data de los primeros años de mi enseñanza académica, y recuerdo perfectamente habérsela comunicado al hoy difunto Marezoll, sin que, no obstante, hubiera logrado convencerle.

En un principio vacilé antes de introducir esta doctrina en mis cursos, considerando necesario someterla a un largo y detenido examen. Luego que hubo resistido completamente todas las pruebas, pensé que no había ya motivo alguno de vacilación para enseñarla en mi curso de Pandectas, si bien persistí en omitirla, aunque por razones meramente dialécticas, en mi curso de Instituciones.

Por este tiempo, mi teoría no revestía la forma que más tarde he reconocido como verdadera; lo cual hace que no sienta haber tardado más de cuarenta años en publicarla. Entonces la denominaba la *Teoría de la causa*, y en esta obra, en el cap. IX, va un examen crítico de ella desde el punto de vista de la prueba.

Me he visto obligado a mencionar ese primer aspecto de mi teoría, porque la parte esencial de ella fué lanzada a la publicidad, con su propio nombre, por uno de mis antiguos discípulos de Giessen (de 1852 a 1868), Procurador imperial en Leipzig, M. Reuling, en un artículo crítico inserto en la *Zeitschrift für*

Handelsrecht, V. 17, páginas 320 y siguientes (1872). A instancia mía, me hizo saber que tiene la convicción de haber formado por sí mismo su opinión, de un modo totalmente independiente, y como me dice que no ha escrito mi curso, no veo en ello nada de extraño. ¿Cómo saber, en verdad, cuándo germina la semilla lanzada en nuestro campo por mano ajena? Yo no pongo en duda, de ninguna manera, lo que me afirma; pero me he considerado en el deber de hacer valer mi derecho de prioridad para evitar la censura de no haber mencionado a un autor que me ha precedido en el camino que yo sigo. Es el único de quien pueda hablarse en este caso: todos los demás se atienen, aun en principio, a la condición de una voluntad de poseer especial para la posesión.

Los cuadernos que otros de mis discípulos han escrito por esta época, y en los cuales se encontrará, no sólo la parte esencial de mi opinión, reproducida por Reuling, sino también todos los materiales de que yo me he servido para justificarla, disiparán toda duda acerca del hecho que indico.

La publicación de mi teoría en una Revista jurídica extranjera, por uno de mis oyentes extranjeros, en estos últimos años, no puede ni debe preocuparme, pues no tengo por qué temer por ese lado que se discuta superioridad.

Mi obra anuncia, desde luego, por su doble título mismo, que no ha querido contraerse a la mera construcción de la Teoría de la voluntad en la posesión. Esta tarea no hubiera sido de suficiente importancia para entretener mi trabajo, y separarme del estudio de otros problemas más graves, que desde tiempo ha reclaman mi atención y excitan mi curiosidad. No podía prometerme un resultado práctico; la práctica, en efecto, podía prescindir de mi trabajo, porque con un tacto muy fino había entrado ya en el camino que yo quería indicarla. El único re-

sultado que mi trabajo puede tener para ella, es hacerle reconocer que, hasta en teoría, he tenido razón. El proyecto de Código civil, que, entretanto, me vino a proporcionar una ocasión inesperada de hacer una aplicación práctica de mi teoría, no se había publicado en esta época.

Todas estas consideraciones me hubieran contenido de escribir este libro, si el plan del mismo hubiera tenido que desarrollarse en los límites indicados. La autorización que acostumbro a dar a mis oyentes para publicar con mi nombre las ideas que yo profeso, después de mi muerte, o aunque sea en vida, previo el correspondiente permiso, me hacían creer que había hecho lo suficiente, para que un día mi teoría del *animus domini* llegara a conocimiento del público. Los materiales que yo les he proporcionado, aun cuando queden muy por debajo de los que he reunido en esta obra, bastan, no obstante, para que el mundo jurídico pueda formar su juicio acerca de esta teoría. Si, a pesar de todo, me he decidido a elaborar la teoría de que se trata, es sólo con el propósito de hacer resaltar la diferencia que existe entre dos métodos de la teoría del derecho: el *método formalista* o *dialéctico*, y el *método realista* o *teleológico*.

En un principio tuve la intención de determinar, al fin de este trabajo, la oposición de los dos métodos, y a este efecto había escrito ya un capítulo final. Pero la materia tratada adquiría un desenvolvimiento tal, que hubiera alargado con exceso el libro.

En vista de esto, me ha parecido más conveniente dejar para más tarde esta explicación de principios; por otra parte, el lector que siga atentamente mis demostraciones no advertirá su falta.

Aunque en mi juventud fuí entusiasta partidario de la ten-

dencia formalista, poco a poco me he convencido de su falsedad y al fin no he dejado un momento de combatirla. Primeramente lo hice en varios artículos publicados sin dar mi nombre, anónimos (1)—1861-1863—(2); más tarde, en mi *Espíritu del derecho romano* (V. IV, § 60; 1864); luego, en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria* (1867), y, por último, en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). Esta misma convicción es la que me ha inspirado la idea de una gran obra, titulada: *Zweck im Recht* (El fin en el Derecho). Para acabar con el apriorismo de los conceptos en la jurisprudencia, nada he encontrado mejor que presentar la prueba de que en derecho la idea de fin es la única potencia creadora, y que el imperio que se atribuye la lógica es usurpado. La imposibilidad, que en el curso de esta última obra he podido advertir, de limitar exclusivamente mi demostración al derecho, me ha llevado al terreno de la moral y de las costumbres, para completar allí también esta idea. Según su forma actual, la obra debería realmente titularse: *Das teleologische System der sittlichen Weltordnung* («El sistema teleológico del orden moral del mundo»). En el último capítulo me he propuesto, después de haber demostrado,

(1) Publicáronse primero en el *Preussische* y más tarde en el *Deutsche Gerichtszeitung*, como *Cartas confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*, habiendo sido reproducidas en *Scherz un Ernst in der Jurisprudenz*.

(2) Recientemente se han publicado en dos distintos libros interesantes estudios sobre el sistema jurídico de von Ihering; estudios donde el lector puede formarse una idea de conjunto de la gran obra realizada en la filosofía del derecho por el ilustre jurisconsulto. Los libros a que me refiero son los siguientes: Dr. Igino Petrone, *La Fase recentissima della Filosofia del Diritto in Germania*, páginas 46-78 (Pisa, 1895); C. Bouglé, *Les Sciences sociales en Allemagne.—Les méthodes actuelles*, páginas 102-141 (París, 1896).—(N. del T.)

en principio, con la historia en la mano, el alcance de la idea de fin, exponer esta idea en su aplicación especial al estudio científico del derecho, tanto en las doctrinas generales (1) como con relación a las más importantes instituciones jurídicas.

Entre estas últimas he escogido especialmente la posesión, para mostrar, tomándola por vía de ejemplo, la falsedad y la completa esterilidad científica del método dialéctico, así como la fecundidad de la idea de fin, esto es, la exactitud del método realista. Entretanto me he llegado a convencer de que todo eso no hubiera sido posible realizarlo en el espacio reducidísimo que yo creía poder dedicarle; y así he separado el fragmento más importante de la teoría de la posesión, para tratarlo de la manera indicada.

Préstase, a la verdad, mejor que cualquier otra institución jurídica. En parte alguna la lógica jurídica ha producido un escándalo tan grande, ni ha llegado a bancarrota tan completa como en la teoría del *animus domini*. A esta consideración, que por sí sola bastaría para haber guiado mi elección, juntóse el interés histórico literario, que precisamente puede reclamar la teoría posesoria para la demostración que me propongo hacer. La tendencia, de que daré algunos ejemplos, no era nueva a principios del siglo; pero ha sido posteriormente apoyada por Savigny de una manera tal, que bien podemos atribuirle todo el imperio que al fin ha alcanzado. Su obra acerca del derecho

(1) A título de ejemplos pueden citarse: El fin como principio de interpretación—como el aspecto verdadero de lo que se llama la naturaleza de las cosas—como límite del alcance práctico de las nociones jurídicas (p. 515, nota 1.ª), y de la aplicación del derecho—como principio secundario de clasificación científica, en particular en el derecho de las obligaciones (por ejemplo, para los modos de extinción de las obligaciones), etc.

de posesión, por los méritos eminentes de que puede vanagloriarse, ha conducido a la ciencia alemana por el camino que le ha trazado.

Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar a aquel que ha sido el primero en seguirla y el punto donde ha comenzado. Por esta razón he elegido a Savigny y la teoría de la posesión, tanto en mi obra acerca del *Fundamento de la protección posesoria*, cuanto en la presente.

Se *rechazan* las opiniones falsas, pero es necesario *combatir* las tendencias falsas. Respecto de las primeras, basta oponer la verdad al error; sólo la susceptibilidad personal o la presunción, pueden introducir un tono destemplado en la polémica científica con el adversario. Respecto de las segundas, por el contrario, se necesita más: el que quiera combatir, debe tomar las armas en la mano y debe elegirlas tanto más cortantes y mortíferas, cuanto más terrible sea el adversario; su intención es vencerle; si no lo logra, habrá de sucumbir él mismo, sin que sus mayores esfuerzos logren otra cosa que agravar su derrota.

Tal es la suerte que corro. Tengo el convencimiento de haber puesto en pleito mi nombre científico en esta obra de una manera tal, que si las censuras y las acusaciones que contra Savigny lanzo son infundadas, el perjuicio que experimentaré será irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá tildarme de ingrato, aun sin pararse a considerar el pleno homenaje que rindo a los méritos de Savigny. Pero, qué importa! Si la obra progresa, nada me preocupa mi persona. No hay modo de alcanzar un gran fin sin exponer su propia personalidad. Puchta y Bruns—para no citar más que a los muertos—me han proporcionado también ocasión de agudas polémicas, y, sin embargo, venero en ellos dos hombres a quienes, después de Savigny, coloco en el primer puesto entre los romanis-

tas de nuestro siglo, y con quienes yo he mantenido personalmente relación estrecha; todo lo cual no me ha impedido sacrificar la persona a la obra. Más quisiera en este punto haber pecado por exceso, que por defecto para la seriedad de mi trabajo.

Mi crítica no sólo ha sido sin contemplaciones, sino también muy minuciosa. He seguido paso a paso, en todos sus desvaríos, la teoría del *animus domini*, fijándome en sus lados débiles, en sus faltas, en sus errores. Me he complacido en ahondar en el error, cual si contuviera la verdad más preciosa. La tarea ha sido dura. Me atrevo a afirmar que es éste el trabajo más ingrato que he realizado durante toda mi vida literaria, debiendo explicarse la pereza con que lo he emprendido, por la aversión que hacia él sentía. La idea de que era preciso llevarlo a cabo, pues de otro modo quedaría mi obra incompleta, me ha impulsado al fin a tomar la pluma y a acometerlo sin perdonar medio ni esfuerzo. No hubiera sido necesario tanto si hubiera bastado demostrar que la teoría del *animus domini* es insostenible. En tal caso, mi trabajo no hubiera pasado de la cuarta parte de su extensión actual; más de las tres cuartas partes han sido consagradas a la tarea que me había impuesto en primer lugar, de demostrar la oposición de los dos métodos.

Este mismo fin es el que también me ha impulsado, en la exposición positiva de mi propia opinión, más allá de lo que era inmediatamente necesario y a aprovechar todas las ocasiones ofrecidas para poner en claro la exactitud y la fecundidad del método realista. En su virtud, no he vacilado en hacer un examen profundo de ciertos puntos de vista de carácter incidental; debía servirme para que se pudiera comprender el método y para someterlo a la prueba; esto explica, por último, ciertas indicaciones y advertencias que de otro modo hubiera suprimido.

Era preciso entrar en estos detalles para poner al lector por adelantado en situación adecuada de juzgar la obra. La total economía de la misma serie falseada, no explicándose su actual desenvolvimiento, si se tratase sólo de la teoría del *animus domini;* en tal supuesto, repito, jamás hubiera escrito este libro, o de escribirle, le hubiera dado otra forma muy diferente. El único fin que he perseguido, es el de mostrar al mundo jurídico la diferencia de los dos métodos. Si no lo lograse, sentiré el trabajo empleado.

La obra está para imprimirse desde Diciembre de 1887. Fué hecha por partes, que pasaron a manos del impresor según las iba terminando. Esto explicará que no hayan sido tomadas en consideración, sino hacia el fin, varias obras, y el mismo proyecto de Código civil alemán. Entre estas obras citaré la del Conde León Pininsky, *Der Thatbestand des Besitzeserwerbs.* El autor advierte en su prefacio que «todo lo que él ha dicho ha sido considerado sin valor». Aprovecho esta ocasión para manifestarle, por lo que a mí toca, el reconocimiento merecido por su sólida manera de investigar y por la independencia de su pensamiento. El trabajo es, a mi ver, digno de figurar entre los donativos más preciosos que la ciencia alemana suele recibir de Austria, después del vigor que desde hace diez años ha alcanzado en ese país, y que constituye, en mi concepto, uno de los más felices progresos del siglo.

No terminaré este Prólogo, sin manifestar antes mi profunda gratitud por el favor que se me ha dispensado, con relación a mi actividad literaria, especialmente tratándose de la redacción de esta obra. Las autoridades académicas me han permitido suspender mis Cursos, para que pudiera consagrarme por entero y en primer término a mi labor científica. Sin esa dispensa, esta labor hubiera tenido que moverse dentro de límites infinitamen-

te más restringidos. En este sentido, bien puede decirse que este escrito se debe, sobre todo, al hombre eminente que la Universidad prusiana tiene, por fortuna para ella, como jefe. Su aparición me proporciona la ocasión de responder a un impulso de mi alma, ha tiempo sentido, expresándole públicamente mi profundo reconocimiento por las dispensas que se ha servido concederme en mi posición actual.

RUDOLF VON IHERING.

Febrero de 1889.

I

Observaciones previas acerca del lenguaje

Nuestra actual terminología, al igual que la de los juristas romanos, presenta una imperfección, cuyos efectos he sentido grandemente en el curso de mis investigaciones.

Señalaré, en primer lugar, la falta de precisión que resulta del significado ambiguo del término *posesión—Besitz—(besitzen* =poseer—; *Besitzer*=poseedor)—, el cual, como el correspondiente latino *possesio*, se aplica a la vez a la posesión natural *(natürlichen)* y a la jurídica *(juristichen)*, imponiendo así como necesaria la adición de esos calificativos en caso de distinción. Por mi parte, sin embargo, sólo emplearé una palabra para designar cada una de esas dos relaciones: llamaré la primera, *tenencia (detención)*, y la segunda, simplemente *posesión;* al hablar, pues, de posesión o de poseedor, se aludirá siempre a la posesión o al poseedor jurídico. Como término común para la designación del simple tenedor—poseedor de hecho *(Detentors)*—y del poseedor jurídico *(Besitzer)*, aplicaré el de *Inhaber*, poseedor. Para designar la relación común del tenedor y del poseedor con la cosa, conservaré la expresión tradicional de *relación posesoria (Besitzverhältniss)*, que no puede resultar equívoca desde el momento en que se designa la *posesión* y la *tenencia* con expresiones especiales. También emplearé en idéntico sentido general el término de *voluntad posesoria o de poseer (Besitzwille)*, y cuando se trate tan sólo del poseedor, le designaré, según el sentido de la teoría de la posesión dominante, como voluntad de poseer *justa (animus domini)*.

Nuestra terminología jurídica de la teoría de la posesión presenta además otra imperfección, que consiste en la falta de expresiones adecuadas, para señalar las distinciones que comprende la relación de tenencia; falta que nos ha obligado a suplirlas mediante términos creados al efecto.

La *primera distinción*, es la que hago entre la relación de tenencia *absoluta* y la *relativa*. En la *detentio alieno nomine*, la relación indicada en la persona del tenedor se combina con la posesión de la persona por la cual posee; en este caso la *tenencia* no niega la existencia de la posesión de una manera *absoluta*, sino tan sólo en la persona del tenedor (*relativa*). La relación de tenencia puede, sin embargo, significar también que no hay posesión de una manera *absoluta*. Tal ocurre, según el derecho romano, en el caso de la relación posesoria, de las *res extra commercium*. La primera la designaré como relación de tenencia *relativa*, y la segunda, como *absoluta*.

La *segunda distinción* es la siguiente: el mandatario, que ha recibido la comisión de tomar posesión de una cosa por el mandante, y el depositario, que debe conservarla en su poder, están con la cosa en una relación distinta a la del arrendatario, el inquilino o el comodatario, en cuanto aquéllos quieren tener la cosa en interés del poseedor y éstos la quieren tener en su propio interés. La primera relación la designo, relación de tenencia *por procuración (procuratorisches)*, y la última como relación de tenencia *de propio interés (selbstnützige)*. La utilidad de esta distinción se pondrá más en claro en la crítica del *animus rem sibi habendi*, debiendo advertir que ya ha sido hecha por el *Landrecht* prusiano (I, 7, § 2, 6), el cual, en efecto, emplea para esos casos la expresión de *simple tenedor (blosser Inhaber)* y *poseedor imperfecto (involltändiger Besitzer)* (1).

---

(1) Transcribiré aquí los dos párrafos: «Es también un *simple tenedor* el que no tiene una cosa bajo su guarda sino con la intención de disponer de ella *para* o a *nombre* de otro» (§ 2). «Llámase poseedor *imperfecto*, al que toma en su poder cosa o derecho como propiedad de otro, pero con la intención de disponer de ellos *para sí*» (§ 7).

El *tercer punto*, en el cual se advierte también la insuficiencia de la terminología tradicional, refiérese a la distinción que debe hacerse entre el tenedor y aquel en cuyo nombre posee. En lugar de esta última y larga expresión, sería de desear el empleo de una palabra única, y como los términos «autor», «principal», no nos parecían adecuados, mientras la palabra «poseedor» sólo expresaría la posesión absoluta, y no la relativa del poseedor, he elegido al efecto el término de «*Besitzherr*», *señor o tutelar de la posesión* (1).

Resumiendo, pues, en vista de lo dicho, el esquema de mi terminología en materia de posesión es el siguiente:

Relación posesoria (*Besitzverhältniss*).

I. Posesión (*Besitz*).

II. Tenencia (*Detention*).

1. Absoluta.
2. Relativa: señor o dueño de la posesión (*Besitzherr*).
   a) Por procuración (*prokuratorische*).
   b) Interesada (*selbstnützige*).

Investigando los motivos que han impulsado a los romanos, en el caso de abandono pasajero de una cosa a otro, a admitir, ya la posesión, ya la tenencia (XV, «Teleología de las relaciones de la posesión derivada»), me he visto obligado a comprender esas dos relaciones bajo una denominación común, no encontrando otra más propia que la de *derivada* (*abgeleitet*), usada ya por Savigny para los casos de la *posesión derivada*. Respeto en este punto el derecho de prioridad de Savigny, ya que yo conservo intacta dicha expresión, para la posesión en el sentido que él mismo le asigna. El empleo de idéntico término para la *relación posesoria* no puede ocasionar equívoco alguno, después de la advertencia hecha acerca del sentido general de esta expresión.

Desde el punto de vista de la teoría de Savigny, la relación posesoria derivada, tomada en ese sentido, se caracteriza nega-

(1) El trad. francés, señor Meulenaere, traduce *Besitzherr*; *dominus possessionis*, o titular de posesión – (N. DEL T.).

tivamente, en cuanto falta el *animus domini* en la persona del poseedor actual, y positivamente, en cuanto al poseedor que le deja su cosa no se despoja por ello de su derecho sobre ésta y conserva frente a él la posición del propietario; en suma, tiene el carácter de una *relación de dependencia posesoria (besitzrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses)*.

Mis investigaciones se han dirigido hacia lo que hemos llamado *relación posesoria derivada*. Su objeto es descubrir los motivos que han determinado a los romanos a dar a la relación de dependencia posesoria del cesionario, respecto del cedente, el aspecto que ha revestido en materia de posesión. Hubiera podido titularse: «Teoría de la relación posesoria derivada»; pero he considerado necesario poner de manifiesto en el título de este trabajo su tendencia negativa, consistente en la refutación de la doctrina reinante sobre el *animus domini* o *rem sibi habendi*.

II

Nuestro asunto

El asunto a que estas investigaciones se refieren entraña la cuestión siguiente: una vez dadas las condiciones legales exteriores *(corpus)* de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny, y con él la doctrina imperante, responde que depende de la *voluntad* del que tiene la cosa. Si tiene la voluntad de poseer *para él* (*animus rem* SIBI *habendi*), o al modo del propietario (*animus* DOMINI) hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia. Puede juntarse esta voluntad de *poseer* la cosa para otro, con la de *tenerla* para sí, por lo que es preciso distinguir cuidadosamente los dos supuestos. El arrendatario, el inquilino, el comodatario, deben *tener* la cosa transitoriamente para sí, pueden usar de ella; pero de este *uti* y del *habere tenere* de la cosa a él referente, hay que distinguir el *possidere* que puede y debe quedar en el *dominus possessionis*. Su voluntad no tiende a ese *possidere*, limitándose el derecho al negárselo a sacar la consecuencia de su propia voluntad. Este aspecto de la cosa constituye en tan escasa medida una disposición positiva del derecho romano, que resulta espontáneamente, para el pensamiento jurídico, de la doble dirección (para sí o para otro) que implica la noción misma de la voluntad; por lo que, aun cuando la jurisprudencia no hubiera encontrado y aplicado prácticamente la distinción, la doctrina actual hubiera debido hacerlo. Si sería absurdo que, a pesar de la voluntad del representante, el legislador quisiera reconocerle un derecho que desea adquirir, no para sí, sino para

el principal, no lo sería menos que, a pesar de la voluntad del tenedor, quisiera reconocerle la posesión. Sólo hay algunos casos, poco numerosos, en los cuales, a pesar de la falta del *animus domini*, el derecho romano ha admitido la posesión. En esos casos, que Savigny ha reunido bajo la denominación de posesión *derivada*, el que tiene la cosa en sus manos no tiene, en realidad, el necesario *animus possidendi*; su voluntad tiende únicamente, como en los otros casos, a *tener* la cosa, no a *poseerla*, o sea a producirse como un propietario, toda vez que reconoce como propietario a aquel de quien la ha recibido. Si, no obstante, el derecho romano le concede la posesión, hay que ver en ello una singularidad, una anomalía, debida al predominio de determinadas consideraciones prácticas, sobre la consecuencia natural de la voluntad posesoria, o bien, como los romanos dirían, debido a que *utilitatis causae*, se ha prescindido de la *ratio juris*.

Tal es, en sus rasgos más capitales, la teoría imperante; teoría que designaré como *teoría subjetiva* o *teoría de la voluntad* (*Subjectivitats=oder Willenstheorie*). La tengo por totalmente falsa, oponiéndole, bajo el nombre de *teoría objetiva*, mi propia opinión, que resumiré brevemente.

Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene *siempre* posesión, a menos que una disposición *legal* no prescriba *excepcionalmente*, que sólo hay simple tenencia.

Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*), que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia *absoluta*, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia *relativa*, la existencia de una de las *causae detentionis*, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sos-

tener la *existencia* de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la *no existencia*. La voluntad de poseer, según lo entiende la teoría dominante, no se presenta nunca en la aplicación práctica del derecho. Me doy por derrotado, y conmigo mi teoría, cuando mis contrarios, citen un solo caso en que esa teoría haya recibido una consagración práctica de un tribunal, cualquiera que sea. De la voluntad de poseer, que desempeña un tan alto papel en teoría, cabe decir lo que Justiniano, en su tiempo, del *dominium ex jure quiritium*, en la L. *un.*, Cód. *De nudo jure Quir.* (VII, 25): *est nomen quod nec unquam videtur nec in rebus apparet*. Sea cual fuere el valor que se atribuya a la misma, cosa que examinaremos a su debido tiempo, está desprovista de toda significación en la aplicación del derecho, y no vacilo en afirmar, que un Juez podría aplicar perfecta y plenamente la teoría romana de la posesión, sin haber oído hablar jamás ni una sola palabra de la teoría indicada. En realidad, el Juez aplica siempre la teoría que dejo formulada; admite la posesión donde quiera que la tenencia simple no se ha mostrado por el contrario que sostiene su existencia, no haciendo así otra cosa que el Juez romano, el cual, según Pablo, debía considerar la posesión como existente, cuando el demandante hubiere ofrecido el hecho exterior de la posesión (1).

Por mi parte diré, desde luego, que no se requiere en modo alguno, para ese fin, admitir una presunción—esto es, ese procedimiento ideado para resolver las desigualdades del elemento material del derecho—, sino que, por el contrario, el aspecto que en el derecho romano tiene la distinción entre la posesión y la tenencia, explica esta manera de obrar desde el solo punto de vista material jurídico. La explicación del verdadero aspecto de la cosa en el derecho romano, pondrá la teoría de la pose-

(1) Pablo, S. R. V. 11; § 2.°: *Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.* Con respecto a lo que aquí puede importar la relación de este pasaje con la LEX CINCIA, a que Rudorff se refiere (Adiciones a *La Posesión*, de Savigny, 7.ª edic., pág. 690), cosa es que no puedo explicarme.

sión en armonía con el derecho, tal cual se aplica siempre en la vida.

Esta concordancia de mi teoría con la práctica, no he podido apreciarla sino después que hube logrado formularla, desde el punto de vista del derecho puro, pues mi teoría no es el resultado de consideraciones prácticas.

No me he dedicado al examen de las fuentes con idea preconcebida de que *debía* encontrar en ellas lo que, según mi opinión, es la verdadera práctica. Muy al contrario, no he llegado a convencerme de que era realmente exacta, sino después de haberla aprendido en el curso de una lectura imparcial de las fuentes. El primer impulso hacia la formación de mi teoría, fué obra de la consideración de ciertos textos, que no podía conciliar con la doctrina dominante sobre la voluntad en la posesión, y a los cuales, al fin, hubieron de juntarse poco a poco, según iba distinguiéndose en mí la confianza en la exactitud de la indicada doctrina, todas las razones de que voy a servirme en este escrito para combatirla. Fuéme, en verdad, difícil formular mi teoría de una manera positiva, aunque durante varios años le he dado una forma que, si bien se acercaba bastante a la verdad, sin embargo, tuve que abandonarla como totalmente inadecuada. Creía yo que lo que debía inclinar la balanza era la *causa* de la relación posesoria, por lo que en mis lecciones la denominaba como *teoría de la causa* (*Causal-Theorie*). A consecuencia de una lógica aplicación de este punto de vista, me veía obligado, para librar al demandante, en el posesorio, de la prueba de su *causa possessionis*, a acudir a una presunción procesal en favor de la posesión. La modificación que he introducido en mi teoría, y que puedo resumir en la sustitución de la función *positiva* atribuída a la *causa possessionis*, con la función *negativa*—exclusión de la posesión mediante una causa DETENTIONIS—, me ha dispensado de acudir a este expediente.

El terreno en el cual debe librarse la lucha entre ambas teorías, es el del derecho romano positivo, y no sólo en la dogmática pura, sino también en la historia del mismo: con lo cual quedarán de manifiesto los importantes servicios que esta últi-

ma puede prestarnos. Y más aún; tendremos también en nuestro apoyo, para hacer la crítica negativa de la teoría subjetiva, la *lógica formal*, con más el *procedimiento* y la *legislación*, que nos servirán para apreciar *positivamente* ambas opuestas teorías.

Si la doctrina dominante hubiera examinado su teoría desde el punto de vista del procedimiento, convencido estoy, de que hace ya mucho tiempo, que no se tendría confianza alguna en su exactitud. Desgraciadamente, nada de eso se hizo. La distinción teórica que introduce en la voluntad de poseer y que indica al Juez como medio de zanjar la cuestión de saber si debe admitir la posesión o la tenencia, se resiste a toda aplicación. Aun admitiendo que la definición teórica de esta distinción, fuese tan clara como en realidad es obscura, el Juez, como haré notar más tarde, no podría obtener ventaja alguna, porque no tiene indicación que pueda servirle para reconocerla en cada caso particular. Mi teoría, en cambio, le da una indicación de las más sencillas. Le dice así: deberás admitir la posesión donde quiera y cuando las condiciones exteriores existan, a menos que por otra parte resulte, en la persona del supuesto poseedor, la existencia de una rélación de aquéllas a las cuales el derecho romano sólo concede la tenencia; esto es, una de las *causae detentionis alieno nomine*, cuya enumeración se encuentra en cualquier tratado de Pandectas.

Quizá los partidarios de la teoría dominante me objeten que ellos lo entienden también así, diciendo que la decisión entre la posesión y la tenencia, no depende, en su sentir, del *animus concreto* o *individual* de tal o cual parte determinada, o el que realmente *tiene*, sino del *animus abstracto* o *típico*, el que *debe tener*. Así es indiferente que un arrendatario dado tenga el *animus detinendi*, toda vez que este *animus* existe en el arrendatario *abstracto* y *típico*.

Y he ahí realmente la objeción que *podrían* hacer los defensores de la teoría subjetiva, no siendo imposible que se les haya ocurrido alguna vez. Pero desde luego cabe preguntar: ¿la *han hecho* en realidad? En mi sentir, nunca. Todos, sin excepción, designan la voluntad de poseer jurídicamente, como una *condi-*

ción de la posesión, y toda condición debe ser *probada*, a menos que aquel que de ella se vale no esté dispensado de ello por obra de una presunción. Así resulta que el poseedor, en caso de oposición, deberá probar, no sólo el *corpus*, sino también el *animus domini*. La mera incorporación de la voluntad de poseer en la relación exterior con la cosa, tal cual se presenta también en la tenencia (III y IV), no bastará, porque el *animus domini* encierra un aumento de la voluntad de poseer. Los defensores de la teoría subjetiva, no podrían evitar esta consecuencia, a no ser afirmando la existencia del *animus domini*, cosa que ninguno ha hecho. Pero aun admitiendo que lo hubiesen hecho o que quisieran hacerlo, no se salvaría la cuestión del *animus domini;* tomaría nueva forma. En lugar de la prueba de la *existencia* impuesta al demandante, se presentaría la de la *no existencia* impuesta al demandado, recayendo de todos modos el debate sobre el *animus*. Evidentemente no cabría referirse a la *causa*, porque entonces sería ésta y no el *animus*, quien haría inclinarse la balanza; pero no debe olvidarse que una condición a la cual cabe sustraerse, probando la existencia de otro hecho, constituye una *contradictio in adjecto*.

Esta consecuencia procesal de su opinión no ha sido advertida por los partidarios de la teoría reinante. La cuestión de la prueba relativa al *animus domini* no ha sido tratada por Savigny ni por sus sucesores, que además no han dicho cuál de las dos partes debe probar, ni cómo debe ser procurada la prueba, ni con qué criterio deberá reconocer el Juez la existencia del *animus domini*; dejan que éste por su propio esfuerzo decida *in concreto*, con la distinción abstracta que han introducido en la voluntad de poseer. Ya demostraré a su debido tiempo que el Juez no puede resolver, toda vez que la distinción no tiene aplicación en el procedimiento.

Demostrada la consecuencia *procesal*, que implica la teoría subjetiva tal cual la formulan sus partidarios, veamos sus consecuencias *jurídicas fundamentales*.

Si depende de la voluntad individual decidir si hay posesión o tenencia, entonces goza aquélla del derecho de

libre disposición en materia posesoria, pues de decidirse por el *animus domini* tiene la posesión, teniendo en otro caso la tenencia. Debiendo ser indiferente en principio el fundamento de la relación posesoria, la *causa possessionis*, la voluntad individual debe poder admitir el *animus domini* en las relaciones en que el derecho romano no admite más que la tenencia; por ejemplo, en el arrendamiento, en el comodato, etc., y admitir el *animus alieno nomini detinendi* en las relaciones en que admite la posesión. No sé si los partidarios de la teoría subjetiva se han dado plena cuenta de esta consecuencia, pero de todos modos varios de ellos no han tenido inconveniente en reconocerla, hablando de la tradición sin acto exterior, realizada mediante un simple *constitutum possessorium*. El vendedor declara que en adelante quiere poseer en el nombre del comprador, y basta eso para que la tradición se verifique; poco importa la *causa possessionis*: la voluntad es soberana. Toda la teoría de la tradición de los juristas romanos resulta así echada por tierra; según eso, bastaría una declaración semejante de la voluntad para eludir en la vida la condición de la tradición real, sobre la cual insisten siempre las fuentes romanas; pero cosa es esta en que los defensores de esa opinión no se han fijado, siendo así que una contradicción tan flagrante con el derecho romano, hubiera debido precisamente abrirles los ojos acerca de la relación que existe entre la *causa possessionis* y la voluntad.

Otros (1) han aceptado dicha consecuencia, admitiendo que depende por entero de la voluntad de las partes, referir la posesión a una relación a la cual el derecho romano refiere la tenencia. Como lo contrario debe ser también posible, es preciso admitir la convención de que el acreedor no tendrá más que la tenencia de la cosa dada en prenda.

La consecuencia extrema, que realmente nadie a la vista de los textos ha sacado ni podía sacar, sería decir que la naturaleza de la relación posesoria está, por entero, entregada a la vo-

(1) Así Thibaut, *System des Pandectenrechts*, 8.ª edic., t. 1, § 208, y la que cita en la nota *b*.

luntad del que tiene la cosa, y por tanto, como el mismo no puede encadenar su voluntad, toda vez que puede cambiar a su placer su resolución, puede tener simplemente hoy, poseer mañana, volver a tener otro día, y así discurriendo: la posesión se convertiría por tal modo en un verdadero juguete, entregado al capricho de las partes; resultando además la voluntad individual, puesta en el lugar de la regla de derecho objetivo, la incertidumbre del derecho en el de la certidumbre y la anarquía en el del orden.

El derecho, en sí, pues, nos lleva a las mismas conclusiones que el procedimiento, esto es, a la imposibilidad práctica de la doctrina imperante. A su tiempo veremos de qué modo se ha podido llegar a sostenerla a pesar de todo; qué artificios, qué esfuerzos, qué violencias ha sido necesario realizar al efecto, y hasta qué punto se ha debido cerrar los ojos para no ver los obstáculos. Por el momento, bástame presentar esta teoría bajo su verdadero aspecto, poniendo en claro las consecuencias que implica y que he procurado sortear con todo cuidado.

En adelante, designaré esta doctrina del siguiente modo: teoría de la voluntad *individual* o *concreta*, lo que no necesita explicación después de lo que queda dicho más arriba. Pero ya dejo indicado que además de esta teoría hay otra manera aún de aplicar la voluntad de poseer a la teoría de la posesión, y acerca de la cual sólo he dicho algunas palabras. Obrase aquí, no con la voluntad individual o concreta, sino con la voluntad *típica* o *abstracta*; no con la voluntad que el poseedor *tiene*, sino con la que *debe* tener: en atención a esto, la designaré como teoría de la voluntad *típica* o *abstracta*. Nadie, que yo sepa, hasta ahora, la ha concebido y expresado recta y claramente; pero me inclino, a pesar de todo, a creer que ha germinado en el espíritu de los defensores de la doctrina imperante.

Ambas teorías tienen por punto de partida común, el influjo determinante de la voluntad sobre la relación posesoria. Según la teoría de la voluntad abstracta, este influjo se limita a hacer, en cuanto al derecho, de la idea de la diversidad interna de la voluntad de poseer un punto de vista directivo,

para determinar *en abstracto* en qué relaciones habrá posesión y en cuáles tenencia. Una cosa es la voluntad del comprador, del ladrón, etc., y otra la del arrendatario, la del comodatario, toda vez que los primeros quieren tomar la posición de propietarios, mientras los segundos no, limitándose la ley a sadar las consecuencias de su propia voluntad, cuando concede a los primeros la posesión y a los segundos la tenencia. Nada importa ver si esas personas tienen conciencia de esta dirección, de su voluntad y de sus consecuencias, pues la ley no obra con la voluntad individual, sino con la voluntad abstracta, y así no se refiere a *este* comprador, a *aquel* ladrón, o al *otro* arrendatario, sino al comprador, al ladrón, al arrendatario, *tipos*. En su virtud, la incongruencia entre la voluntad individual y la voluntad tipo no tiene influjo; el arrendatario es siempre simple tenedor, aun cuando crea o quiera ser poseedor.

Claro resulta que en la teoría de la voluntad abstracta se queda a medio camino, puesto que desde el momento en que la diferencia en la dirección de la voluntad, debe decidir de la naturaleza de la relación posesoria, ¿por qué razón ha de detenerse en la voluntad *in abstracto* y no decir lo mismo de la voluntad *in concreto*? En realidad, esta teoría sustituye la voluntad con la *causa possessionis*, pudiendo en tal respecto llamarse la *teoría de la causa*. La voluntad no juega aquí, *in concreto*, papel alguno: el *animus domini* está totalmente eliminado como condición de la posesión.

Podrá parecer que esta forma de la teoría subjetiva está, en el resultado práctico, de acuerdo con la teoría objetiva, y así es, en efecto, en su aspecto *negativo*, o sea en cuanto a la indiferencia completa de la voluntad *individual* de poseer. Mas por el lado positivo se separan ambas teorías, según resulta manifiestamente en la práctica, en la diversidad con que se ofrece la cuestión de la prueba. Según mi teoría, la posesión es una relación determinada, que existe donde quiera y siempre mientras el adversario no pruebe lo contrario, invocando al efecto un principio de derecho que considere excepcionalmente como simple tenencia la relación dicha. El poseedor no necesita,

pues, nunca indicar un fundamento para la posesión de que se aprovecha, como ocurre con el *animus*, según la teoría de la voluntad concreta, y con la *causa*, según la de la voluntad abstracta. Si la relación posesoria indeterminada en sí, no adquiere su determinación ulterior a no ser desde el momento en que a ella se refiere, bien sea el *animus* subjetivo, bien sea la *causa* objetiva, necesario es que este elemento se afirme en cada caso particular, para obligar al Juez a admitir la existencia de una o de otra relación.

La condición que implica la prueba de la *causa*, ¿tendrá acaso en la aplicación del derecho la peligrosa consecuencia de que en muchos casos la posesión tendrá que quedar sin protección porque se está siempre en situación de demostrar la *causa real* de su posesión? Si la cuestión de la posesión de las cosas muebles tuviese aún hoy un interés práctico, lo que no ocurre, según demostraré más tarde, el Juez debería denegar la demanda del actor, que no pudiera demostrar la causa de su posesión, y esto aunque se tratase del propietario.

Para evitar tan desastroso resultado, podría acaso pensarse en admitir una presunción en pro de la posesión. Pero lo que esto significaría, en mi concepto, es un modo de salir del atolladero en que por propia culpa se ha caído, escapándose por cualquier sitio y sin miramiento alguno.

Ahora bien; como el que se encuentra en un atolladero debe estar convencido de que no ha seguido el camino adecuado, lo mejor sería volver hacia atrás hasta encontrar éste, y tal camino está trazado por mi teoría, porque lo que la teoría de la voluntad abstracta con su *causa*, y la de la voluntad concreta con su *animus*, no pueden conseguir sino mediante el artificio violento de una presunción, mi teoría lo obtiene de un modo natural y directo, diciendo: la relación posesoria es posesión siempre, mientras la ley no haya prescrito excepcionalmente que no hay tal posesión, sino mera tenencia. En cualquier otro género de relaciones, quien tiene en su favor la regla, no debe probar que no se halla en situación excepcional. La aplicación procesal a la doctrina romana sobre la posesión se hace, sin más, con

arreglo a los principios acerca de la relación entre la regla y la excepción; quien afirma la excepción debe probar; quien, por el contrario, está en la regla, no debe probar que no está en situación excepcional.

La expuesta diferencia entre la teoría de la voluntad concreta y la de la voluntad abstracta, no ha sido advertida, como dejo dicho, por los defensores de la teoría subjetiva. No se han fijado en ella, y eso me ha colocado en la singular posición de poder empezar, dando de la teoría que voy a combatir una noción más clara que ella misma se ha dado. Era esto indispensable al efecto de rechazarla. No basta, en verdad, desalojar al contrario de la posición que ocupa, cuando aún le queda otra donde retirarse: es necesario cortarle la retirada. Si yo no lo hubiera hecho ahora, después de haber rechazado la teoría subjetiva tal cual sus defensores la formulan, hubiera podido estrellarme con la respuesta de que lo que dice, no es precisamente lo que quiere decir, y que su pensamiento verdadero se aplica, no sólo a la voluntad concreta, sino a la voluntad abstracta.

Con lo dicho pueden considerarse caracterizadas las tres teorías, que el lector va a juzgar en las investigaciones que a continuación haremos en sus rasgos capitales. Sus diferencias, resumidas de una manera esquemática, son las siguientes:

I. *En el respecto jurídico fundamental o material.*

Acerca de la cuestión de si, en un caso dado, hay posesión o tenencia, decide:

a) *La voluntad individual (teoría de la voluntad concreta).*

b) *La regla de derecho*, esto es:

1. Según el principio legalmente establecido y sin excepción, salvo los casos de posesión derivada,

de la *conformidad* de la voluntad *individual*, con la voluntad *tipo (teoría de la voluntad abstracta)*.

2. Según la regla jurídica de que hay *siempre* posesión, a menos que el derecho haya *negado* los efectos de las condiciones legales o positivas de la misma, colocando en su lugar la *detentio alieno nomine (teoría objetiva)*.

2. *En el respecto procesal.*

a) El poseedor tiene la obligación de la prueba, la cual recaerá:

1. Sobre la existencia del *animus* individual (*teoría de la voluntad concreta*).
2. Sobre la *causa possessionis* (*teoría de la voluntad abstracta*).

b) El contrario debe probar la *causa detentionis* existente en su caso (*teoría objetiva*).

Pasamos en lo que sigue a preparar nuestras investigaciones acerca de la diferencia esencial entre la posesión y la tenencia, mediante la exposición de lo que hay entre ambas de común.

En el respecto *negativo* está la diferencia entre la relación posesoria y la relación de simple yuxtaposición de la persona y de la cosa (que en adelante, para abreviar, denominaremos *relación de lugar—Raumverhältnisz*, III). En el *positivo*, la diferencia está en la voluntad, que no es menos necesaria en la tenencia que en la posesión (IV).

III

Distinción entre la relación posesoria y la mera relación de lugar

La simple relación de proximidad material entre una persona y una cosa no tiene significación jurídica. La significación jurídica se produce cuando la persona establece una relación exterior, recognoscible, con la cosa, convirtiendo la pura relación de lugar en una relación de posesión *(Besitzverhältniss)*. La distinción entre ambas relaciones no ha sido obra del derecho, sino que se ha hecho por el lenguaje al crear la palabra *posesión* (*Besitz=possessio*), revelando así que la distinción había penetrado en la conciencia popular. El derecho, al recoger la palabra y al hacer suya la idea que representa, llegó sin duda muy lejos en su desenvolvimiento, hasta el punto de prescindir del aspecto materialmente sensible, al cual el sentir popular refiere la posesión; pero quedando, no obstante, fiel siempre a esta concepción originaria de la relación posesoria. Ni el lenguaje, ni el derecho, ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación en el espacio de la persona con la cosa.

Lo que ha influído en el lenguaje y en el derecho para llegar a tal concepción, no fué el interés de la concordancia entre los mismos y la vida—consideración que nunca se tuvo ni se podía tener en cuenta—, sino el interés de la afirmación y del sostenimiento de una noción fija de la posesión, la cual no es posible sin la voluntad. ¡Sin voluntad no hay relación posesorial Esta tesis está expresamente formulada por el jurista roma-

no en la L. 1, § 3, de *A. P.* (41, 2) (1). Tratando de saber si la persona privada de voluntad puede adquirir, responde negativamente: *quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant*; y para explicar cómo el *rem corpore suo contingere* está desprovisto de todo influjo, añade el caso siguiente: *si quis dormienti aliquid in manu ponat.* No cabe distinguir de una manera más clara la relación posesoria y la mera relación de lugar; el contacto corporal, aunque sea inmediato, cuando tal contacto se verifica sin conocimiento y sin voluntad, por parte de la persona no produce la posesión. El mero conocer no basta aún para este efecto. Por eso mismo es por lo que el derecho romano no concede la posesión a las personas sin voluntad (incapaces), sin examinar si puede admitirse en ellas el conocimiento; conocer no es querer, por lo que se exige también la voluntad. El prisionero cubierto con cadenas, toca y ve sus cadenas; sabe que está sujeto por ellas; pero antes que decir que las posee, más bien cabe afirmar que las cadenas lo poseen a él. La relación exterior con la cosa debe ser querida; la relación posesoria, es la obra, el hecho de la *voluntad.* Esta idea, puesta por el lenguaje como significado de la palabra *poseer—besitzen, possidere—*, y que implica en la persona del poseedor el ejercicio voluntario y continuado de un poder, ha sido invariablemente sostenida por el derecho.

La distinción que acabo de exponer entre la relación posesoria y la mera relación de lugar, es universalmente admitida, aun cuando no se encuentre indicada en los expositores de la doctrina de la posesión, y aun cuando resulte sólo de una manera indirecta de la condición de la voluntad, considerada como un elemento de la posesión. Unicamente Windscheid puede ser exceptuado en este respecto, pues en su *Tratado del derecho de las Pandectas* reconoce como posible (V. T. I, § 148) que el poseedor «no tenga voluntad alguna en cuanto a su posesión»; cuando falte en él toda conciencia de su posesión»; pero verdad es que luego añade esta restricción: «que la pose-

(1) En adelante designaré este título de las Pandectas por *h. t.*

sión en que falte la conciencia y, por tanto, la voluntad del poseedor, no tiene consecuencias jurídicas: es un hecho indiferente al derecho». Estoy muy conforme con él en este último punto; pero desde luego me opongo a que esa relación pueda ser denominada posesión.

Y no me apoyo en fundamentos lingüísticos, sino en principios.

Una noción de la posesión que no esté fundada en la voluntad, es completamente irrealizable; vacila desde el momento en que aborda el terreno del derecho; cosa que el mismo Windscheid ha reconocido, en cuanto declara que esa relación constituye un hecho absolutamente indiferente en derecho, y desprovisto; además, de consecuencias jurídicas, lo cual vale tanto como decir, que en el sentido del derecho, este estado de cosas no constituye la posesión. Lo que esta noción apenas si ha acogido, debe inmediatamente perderlo para adquirir verdad y utilidad en el derecho; esto es, para llegar a ser lo que hubiera debido ser ya desde un principio: una *noción jurídica*. En sentir de Windscheid, el jurista romano hubiera debido admitir la posesión aun en la persona del hombre que duerme o del loco, y no lo ha hecho porque les falta la voluntad.

Examinemos ahora cómo la voluntad saca la relación posesoria de la simple relación de lugar.

El motivo que la pone en movimiento, que la solicita, según diría Schopenhauer, es el *interés*. Como personas que somos, no entramos en relación ni con personas ni con cosas, que no ofrezcan para nosotros interés alguno; el establecimiento de una relación con ellas, implica de hecho la expresión del interés que en nosotros despiertan. La relación exterior en que nos ponemos con ellas, *tomándolas para nosotros*, contiene de hecho la expresión del interés que *tomamos por ellas*, *la relación posesoria es la afirmación del interés que una persona tiene en una cosa*. Las cosas que podríamos tomar y que no tomamos, no tienen interés para nosotros. Que el interés sea continuo o pasajero, es indiferente, tanto para la relación con las cosas, como para la relación con las personas. No nos dirigimos a aquellas personas,

y dejamos donde están aquellas cosas, que no tienen interés para nosotros.

El interés; pues, es el punto de partida de la posesión, el motivo que impulsa a la persona a salir del estado de indiferencia, que entraña la simple relación de lugar, para ponerse en relación con la cosa. El interés tiene por objeto la satisfacción de una necesidad cualquiera, por insignificante y del momento que ella sea. Cuando no hago más que tomar una cosa en mi mano para examinarla, el interés es el que me determina a entrar en relación con ella, al igual que cuando por curiosidad pregunto el nombre de una persona: sin interés no nos ponemos en relación ni con la cosa ni con la persona. En las personas cabe que esa relación nos sea impuesta; en las cosas, no: la relación *parte* siempre de la persona, que debe desearlas, quererlas, siendo necesario que este deseo y esta voluntad sean previos para que la relación se establezca de hecho.

Como se habrá advertido, tenemos tres momentos que señalan y distinguen toda relación posesoria; tales son: solicitación de la facultad del deseo por la cosa, esto es, el *interés*, dirección de la *voluntad* hacia esta cosa; *realización* de esta voluntad mediante el establecimiento de una *relación exterior* hacia la cosa. En virtud del primero de estos tres momentos es por lo que el derecho concede su protección a la relación. Si la relación no presentara interés, jamás hubiera sido protegida; pues, como ya en otro lugar (1) se ha dicho, el interés en el sentido más

(1) *Geist. des R. R. (Espíritu del derecho romano)*, V. IV, § 60. En el volúmen 3.° de mi *Zwecke im Recht* consagraré un estudio detenido a esta noción; aquí me limito a dar en resumen la definición que allí defenderé: el interés es el sentimiento de la *necesidad para nuestra existencia* de una cosa situada fuera de nosotros: persona, cosa, situación, acontecimiento. El que se interesa por algo, reconoce ya que su existencia, su bienestar (físico, intelectual, moral) depende de ello; es un fragmento alargado, una parte de él mismo (de ahí, *participar—Antheilnehmen, Theilnehmen*—tomar *parte*; en latín *inter-esse, interest mea*, quiere decir, que una parte de mí está contenida en una cosa extraña, es para mí una parte de mí mismo). En nuestros intereses nos revelamos nosotros mismos: prueban hasta donde se extiende nuestro *yo* en el mundo; en unos terminan con su

amplio, comprensivo de todo lo que mueve el corazón del hombre; la cosa más ínfima, como la más elevada, constituye la fuerza motriz de toda acción humana y la brújula de todo derecho; *éste no protege relación alguna que no tenga a sus ojos interés*.

El interés de la posesión obra en la posibilidad *de hecho* que procura de usar de una cosa para las necesidades humanas. La posesión no es fin en sí misma *(Selbstzweck)*, sino un medio para un fin; constituye la condición *de hecho* en virtud de la cual son posibles los tres modos de usar la cosa, utilizándola para las necesidades humanas y comprendiendo, por tanto, todo el contenido sustancial de la propiedad; el *uti, frui, consumere*, en las dos formas (1) en que puede ser aplicada. La posesión, jamás puede ser fin en sí misma, no tiene como tal valor alguno económico, y sólo adquiere éste en cuanto permite realizar otra cosa que tiene un valor económico también. Donde lo contrario se presenta sólo hay una apariencia, v. gr., con relación al cuadro pendiente de la pared. Ese cuadro cumple su destino para mí, no porque él está donde está, porque yo le *posea*, sino porque le *veo*, consistiendo en eso precisamente el *uti* respecto de las obras pictóricas. Si semejante cuadro se me hubiera dado en depósito, encerrado en una caja, por otra persona, esta relación posesoria no tendría para mí interés alguno; por lo que no

---

casa y su familia, en otros abrazan toda la humanidad; en aquéllos, porque sienten qué su vida se agota en su casa y en su familia; en éstos, porque no va el destino de su vida en su pobre *yo*, sino en su utilización al servicio de la humanidad. El sentimiento de la necesidad vital (interés en el sentido *subjetivo)*, es en todos el mismo: nadie puede interesarse por lo que no siente como una condición de bienestar, de placer, de paz, del alma, de la felicidad; sólo las *cosas* que constituyen estas condiciones (interés en sentido *objetivo)*, difieren.

(1) *De hecho* o reales, o sea al goce del *uti, frui, consumere* en persona, a diferencia de las *jurídicas* o ideales, en virtud de la transmisión convencional del goce real a otras personas; pudiendo verse, a este efecto, mi *Espíritu del Derecho romano*, 4.ª edición alem., III, pág. 347. En esta última forma, la posesión conserva también su función como medio para un fin.

es a *mi* interés al que en este caso debe servir, sino al interés del *dador;* en esto consiste también el carácter distintivo de la tenencia por procuración y de propio interés (I); en esta última, por ejemplo, la relación posesoria en el arrendatario y el comodatario, sirve al interés del tenedor; constituye la condición necesaria de ejercicio efectivo del *uti* que se les ha concedido. Corresponde al derecho fijar las condiciones en las cuales quiere conceder la protección jurídica al interés, y las consideraciones en virtud de las cuales se ha dejado guiar, en este respecto, ha producido el resultado de que la protección jurídica de la posesión no ha rebasado los límites de la mera exterioridad de la relación posesoria. Por medio de la protección jurídica el *interés efectivo de hecho* en la posesión, reviste la forma de un interés *jurídico.*

La forma dada, bajo la cual la persona manifiesta su voluntad dirigida hacia la cosa, consiste en que la tome para sí, es decir, en poner en relación con ella (con la persona) a la cosa de un modo exclusivo y exteriormente reconocible. Caracterízase positivamente la relación así establecida, por la posibilidad asegurada de hecho, de obrar *por sí misma* sobre la cosa y *negativamente* por la exclusión de todos *los demás*, para obrar a su vez respecto de la cosa misma. Tal es la *naturalis possessio* de los romanos en el sentido que acentúa la existencia de las condiciones exteriores, según el aspecto natural de las cosas *(naturaliter)* y como no puede nacer sin un hecho de la persona, implica, por consiguiente, la existencia de la voluntad. Según el testimonio de la etimología, el lenguaje ha concebido por primera vez la idea de la relación posesoria en las cosas *inmuebles;* poseer *(besitzen)*, posesión *(Besitz)*, *possidere*, *possessio*, *in possessione esse*, no cuadran sino a las cosas inmuebles, en cuanto esas expresiones no representan sino el hecho de estar *(Sitzens)* sobre la cosa. Más tarde fué cuando se aplicaron a las cosas muebles, y sólo en virtud de haber reconocido que la relación es exactamente la misma, para las cosas inmuebles, que para las cosas muebles (VIII).

Sabido es que el derecho romano, en el curso histórico de

su desenvolvimiento, se ha separado de una manera radical de la concepción primitiva, exclusivamente material o sensible, de la relación posesoria; separación que se refiere, no sólo a la continuación de la relación posesoria una vez establecida, sino también a lo tocante al *establecimiento* de la misma. Sin duda que tal separación no se manifiesta en cuanto se trata tan sólo de la apropiación unilateral de la posesión, porque en tal concepto el derecho posterior exige también la *aprehensión real*, si no en lo referente a la transmisión convencional (tradición). En este punto el derecho posterior ha reemplazado la manifestación real de la voluntad (*corpore acquirere possessionem*, por la simple revelación jurídica de la voluntad hecha en presencia de la cosa, esto es, por la declaración de la voluntad; en lugar del *corpore et tactu apprehendere possessionem*, se puso la aprehensión *oculis et affectu*, según los términos del jurista romano en la L. 1, § 21, *h. t.*: la *palabra* ha sustituído a la *mano*. Los romanos emplean, para expresar esta manera de la relación, ANIMO *possidere* o CIVILIS *possessio*, en oposición a CORPORE *possidere*, CORPORALIS, NATURALIS *possessio*. Trátase, como se ve, de la concepción espiritualista o idealista del derecho, que aquí, como en los demás casos, no se separa de la concepción materialista y sensible, sino de una manera lenta y difícil (1).

En lo que se refiere a lo contrario, la apropiación unilateral de la posesión, se ha mantenido en el derecho romano posterior la condición rigurosamente materialista de la relación posesoria. Un ejemplo instructivo de esto lo tenemos en la apropiación de cosas, que han entrado en la esfera de nuestro poder, sin nuestra cooperación. Un enjambre de abejas produce panales de miel en nuestro árbol; cosas ajenas caen en nuestro fundo; llegamos a saber que en una de nuestras propiedades hay oculto un tesoro: en los tres casos las condiciones exteriores de la posesión concurren; para tener la cosa en nuestras manos nos basta con extender el brazo exteriormente. Esta relación no

(1) Véase, acerca de esta oposición, mi obra anteriormente citada volumen 3.°, § 43.

se diferencia en nada de aquella en que se encuentran las demás cosas que poseemos, y si mientras nada sabemos de ellas y no hemos declarado nuestra resolución de querer poseerlas, no existe más que una simple relación de lugar respecto de las mismas, no obstante, parece que hubiera quizá podido concederse a la simple *declaración* de la voluntad, el mismo efecto que en el caso anteriormente examinado de la tradición. Pero la jurisprudencia romana exige además, en todos esos casos, la manifestación *real* de la voluntad, el hecho de *tomar* la cosa.

Ciertamente, algunos juristas antiguos quisieron prescindir de esta condición en cuanto al tesoro. Consideraban: *continuo me possidere simulatque possidendi animum habuero, quia quod desit* NATURALI *possessioni, id* ANIMUS *implet* (L. 3, § 3, *h. t.*); pero la opinión contraria de Sabino, mencionada en el mismo texto, y que exigía el *loco movere* del tesoro, triunfó en la jurisprudencia posterior (L. 44 pr. ibid.; L. 15, *ad exh.*, 10, 4). En los otros dos casos, sin duda no ha mencionado expresamente como condición la aprehensión real de la cosa; pero si se ha reconocido tácitamente, negando al poseedor del fundo la posesión de los panales de miel y de las cosas caídas en el referido fundo, sin mencionar la modificación que hubiere podido producir el simple conocimiento y el querer (1).

Si alguna vez ha podido una relación dar lugar al derecho romano para prescindir de la condición de la manifestación real de la voluntad, con el fin de adquirir la posesión, es la del heredero; se podía haber dejado pasar a su persona, con la adición de la herencia, la posesión, al igual que todas las demas relaciones jurídicas, no ligadas a la persona del difunto. Pero no hay tal: el heredero debe también *adquirir* primeramente la posesión. Sólo con relación a la *continuación* de la posesión, y de una manera excepcional, y por motivos prácticos concluyentes, ha prescindido el derecho romano de la condición de la voluntad: trátase del caso en que el poseedor se vol-

(1) L. 5, § 3, *de A. R. D.* (41, 1), L. 5, § 5, *ad exh.* (10, 4).

viera loco; la posesión continúa, a pesar de la falta de la voluntad: *ne languor animi damnum etiam in bonis aferrat* (L. 44. § 6, *de usurp.*, 41, 3) (1).

En la última forma del derecho romano, el adquirente del predio dominante, obtiene la cuasiposesión de la servidumbre predial, desde el momento mismo de la transmisión de la propiedad, y sin que haya ejercido por sí mismo la servidumbre, lo cual no es más que una excepción aparente.

El derecho anterior exigía también en este caso, que la voluntad se hubiese manifestado realmente, por medio del ejercicio de la servidumbre, y el Edicto pretorio ponía a disposición del comprador un *interdictum* ADIPISCENDAE *possessionis* especial (R. 2, § 3, *de interd.* 43, 1), para el caso en que tropezara con alguna resistencia.

La jurisprudencia no tuvo escrupulo de ningún género para conceder los interdictos cuasiposesorios ordinarios, tanto al sucesor universal como al singular, en atención a la posesión de su autor (2). El punto de vista que la dirigía, era la idea, perfectamente exacta, de la naturaleza *abstracta* del sujeto de la servi-

---

(1) Pomponio, en la L. 25, § 1, *h. t.*, pretende decidir del propio modo el caso en que sobreviniere la locura del *representante;* pero tal opinión debe rectificarse, según Africano, en la L. 40, § 1, ídem; la interrupción de la posesión no se verifica desde luego *(... non statim eam interpellari);* se concede al *señor* o *dueño* de la posesión *(Besitzherr)* un término para tomar las medidas necesarias; de no aprovecharse de él, pierde la posesión. Africano no decide ciertamente esto más que para el caso en que el representante ha muerto, pero el principio que aplica aquí es absolutamente general: *pérdida* por negligencia. Véase a este propósito mi *Fundamento de la protección posesoria* (trad. esp.). En el caso de locura del representante no hay motivo en derecho para conservar la posesión al señor o dueño, como en el caso en que él mismo es quien se vuelve loco; equivaldría esto a concederle el privilegio de la negligencia. En el caso de locura del poseedor mismo, trátase, por el contrario, de acudir en su auxilio porque no puede valerse por sí, impidiendo la pérdida total y absolutamente inmerecida de la posesión.

(2) *Int. de itinere* (1, 3, § 610), *de itin* (43, 19), *de aqua* (L. 1, § 37), ídem (43, 20), *... et successoribus dantur interdicta et emtori* (L. 2, § 3). *Si serv. vind.* (8, 5).

dumbre predial (*cualquier* propietario), y por lo tanto, de su *identidad*, a pesar del cambio de personas. Desde este punto de vista decidía todas las cuestiones concernientes a la servidumbre predial, como la referente al valor de la cosa juzgada en pro o en contra del sucesor, de la sentencia dictada en pro o en contra del predecesor, las relativas al *usus*, al *non usus* y a los *uti possessionis* en la cuasiposesión, debiendo tener la misma autoridad en la cuestión de la *existencia* de la cuasiposesión. Si el predecesor había tenido la cuasiposesión, el sucesor la tiene también sin que sea preciso un acto de ejercicio por su parte; ambos forman jurídicamente, en lo que a la servidumbre se refiere, una sola persona, y lo que es verdad respecto de la una, lo es también respecto de la otra.

Prosiguiendo en sus consecuencias la dirección del punto de vista establecido en la posesión de los derechos, de la identidad de la persona del heredero con la del difunto, los romanos hubieran podido llegar a admitir el paso al heredero, con la adición de la herencia, de la posesión de las cosas, al igual que la posesión de los derechos; pero no ha ocurrido así. Faltaba al efecto un interés práctico, porque la *hereditatis petitio* se daba al heredero, en lugar de los interdictos posesorios (1), y el curso de la usucapión no se interrumpía por la muerte del testador. Prácticamente, pues, ocurría lo mismo que si la posesión hubiere continuado durante la *hereditas jacens* y pasado *ipso jure* al heredero. Su posición en el derecho, con relación a los dos efectos jurídicos de la posesión: la protección jurídica y la usucapión, era exactamente lo mismo que si hubiera poseído durante ese tiempo. Sólo el interés teórico del mantenimiento de la noción tradicional de la posesión, impidió a los juristas romanos admitir, que la posesión persistiera mientras la herencia es-

(1) He llamado la atención acerca de esta función de la *hereditatis petitio*, supletoria de los interdictos posesorios, en mi disertación inaugural. De la *hereditatis possidenti* (1842) (*Vermischte Schriften*, 1879, pág. 45). Bähr puso recientemente de manifiesto dicha función: véase *Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, Munich y Leipzig, 1883, págs. 49-50. En ningún autor anterior he visto indicada tal función.

taba vacante y se transfiriese al heredero con la adición de la herencia. Descargando la usucapión de la condición de posesión, se habría dado ya el primer paso para librar a los efectos de la posesión, de la existencia real de sus condiciones legales. Si la *hereditatis petitio* no hubiera evitado a la jurisprudencia, la necesidad de organizar de un modo regular, por medio de los interdictos posesorios, la protección posesoria del heredero, no habría vacilado en avanzar un paso más para dejar la posesión persistir, pasando al heredero con relación a la posesión posesoria, tal cual lo hiciera con relación a la usucapión. La anomalía después de todo, no hubiera sido mayor que en lo referente a la continuación de la posesión, a pesar de haber sobrevenido la locura; en uno y otro caso, la posesión continúa sin voluntad, y por lo que se refiere a la transmisión de la posesión de derechos, o cuasi posesión, del testador al heredero, toda vez que en uno y otro caso el heredero adquiera la posesión, sin acto exterior, a causa de la identidad jurídica de la persona. Este último paso fué dado realmente por el derecho francés, el cual se distingue, en otros puntos también, de todas las demás legislaciones modernas, por la libertad con que trata la noción de la posesión (1): la posesión, al igual que la propiedad, pasan al heredero por ministerio de la ley (2).

---

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, 4.ª edic., vol. 3.º, pág. 430, nota 592.

(2) En virtud de la máxima *La morte faisit le vif* (traducida de Tiraquell: *mortuus facit* POSSESSOREM *vivum sine ulla apprehensione) Zachariä. Handbuch des französischen Civilrechts*, vol. 4.º, § 609). Los germanistas discuten acerca de si, según los derechos alemanes de la Edad Media, la transmisión legal de la *Gewere* daba al heredero la posesión, o sólo el derecho de apropiarse la posesión (véase Stowe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. 5.º, § 281, nota 4.ª). En mi concepto, esta última opinión no es más que una concesión inútil a la teoría romana de la posesión. En la práctica, quien tiene los derechos de poseedor, es poseedor, importando poco que existan o no en su persona las condiciones exteriores de la posesión: es lo mismo que falta al poseedor ausente cuando otro ha tomado posesión del fundo, al poseedor del *saltus aestivi* durante el invierno, o al loco; esto es, la *civilis possessio* en el sentido de posesión, admitida jurídicamente, a falta de sus condiciones legales *exte-*

El espiritualismo antes mostrado en la manera de tratar la relación posesoria, no se armoniza muy bien con la regla que hasta los juristas romanos conservan, y según la cual para adquirir la posesión es preciso la apropiación corporal de la cosa. Tal hace Pablo, cuando dice (R. S. V., 2, 1, y L. 8, *h. t.*): *possessionem acquiri* CORPORE *et animo*. Sabido es que *corpus*, en estos dos textos, no tiene el sentido que hoy le damos: la relación corporal con la cosa (1), sino la *manifestación* real de la voluntad de apropiarse la cosa. En rigor, la regla no podía ser ya mantenida, ni aun en el sentido propio de la doctrina romana, pudiendo refutarse a Pablo con sus propias palabras, citadas más arriba: *non est enim* CORPORE... *necese adprehendere possessionem*. A los juristas romanos mismos no se les ha ocultado esto. Así ocurre que Juliano, para rechazar la objeción, *quod a nullo* CORPORALITER *ejus rei possessio detineretur*, llame en su

---

riores. Que los juristas romanos hubieran sido capaces de elevarse hasta esta manera de tratar la posesión, y seguramente la hubieran admitido en los casos análogos. El punto de vista en el cual es preciso colocarse al tratar las cuestiones de posesión, no es el de esta consideración, por decirlo así, de Historia natural, según la cual, se debe saber si un acto al que la ley señala como efecto la adquisición de la posesión y de la propiedad, contiene en el sentido natural, las condiciones exigidas para admitir una relación posesoria, sino más bien la consideración jurídico práctica, según la cual, todo está en saber si los *efectos* de la posesión existen o no existen. Si existen, debe el jurista admitir la posesión, correspondiéndole modificar, si fuere necesario, sus ideas anteriores sobre la misma. La censura que se quisiera dirigir al legislador, por no haberse preocupado con la noción científica de la posesión, recae sobre el jurista, que la ha ideado demasiado estrecha. Si los juristas romanos hubieran tenido las ideas tan estrechas, no hubieran podico admitir toda una serie de reglas, que no se armonizaban con su noción tradicional de la posesión; pero no sólo eran bastante inteligentes para no oponerse al interés práctico que las informa, sino que ni aun vacilaron siquiera en ampliar convenientemente la noción de la posesión — *los juristas romanos no son reos culpables de romanismo.*

(1) Véase, por ejemplo, Puchta, *Pandekten*, § 123: En la posesión se comprenden dos elementos: 1.°, la relación corporal con la cosa, la cual permite ejercer sobre ella el poder de hecho *(corpus)*; 2.°, la dirección de la voluntad hacia la cosa *(animus)*.

auxilio, en la L. 79, *de solut.*, esta consideración: *quodammodo* MANU LONGA *tradita existimanda est.* La *manus* debe ser el medio con que ha de apropiarse la cosa, pues que una simple declaración de la voluntad no basta, por lo que el jurista acude al expediente de sustituir la mano real con la fingida, suponiendo una prolongación de aquélla. Pero en otro sitio, en la L. 51, *h. t.*, rinde homenaje a la verdad, diciendo: ANIMI QUODAM GENERE *possessio erit aestimanda*, reconociendo así abiertamente, que la condición de realización *real* de la voluntad de poseer *(corpore)*, no debe ser mantenida, debiendo más bien ser reemplazada por una realización ideal o espiritual *(animi quodam genere)*.

La circunstancia de que hoy damos a la expresión *corpus*, un sentido distinto del que le daban los romanos, ha entrado por mucho en la inobservancia del hecho que acabo de señalar. Para nosotros, nada tiene de extraño admitir que la posesión se adquiere, sin aprobación real de la cosa, porque nuestra noción actual del *corpus* está concebida de una manera bastante amplia para poder comprender también la apropiación espiritual. Pero esto no cae en modo alguno bajo la noción romana, por lo que, la regla indicada sobre la adquisición de la posesión, nos presenta uno de los casos tan frecuentes en la historia del desenvolvimiento de la jurisprudencia romana, en los cuales la fórmula doctrinal tradicional se ha revelado como insuficiente, habida cuenta el progreso real del derecho, sin que, no obstante, se haya remplazado por una mejor.

El lenguaje moderno, con relación al *corpus*, ha tenido para nosotros otra consecuencia más peligrosa aún. Nosotros descomponemos la relación posesoria en dos elementos: *corpus* y *animus*, entendiendo por el primero, la mera relación de lugar con la cosa, y por el segundo, el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación y hace de ella una relación de posesión. Colócanse de este modo el *corpus* y el *animus* en una sola y única posición, como dos elementos completamente independientes, a riesgo de caer en el error de creer que el *corpus* se-

ría posible sin el *animus*, al modo como el *animus* es posible sin el *corpus*. De esta manera, la mera relación de lugar adquiere la importancia de un factor que precede al *animus*, que le prepara el lecho, en el cual aquél no tiene más que acostarse. En realidad, el *corpus* no puede existir sin el *animus*, como el *animus* tampoco puede existir sin el *corpus*. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues, la simple reunión del *corpus* y del *animus*, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una *existencia previa*, sino que el *corpus* es el *hecho* de la voluntad; no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El *corpus* y el *animus* son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno; en el *corpus* toma cuerpo la voluntad, hasta aquel momento puramente interior; ninguno de los dos existía antes de entonces para la percepción. La relación de lugar no tiene otra importancia, que la de ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero no se convierte en *corpus*, sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria. Si la relación de lugar encerrara en sí ya el *corpus*, los juristas romanos, en los dos casos citados más arriba, en los cuales existía incuestionablemente, hubieran debido dejar surgir la posesión de la mera declaración de voluntad. Pero al exigir además una manifestación real de la voluntad de tomar, o sea el *animus*, no se limitan a añadirle aquí, como un segundo elemento, a aquel primero ya existente, sino que lo *crea* manifestándose. En el *detentor alieno nomine*, la relación con la cosa lleva ya en sí el carácter del *corpus*, tiene, en efecto, la *corporalis* o *naturalis possessio*. Con mayor razón debería bastar aquí, para alcanzar ese resultado, la declaración hecha, por ejemplo, ante testigos en interés de la prueba. Pero aquí también el *animus* debe realizarse en el *corpus*, lo cual se advierte en el hecho de que el tenedor se conduzca como propietario, enajene la cosa, se niegue a entregarla al dueño de la posesión, niegue haberla recibido, le prohiba la entrada en el fundo.

A estos ejemplos o pruebas, de que también se sirve Pininski (1). en su exacta demostración de la concepción de la voluntad de poseer, tal cual yo la entiendo, añadiré el siguiente, muy a propósito para enseñarnos lo que los juristas romanos entendían por *corpus*. Dice Pablo en sus *Sententiae receptae* (V. 2, § 1): *Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro corpore vel nostro vel alieno*. Yo he comprado árboles que deben ser plantados en el otoño, en el jardín que yo he arrendado, y doy orden al vendedor de hacerlos llevar a él, pero sin haberlo puesto en conocimiento del arrendatario. El vendedor lleva los árboles en ausencia de este último. ¿Cómo se decide aquí la cuestión de la posesión? Existen y concurren ahí ambos elementos de la posesión: el *animus* en mi persona, el *corpus* en la del arrendatario, que tiene la custodia del fundo. Se deberá, según esto, admitir la posesión. No es ésta, sin embargo, mi opinión, porque al supuesto *corpus* en la persona del arrendatario le faltaba el *animus*, no existiendo por tal motivo ninguna relación de tenencia, sino una simple relación de lugar. Se necesitaría en su persona la voluntad para cambiar esta relación en una relación posesoria. En el tenedor hay también el *corpus* y tras él el *animus* (IV), y cuando en el texto antes citado Pablo nos concede la posesión en caso de representación, *animo utique nostro, corpore alieno*, no quiere por esto *negar* el *animus* en la persona del representante, sino que tan sólo dice que el representante puede dispensarnos de la manifestación *real* de la voluntad de poseer, y que, por nuestra parte, podemos limitarnos, respecto de él, a la expresión *verbal* de esta voluntad.

No sé yo si debo preocuparme con la objeción de que los

---

(1) *Der Thatbestand des Sachenbesitzes*, Leipzig, 1885, pág. 149. Se ha adherido a su opinión Windscheid, en la 6.ª edición de su *Lehrbuchs* (1881), § 153, nota 1.ª, resumiéndola de un modo excelente en estos términos: «El poder de hecho debe ser la expresión de la voluntad de apropiarse la cosa. No basta la mera unión del poder de hecho y de la voluntad de apropiarse la cosa; es necesario que haya una relación entre ellas. La voluntad de apropiarse la cosa debe dirigirse hacia esta cosa, como si se encontrara bajo el poder de hecho».

árboles en el jardín arrendado, deben ser considerados como el jardín en el cual nosotros mismos nos encontramos. Ahora bien: si en este último caso adquirimos inmediatamente la posesión, ¿por qué no la adquirimos también en el segundo? La diferencia entre los dos casos consiste, en que en el uno, ejercemos nosotros mismos la *corporalis possessio* del jardín, mientras que en el otro la ejercemos por medio del arrendatario. Lo que es verdad, respecto de nosotros, en el primer caso, lo es también respecto del arrendatario en el segundo. Si no adquirimos la posesión de las cosas que llegan sin nuestra voluntad a nuestro fundo, el arrendador no puede tampoco adquirir para nosotros las cosas transportadas al fundo, a nuestro nombre, pero en su ausencia. No existe el *corpus* en su persona más que cuando adjunta el *animus;* hasta ahí sólo hay una simple relación de lugar, siendo indiferente la circunstancia de que el jardín me *pertenezca*, puesto que hemos concedido al arrendatario la tenencia, y con ella la custodia. De no ser así, yo adquiriría también la posesión, «*quanquam id nemo dum attigerit*» (L. 18, § 2, *h. t.*), de las botellas de vino pedidas por mí y las cuales hubieran sido, por error y por mi mandato (por ejemplo, durante mi ausencia), entregadas en el cuarto bajo alquilado a otro, en lugar de entregarlas en el piso primero, que es donde yo vivo. No puede tratarse de adquisición de la *corporalis possessio* por el efecto de la *custodia*, sino cuando yo mismo ocupo *corporaliter* el lugar. Ahora bien: no ocupo *corporaliter* ni el jardín, ni el piso bajo alquilado, y, en su virtud, no puede la simple aparición de la cosa en tal espacio procurarme la posesión de la misma sin una intervención personal. Mientras el inquilino ignore, ni él ni el dueño tienen la posesión; ésta es del que entrega la cosa, y así podrá hacerla buscar sin quitar la posesión a otro. Si el inquilino toma las botellas para sí, en la idea de que estaban destinadas para él, adquiere la posesión. Si el dueño le hace saber que las botellas se debían haber entregado en su propia casa, la posesión se adquiere por aquél.

Completaré las antecedentes explicaciones acerca de la relación entre el *corpus* y el *animus*, mediante un paralelo que me

parece muy instructivo, y que tomo del derecho consuetudinario. También en él encontramos dos momentos, uno de los cuales podríamos designar como *corpus* y el otro como *animus; externo* el uno, la costumbre; *interno* el otro, la convicción jurídica, o bien, *opinio necessitatis*.

Como es sabido, la teoría antigua del derecho consuetudinario puso el primero de esos momentos en primer término, como momento decisivo, al cual venía a unirse luego como segundo momento la *opinio necessitatis*. En realidad, la relación es la misma que en la posesión. En el derecho consuetudinario el *interés* es también el que pone en movimiento la *voluntad*: el interés que la sociedad tiene en la conservación de un orden dado, no teniendo aquí tampoco el *corpus* otra importancia, que la de ser la *manifestación real de la voluntad*. Aun cuando el derecho consuetudinario no se ha formado inmediatamente como tal, sino que ha recorrido primero la fase del *uso* o *costumbre* (*Sitte*) jurídicamente no obligatorio, la voluntad es quien lo ha creado, tomando en él cuerpo, y conservando esta función cuando luego crea el derecho consuetudinario, esto es, cuando la convicción de la fuerza jurídicamente no obligatoria de la costumbre se transforma en convicción de una fuerza jurídicamente obligatoria. La voluntad no hace, a su vez, en ese punto, sino manifestar, con una potencia más elevada, el poder de trazar y señalar a la vida el camino que debe seguir; el *corpus* es también en este caso una manifestación real: la obra del *animus*.

IV

Condición de la voluntad en la relación de simple tenencia

La distinción expuesta anteriormente entre la posesión (*Besitze*) y la mera relación de lugar (*Blossen Raumverhätnisz*) con la cosa, es completamente familiar a la concepción popular. En cambio, la distinción entre la posesión (*Besitze*) y la tenencia (*Detention*), no lo es. El mismo lenguaje lo atestigua. Con la formación para la primera de la expresión *possessio*, ha demostrado que tal noción penetrara en la conciencia del pueblo ya que el lenguaje es el inventario de las nociones. Las expresiones pertenecientes al lenguaje del pueblo, prueban que las nociones que se designan, pertenecen al pueblo (*Volk*); las expresiones extrañas a ese lenguaje, y que la ciencia hubo de formar por adelantado, tales como la de tenencia (*Detention*), prueban que las nociones que designan pertenecen a la *ciencia*.

Nuestra expresión de ahora: *tenencia* ha sido tomada del latín, sin duda, pero sabido es que no es romana, presentándose aquí el hecho extraño de que la jurisprudencia romana no posee *terminus technicus* para una de las nociones más fundamentales de la teoría de la posesión. Para designarla emplea la expresión *possessio*, añadiendo NATURALIS, lo que significa una manera de salir del paso no muy adecuada, en cuanto se sirve de la misma expresión en otro sentido (*corporalis possessio*, en oposición al *animo possidere*), no siendo posible saber, sino en virtud de las circunstancias concomitantes, en qué sentido está tomada. Lo mismo ocurre con la expresión *possessio* CIVILIS, que tiene un

doble significado: la relación posesoria *jurídicamente* protegida, y los casos en que el derecho admite la posesión, a pesar *de la falta* de *corporalis possessio*. En un sentido ambas expresiones se refieren a los efectos, y en otro a las *condiciones presupuestas* de la posesión.

Nuestra jurisprudencia actual ha sido la primera en colmar este vacío, creando la expresión de que se trata, con lo cual se nos ofrece un hecho que la distingue, poniéndola por encima de su maestra romana. No tiene esta última expresiones técnicas para una porción de relaciones jurídicas de las más usuales (por ejemelo, la copropiedad, el copropietario); no se ha preocupado con la necesidad de una designación técnica de semejantes relaciones, revelando en este punto del lenguaje una sorprendente impotencia. Nuestra moderna jurisprudencia la ha superado en este respecto de un modo notable, sabiendo apreciar plenamente, y satisfacer de un modo adecuado, las exigencias de un lenguaje científico propio, con lo cual ha sabido mejorar de un modo considerable la teoría jurídica romana. Conviene, sin embargo, no olvidar, que la lengua jurídica de los romanos, fuera de un pequeño número de términos tomados del derecho griego, y conservados bajo su forma griega, coincidía con la lengua del pueblo, faltándole, como a ésta, la precisión exacta y científica, mientras que nuestro lenguaje del derecho, con excepción de un corto número de términos pertenecientes al lenguaje popular, se ha formado por entero en el terreno de la ciencia. Este aislamiento lingüístico ha facilitado extraordinariamente en la ciencia la formación de nuevos términos del lenguaje. Donde el jurista habla la lengua del pueblo, y el pueblo la lengua del derecho, no es fácil producir términos científicos jurídicos; pero allí donde el jurista habla su propia lengua, la ciencia puede sin dificultad hacer pasar los términos especiales por ella creados. Si se procura comparar el lenguaje artístico del derecho de los romanos, con el de los modernos, producirá seguramente asombro la pobreza del primero y la riqueza del segundo. Por mi parte, recomiendo a los jóvenes este tema: «comparación del lenguaje artístico romano con el moderno»; su estudio permitiría escribir

una página hoy en blanco, y la cual tendría importancia superior, para caracterizar adecuadamente nuestra jurisprudencia actual, enfrente de la jurisprudencia romana.

Decíamos, pues, que la descomposición diferencial de la relación posesoria en posesión y tenencia, no cae dentro de la concepción del pueblo, lo cual no impide que la noción general de la posesión en el lenguaje, no se aplique por entero a ambas. Todo cuanto hemos dicho más arriba acerca de la necesidad de la condición de la voluntad, y de su manera de manifestarse en la formación de la relación posesoria, es aplicable lo mismo a la tenencia que a la posesión; y en lo concerniente a las condiciones constitutivas legales de la relación posesoria, esta distinción no entraña consecuencia alguna, por cuanto que tenencia y posesión, están sometidas a las mismas condiciones: *corpus* y *animus*. La misma teoría subjetiva no lo pone en duda, porque la distinción que cree admisible en la voluntad de poseer, según que se trate de la posesión o de la simple tenencia, deja respecto de ésta, intacta la voluntad; advierte el fundamento de la tenencia, no en *la falta* de voluntad, sino en una *calificación* especial de la voluntad de poseer.

Las fuentes reconocen expresamente la condición de la voluntad para la tenencia, en cuanto exigen para la adquisición de la posesión por representante, la capacidad de la voluntad de este último (L. I, §§ 9 y 10 *h. t. Ceterum ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat* INTELLECTUM POSSIDENDI, *et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possesionem).* Lo relativo a si la voluntad de la persona en el poseedor, debe ser de otra clase. no se resuelve por el momento; pero se puede adelantar la negativa, teniendo en cuenta que Pablo, en el párrafo 3.º de ese texto, donde exige la condición de voluntad en la persona del poseedor que adquiere *para sí mismo*, se sirve a tal propósito de la expresión *affectionem* TENENDI, y en los párrafos 9 y 10, donde habla del que adquiere *para otro*, se sirve de la expresión *intellectum* POSIDENDI: en sus labios, *animus tenendi* y *animus possidendi* tienen un valor completamente igual.

Lo que acabamos de decir viene a ser en el fondo lo mismo que antes hemos indicado (III), pues no se trata sino de una prueba más de que la proposición general que hemos formulado, en cuanto a la condición de la voluntad para la posesión, es igualmente exacta para la simple relación de tenencia. Si no he tratado hasta ahora de este punto expresamente, es porque la condición de que hablamos me ha parecido, en esta aplicación especial, digna de un estudio más detenido, cuyo desenvolvimiento hubiera roto el hilo de mi discurso y cuyo objeto consiste en el interés *práctico* de la distinción entre la relación de tenencia y la mera relación de lugar.

Podría decirse que no teniendo el tenedor simple, derecho alguno a la protección posesoria, no importa nada colocar la relación que tiene con la cosa al par de la simple relación de lugar. Supuesto que el elemento característico, desde el punto de vista jurídico, la protección posesoria, no existe en ninguno de ambos casos, el hecho de que el *lenguaje* establezca entre ellos una distinción, ¿qué importancia puede tener desde el punto de vista del derecho, la consideración de las dos indicadas relaciones con respecto a la posesión de que se trata?

A lo cual respondo del modo siguien e:

Aun admitiendo que fuese exacto lo de que la relación de tenencia no tiene importancia jurídica, cosa que luego veremos, siempre sería necesario, por razones teóricas, distinguirla de la relación posesoria. Si no por sí misma, por la posesión. Referir la noción de la posesión a la voluntad, es darle un alcance que implica por modo inevitable también la tenencia No es posible formular un criterio común a ambas relaciones no refiriéndole más que a una sola; una de dos: o es preciso renunciar a él por completo, o bien ampliar la noción jurídica (debiendo decirse otro tanto de las reglas de derecho) (1), caracterizada por ese criterio y formulada en beneficio exclusivo de una relación, a todas las demás que presentan el mismo carácter. Si la distin-

(1) Véase mi obra sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, pág. 64 de la trad. esp.

ción se impone, es preciso buscarla en otro sitio. Esta especie de coacción lógica podría llamarse perfectamente *la acción refleja de las nociones* o conceptos. La noción formulada respecto de una relación, beneficia a otra: para que pueda aplicarse a la primera, se ha de admitir necesariamente con respecto a la segunda.

Ahora bien: la relación de tenencia, aun desprovista de toda importancia práctica, no por eso deberá dejar de separarse de la simple relación de lugar, si no en atención a ella misma, por lo menos en atención a la posesión y a la fuerza misma de los principios. Pero no se está en lo cierto al afirmar lo de la falta de importancia práctica. A la relación de tenencia, tanto absoluta como relativa, refiérense consecuencias prácticas que no entrañan la mera relación de lugar; y siendo esto así, la necesidad *práctica* de hacer una distinción se impone: *no hay* relación de tenencia que esté desprovista de *importancia* desde el punto de vista del derecho aun cuando esta importancia sea menor que la de la posesión.

El simple tenedor goza también de la protección del derecho; protección que, para distinguirla de la protección posesoria en el sentido tradicional de la palabra, y que yo llamo protección posesoria perfecta, denominaré protección imperfecta.

A este interés de la relación de tenencia en el *tenedor mismo*, y que existe lo mismo en la tenencia absoluta que en la relativa, júntase en esta última el interés del *señor* o *dueño de la posesión*.

Punto es éste que no exige explicación alguna: de la tenencia simple depende la posesión del señor o dueño. Una mera relación de lugar de aquel a quien hemos encomendado la adquisición de la posesión para nosotros, no nos procura la posesión; este intermediario debe ser por sí capaz de voluntad, y de haber hecho por nosotros, todo lo que exigiría la adquisición de la posesión en su propia persona. Su misma conducta ulterior no nos es indiferente. Tiene nuestra posesión en sus manos: de un modo absoluto cuando se trata de cosas muebles, hasta cierto

punto cuando se trata de cosas inmuebles. La cuestión de la tenencia es, pues, tanto para el nacimiento cuanto para el sostenimiento de la posesión de suma importancia: en la tenencia encuéntrase en la posesión, y para juzgar si verdaderamente la hay, el juez debe atender a la relación de tenencia (importancia jurídica *mediata*).

La importancia jurídica de la tenencia para el tenedor mismo (importancia *inmediata* de la relación de tenencia), manifiéstase en la protección que el derecho le dispensa.

El derecho protege también al tenedor simple; pero esta protección difiere de la dispensada al poseedor. Reconocida por nuestro derecho moderno, que pone a su disposición en el *summarissimum* y en la *actio spolii* los mismos medios que concede al poseedor, tal protección la concebía ya el derecho romano: era doble y consistía en el derecho de propia defensa y en las acciones (1).

---

(1) En la obra anteriormente citada (págs. 40 y sigs.). J. Bähr llama la atención en sus excelentes explicaciones sobre el derecho de posesión actual, acerca de la protección jurídica de la relación de simple tenencia relativa, colmando así una laguna de nuestra literatura, pues le sobra razón cuando afirma que la materia de la posesión se ha considerado siempre en nuestros tratados, sólo en el sentido de la *possessio* romana, y que la importante cuestión de la relación de la posesión real (entendida por él como tenencia propia, considerada por mí como relación de tenencia interesada) con la posesión romana se ha pasado en silencio. Por mi parte, he tratado de esta comparación durante varios años en mis cursos, y especialmente en mi obra sobre *La protección jurídica contra las lesiones injuriosas (Jahrb.*, vol. 23, págs. 260 y sigs., en francés). Las explicaciones que siguen difieren en dos puntos esenciales de las de Bähr, con el cual, por lo demás, estoy en el fondo enteramente de acuerdo. En primer término, se completa demostrando que el derecho romano ponía ya varias acciones a disposición del tenedor, mientras que Bähr (pág. 44) sostiene que «los romanos no concedían protección alguna al simple poseedor de hecho». Por otra parte, no llego tan allá, pues que no admito el derecho de retención y el *jus tolendi* concedidos por Bähr al poseedor real. No es que yo quiera discutir esos dos derechos, pero dependen de condiciones especiales y no se producen en toda relación de tenencia, y mi objeto en lo que sigue no ha sido más que

La defensa propia (Selbstverteidigung). — Corresponde este derecho a toda persona a quien se trate de arrebatar una cosa que está en sus manos. En su virtud, corresponde lo mismo al tenedor que al poseedor, y al tenedor al absoluto igual que al relativo. Como ejemplo de una relación de tenencia absoluta de nuestros tiempos, citare el caso de estar sentado en un banco de un parque público (en derecho romano no podía haber posesión en ese caso, porque la cosa formaba parte de la *res publicae*), y el de un marino que ha sujetado con las amarras su nave a un punto determinado de un río público o de un puerto. Ambos tienen ocupados el puesto, y pueden, en su virtud, mantenerse en su ocupación por la fuerza. Lo mismo ocurre con la toma de posesión de las cosas objeto de una propiedad privada entregadas al uso público, tales como los asientos en los coches de los ferrocarriles, las sillas y los periódicos en las fondas. No me importa saber, por el momento, si se ha de admitir aquí una tenencia nacida de un contrato, y por tanto, relativa. En todos estos casos hay, no una simple relación de lugar, sino una relación de tenencia, en cuanto que la voluntad se ha incorporado en la relación con la cosa; y el que trate de arrancar esta cosa de mi poder, ataca mi voluntad, y, por consiguiente, a mi personalidad, que tengo el derecho jurídicamente, y el deber socialmente, de defender. En cambio, no tengo el derecho de emplear la fuerza contra el que me precede en la ocupación de esas cosas. El cazador que mata la pieza perseguida por otro, no comete injusticia con respecto de este último: cada cual puede adelantarse a los demás en la apropiación de las cosas que están sin poseedor, aun cuando fuera visible la intención de éstos hacia ellas, y su relación en el espacio fuese más próxima; hasta entonces sólo había entre su

---

exponer la situación jurídica del tenedor *como tal*, frente a la del poseedor también como tal. Por ese mismo motivo me abstengo de mencionar la modificación que se produce en la posición del tenedor relativo frente al señor o dueño de la posesión; punto de que hablaré en lugar más adecuado (XV).

persona y la cosa una mera relación material, sin importancia jurídica.

La acción.—El medio jurídico destinado en general a la protección de la posesión y de la tenencia fuertemente, es la *actio injuriarum* (1). Presupone, como la defensa propia, que el demandante tiene la cosa en su poder, sea en forma de posesión, sea en la de tenencia. Quien trate de arrebatarme una cosa que tengo, ataca mi voluntad, realizada en la relación con la cosa, esto es, ataca mi personalidad; estando precisamente destinada a proteger ésta, la *actio injuriarum*. Tal condición no existe en la cosa que yo no tengo todavía, pero que yo cuento apropiarme: el derecho no protege la simple intención, sino la voluntad realizada.

A la *actio injuriarum*, que se aplica a todas las formas absolutas o relativas de la relación de tenencia, júntanse también, para ciertos casos, acciones especiales, particularmente para el arrendatario y el inquilino, el *interdictum quod vi aut clam*; para la tenencia de un *locus publicus* el *interdictum de loco público fruendo;* para los *immissi ex primo decreto* los medios jurídicos destinados a protegerlos; para los herederos, la extensión de la *hereditates petitio* a las cosas simplemente tenidas por el difunto. La afirmación de que el tenedor no está jurídicamente protegido, es, pues, completamente falsa; goza, en verdad, de la protección del derecho, si bien es menos extensa que la concedida al poseedor, por cuanto al lado de los medios de protección enumerados antes, que le son comunes con el tenedor, goza también de los interdictos posesorios. En estos últimos, según resulta de lo expuesto, el derecho se ha elevado por encima de la idea de la protección de la *voluntad* y de la *personalidad* en las relaciones posesorias, siendo menester, por consiguiente, motivarlas legislativamente, acudiendo a otra razón ideal. Esta razón, que yo he desenvuelto en mi obra sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, es la del complemento de

(1) Sobre lo mismo, véase mi disertación en mi *Jahrbüchern*, XXIII, número 6.°

la protección de la propiedad por la facilitación de la prueba. Prueba de la simple *exterioridad* (*Thatsächlichkeit*) de la propiedad.

Las indicaciones antecedentes nos han revelado de un modo manifiesto el influjo jurídico que el derecho concede a la simple voluntad considerada como tal. La relación posesoria es un hecho de la voluntad, que el derecho respeta por serlo, y en el cual reconoce y protege la fuerza de la voluntad como tal. En todos los otros dominios del derecho, la voluntad, para engendrar los efectos que procura, está ligada a las condiciones que el derecho le asigna: en el dominio de la posesión, crea, como tal voluntad, una relación jurídica con la cosa, a la cual no podemos menos de reconocer el carácter de *relación jurídica*, por débil que ella sea. Toda relación a la cual el derecho atribuye *efectos jurídicos*, es una *relación jurídica* (1).

El interés de una distinción exacta entre la tenencia y la simple relación de lugar, sin importancia jurídica, no es, pues, solamente *lingüístico* y *de concepto*, sino *práctico* también.

Resumiendo nuestra noción de la relación de tenencia, diremos que la tenencia es una relación de la persona con la cosa, con efectos jurídicos, pero menores que los de la relación de posesión. En la escala de las relaciones jurídicas de la persona con la cosa, la tenencia ocupa el último lugar. El *primero* corresponde a la propiedad y a los *jura in re;* el *segundo*, a la *bonae fidei possessio;* el *tercero*, a la posesión; y el *cuarto*, a la tenencia.

¿Cuál es la razón de este menor efecto concedido a la tenencia comparada con la relación posesoria? ¿Qué es lo que le falta para ser posesión? Cuestiones son éstas a que responderemos en las explicaciones que siguen.

---

(1) Me remito a mis investigaciones acerca de la idea del Derecho, en su sentido subjetivo, en mi *Espír. del Der. Rom.*, tomo 4.°, § 60. Bähr, obra citada, págs. 30-42, está conforme conmigo acerca del carácter de la tenencia como relación jurídica, si bien invoca para justificarle el desenvolvimiento moderno de la protección posesoria; opinando yo que la tesis es exacta, aunque sea en derecho romano.

V

Relación de la tenencia y de la posesión según las dos teorías

¿Qué le falta a la simple tenencia para constituir la posesión? Entiéndase que, salvo indicación contraria, en adelante me referiré a la tenencia relativa.

Pues bien: según la teoría reinante, el *animus rem sibi habendi* o *animus domini*. La voluntad del tenedor no tiende a poseer la cosa para sí, sino para el señor o dueño de la posesión (*Besitzherr*). Según esta teoría, la diferencia entre la posesión y la tenencia, descansa en una calificación de la voluntad de poseer. El derecho no hace más que sacar las consecuencias de la voluntad, concediendo la posesión al poseedor que quiera tenerla, y negándola al tenedor que no la quiere.

Según mi teoría, la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión, estriba por entero en la distinción hecha antes (III, IV) entre la relación posesoria en su sentido lato, tal cual la hemos definido, y la simple relación de lugar. La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está, según la teoría objetiva, en el hecho de que movido por motivos prácticos, el derecho en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última.

Hay casos en que una fórmula algebráica puede contribuir adecuadamente a aclarar y poner de manifiesto las relaciones teóricas. Paréceme que el caso presente es uno de esos, y así pido venia para recurrir a ese medio, que por otra parte nos permitirá indicar con una sola letra los dos elementos en que se apoya la diferencia entre ambas teorías.

Designaré la posesión con P; la tenencia con y; el *corpus* con c; el *animus*, que debe tener también el tenedor según la teoría objetiva (IV), con a: el elemento de más que según esta teoría se añade en la posesión con α; y la disposición de la ley, que según mi teoría niega la posesión en ciertas relaciones, con n. Según esto, la fórmula para la teoría subjetiva sería:

$$\begin{aligned} P_x &= a + \alpha + c \\ y &= a + c \end{aligned}$$

y para la teoría objetiva será:

$$\begin{aligned} P\ x &= a + c \\ y &= a + c - n \end{aligned}$$

Veamos esas fórmulas un poco más cerca. Las dos teorías toman como base las condiciones necesarias, según su común sentir, para toda relación posesoria: esto es: $a + c$. Lo que hay aquí, según la teoría objetiva, es que la reunión de esas condiciones, engendra ya la posesión, mientras que, según la subjetiva, no engendra más que la tenencia. Según ambas, la descomposición de la acción posesoria, en posesión y en tenencia, resulta de la unión de otro elemento. Según la una es este un factor *negativo*: $-n$; según la otra, es *positivo*: $+\alpha$. La primera tiene por punto de partida la posesión; la segunda la tenencia; para aquélla, la adición del elemento diferencial cambia la posesión en tenencia, la relación posesoria *desciende* del grado en que se encontraba en un principio: para ésta, la detención es la que se convierte en posesión, la relación posesoria *sube* del grado inferior,

la tenencia se *eleva* así a posesión. (1). El movimiento dialéctico de la noción de posesión es, por tanto, diametralmente opuesto en ambas teorías; en uno se produce de abajo a arriba, de lo menos a lo más; en el otro de arriba abajo, de lo más a lo menos.

La consecuencia para la construcción *sistemática* de la doctrina de la posesión estriba, en que la teoría subjetiva deberá comenzar la *doctrina de la posesión*, con la noción de la tenencia, mientras que la objetiva, en consonancia con su concepción de la relación posesoria, encuentra como punto de partida ya la posesión. Realmente, aquel método didáctico es impracticable, pues, en definitiva, la exposición de la doctrina de la posesión, para ser clara, no puede comenzar sino por la posesión elevándose de ella a la tenencia.

Los elementos capitales deben ser demostrados por quien necesita hacerlos valer. Según la teoría subjetiva, aplícase esto al demandante que sostiene tener la posesión en lo tocante al elemento: *a*; la simple prueba de $a + c$ sólo basta para ℐ para la tenencia; para la de ℛ es preciso además *a*, esto es, el demandante debe probar el *animus rem sibi habendi*. Según la teoría objetiva, para ℛ basta $a + c$, esto es, el demandante cumple con probar la existencia exterior de la relación posesoria (III); corresponde al demandado probar la *negación*, $-n$, esto es, demostrar que una *causae detentionis* legal, priva en tal caso, de su efecto ordinario, a las condiciones aparentes de la posesión.

Según nuestra teoría, en cada caso *concreto*, se debe admitir *x*, mientras no se procure la prueba de *n*; ahora bien: si es exacto, es preciso admitir esto de un modo absoluto aun para la teoría *abstracta* de la posesión; esto es, que donde quiera que el derecho romano no ha decidido referir una solución dada a la posesión o a la tenencia, debemos inclinarnos a la primera. En su virtud podemos formular esta regla capital: *la noción de la te-*

(1) Savigny, *Recht des Besitzes*, § 9: el *animus* del tenedor «no es en modo alguno necesario para que la tenencia se *eleve* a posesión».

nencia en el derecho romano no debe aspirar a función alguna que no le este asignada en las fuentes. Según la teoría subjetiva, sería necesario admitir la tenencia en todos esos casos que denominaré *problemáticos*; faltando *in concreto* o *in abstracto* la prueba de α, no puede haber, según ella, más que γ.

De la aplicación de la regla formulada a las relaciones particulares comprendidas en esas condiciones, trataré más adelante. (XVII: Relaciones posesorias problemáticas).

Más arriba quedan desenvueltas las consecuencias que ambas fórmulas implican. De los cuatro elementos, con los cuales funcionan, los dos que les son comunes, a y c, ya han sido explicados (III), en vista del fin que perseguimos, mientras que los otros dos, α y n, sólo han sido ligeramente indicados hasta aquí. Piden un estudio más profundo. Para el del primero me remito a más adelante (XIV), pasando ahora a tratar inmediatamente del segundo.

Dejemos por algún tiempo la relación de tenencia relativa, la única que aquí nos importa, para fijarnos en la absoluta. Debemos considerarla con un doble propósito. En primer lugar, nos proponemos probar que, realmente, nuestra n, por el momento totalmente hipotético, es conocido del derecho romano—*evidencia histórica de n*—y que, por consiguiente, no introducimos nada de extraño en sí, al derecho romano, al servirnos de n para explicar también la relación de la tenencia relativa. Nos proponemos también hacer ver por la forma que reviste ese factor, su naturaleza y su función—*definición de n*—al afecto de poder aplicar el resultado obtenido a la relación de tenencia relativa.

Las *res extra commercium* no pueden, según el derecho romano, ser objeto de la posesión. No dice si sólo es cuando el que las tiene en su poder conoce su cualidad o también aun cuando la ignore. El único texto de nuestras fuentes que a esa relación se refiere, la L. 30, § 1, *h. t.* habla del caso en que un individuo entierre un cadáver en su fundo, sabiendo, o debiendo saber, que el sitio se convierte en un *locus religiossus*, determinando la pérdida de la posesión, que motiva de este modo:

Namquam locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus sicuti hominem liberum.

La doctrina reinante admite que la imposibilidad de la posesión de las *res extra commercium* es de naturaleza *objetiva*, y que, por tanto, el conocimiento o la ignorancia subjetiva nada tienen que ver en la cuestión, estimando yo que tal opinión es la cierta. Más tarde tendré ocasión de indicar el fundamento que en mi concepto impone esta solución.

Tomada como fundamento esta opinión, tenemos inmediatamente nuestra *n*. Las condiciones positivas de la posesión vénse aquí desprovistas de su efecto ordinario; $a + c$ según nuestra teoría, $a + \alpha + c$ según la teoría subjetiva, no engendran aquí *x*, sino *y*; el fundamento no puede, pues, radicar más que en el factor *negativo n*, que priva aquí de su efecto a las condiciones positivas; surge aquí un *impedimento posesorio* legal, el cual se interpone en el camino de la posesión. Según lo que más arriba queda dicho (IV), es inútil hacer notar que es preciso admitir *y*, y no una mera relación de lugar.

Tenemos otro caso de relación de tenencia absoluta en la teoría de posesión del fundo de un ausente. En tal caso, la posesión del aúsente no cesa de un modo inmediato, y como una *compossessio plurium in solidum* es imposible, resulta que el ocupante *(occupant)* sólo obtiene la tenencia; pero como no tiene la intención de poseer para el ausente, sino para sí mismo, la tenencia es *absoluta*. La realidad positiva, completa, de la posesión, manifiéstase en la persona; esto es, no concurre sólo el $a + c$ de nuestra fórmula, sino también el α de la teoría subjetiva: el *animus rem sibi habendi*, el *animus domini*. También en este caso es nuestra *n* quien priva de sus efectos ordinarios a las condiciones positivas de la posesión.

Al lado de estos dos casos de tenencia *absoluta*, a los cuales podríamos añadir otros, por ejemplo, la tradición de fundos de parte del colono—no transmite la posesión por falta de *possessio vacua*—, cabe poner uno de tenencia *relativa:* la de las

personas que componen la familia, por el jefe de la misma. Tampoco aquí el obstáculo contra el cual tropieza la posesión es de naturaleza subjetiva; es de naturaleza objetiva; opónese a su posesión, aun cuando tengan motivos jurídicos para creerse capaces de poseer, por ejemplo, el hijo de familia que recibe la falsa noticia de la muerte de su padre, o el esclavo instituído heredero en un testamento cuya nulidad ignora. A pesar del *animus rem sibi habendi*, su relación posesoria conserva un carácter de tenencia, porque el motivo que le ha impreso ese carácter hasta tal momento, la relación de poder, continúa existente. Tampoco aquí, como se ve, se excluye la posesión por la falta de α; tal exclusión es obra de nuestra n, la regla de derecho que niega la posesión a las personas sometidas a una potestad.

Con esta relación de tenencia doméstica nos acercamos ya a la contractual, lo cual pone de manifiesto que no se debe afirmar por adelantado como falsa la idea de la posible identidad entre esas relaciones, siendo también una disposición legal la que niega la posesión al tenedor, sin atender a su *animus*, para reconocerla al dueño o señor de la posesión, del propio modo que se reconoce al jefe de familia. No añadiré más por ahora; bástame que el lector haya podido convencerse, con lo que precede, que la fórmula $a + b + n = y$, que ha sostenido victoriosamente la prueba en tres relaciones de tenencia, es *posible* para la cuarta que aún me queda. En cuanto a si es exacta realmente, todo dependerá de saber si el derecho romano ha reconocido las consecuencias que implica para la tenencia contractual. Esas consecuencias, que más adelante se indicarán, han de servirnos como de punto de apoyo en la investigación que habremos de hacer oportunamente (XV).

Queda con lo expuesto tratado el primer punto en que por de pronto debíamos ocuparnos; esto es, la *evidencia histórica* de nuestra n en el derecho romano, restándonos determinar los diversos elementos de que se compone. Intentaremos señalar, mediante el examen de las tres relaciones de tenencia citadas, cuáles son los rasgos característicos de nuestra n, al efecto de

saber hacia dónde se ha de dirigir nuestra atención, cuando más adelante la apliquemos a la relación de tenencia contractual. El estudio de lo que tenemos como cierto afinará nuestra vista para el reconocimiento de lo que es problemático.

Aquellos rasgos son cuatro, que designaré, respectivamente, con una denominación particular. Nuestra *n* es una cantidad:

1. *Negativa.*
2. *Jurídico-positiva.*
3. *Práctica.*
4. *De índole objetiva.*

1. Una cantidad *negativa.*—Lo que precede me dispensa de dar más explicaciones sobre este punto. Una cantidad negativa, que en las cosas prácticas se interpone en mi camino positivo, la denomino *obstáculo* (*Hinderniss*), con lo cual nos encontramos ya con la palabra exacta, que inmediatamente ilumina la cuestión, porque pone nuestra *n* en una situación que ya ha encontrado su reconocimiento científico, con relación a otro efecto de la posesión: la *usucapión*. Lo que el *obstáculo de la usucapión* produce para este efecto de la posesión; esto es, la exclusión por obra de un factor *negativo*, de los efectos de las condiciones *positivas*, existentes por otra parte, de un modo pleno de la usucapión, el *obstáculo de la posesión* (*Besitzhinderniss*, que es como yo llamaré en adelante nuestra *n*), lo produce respecto de este otro efecto de la posesión, para la *protección posesoria* (*Besitzesschutz*). La relación es idéntica en ambos casos, tanto desde el punto de vista de los principios, cuanto desde el punto de vista procesal: quien alega el obstáculo, debe su prueba. Los dos casos encuéntranse así, *mutatis mutandis*, comprendidos bajo una misma fórmula; $a+c-n$: la doctrina de la posesión resulta de este modo armónicamente ideada por ambos lados. En los dos casos, la idea es la misma; la ley es la que interviene en el proceso de la realización efectiva de la noción jurídica por ella misma propuesta.

2. Una cantidad *jurídico-positiva.* — Comparando, como

poco ha hacíamos, el obstáculo de la posesión con el de la usucapión, estamos en situación de poder ampliar nuestro examen a la usucapión, para que se vea que todos los rasgos que nuestra *n* reviste en materia de posesión, se reproducen en materia de usucapión.

Es incuestionable que los obstáculos de la usucapión tienen un carácter jurídico positivo. Podrá disputarse tal carácter a los obstáculos de la posesión señalados en la primera y en la tercera de las relaciones antes examinadas, diciendo que el motivo que excluye en ella la posesión, es de naturaleza teórica: incapacidad teórica de las *res extra commercium* para *ser poseídas*, e incapacidad de las personas bajo potestad para *poseer*. Pero ningún arte supone eso de sacar de una noción teórica lo que por adelantado se ha puesto en ella. Me lisonjeo de deducirlo todo teóricamente, hasta el obstáculo mismo de la usucapión, en virtud de la incapacidad de la cosa, y comienzo por introducir en la noción de la usucapión la capacidad de la cosa, e inmediatamente la exclusión de la usucapión, respecto de las cosas no susceptibles de usucapión, muéstrase teóricamente deducida. La noción de la posesión, tal cual el lenguaje la comprende, y tal cual el derecho la hace suya (III), no exige objetivamente nada más que una cosa que pueda apropiarse, y subjetivamente, una persona que pueda apropiársela. La posesión, pues, *teóricamente*, no resulta excluída o rechazada sino allí donde esas condiciones faltan. Donde existen, es teóricamente posible, y si a pesar de todo se rechaza, no es en virtud de la teoría, sino en virtud de una disposición legal. Como todas las demás cosas, las *res extra commercium* son susceptibles de posesión *en teoría*, como las personas sometidas a una potestad son *en teoría* capaces de posesión, al igual que todos los sujetos capaces de voluntad; si el derecho romano no admite la posesión en esos casos, resultará en virtud de una disposición *positiva*, que, por lo demás, está basada en un motivo práctico determinado—todo lo cual nos lleva al tercer elemento de nuestra *n*.

3. Una cantidad *práctica*. — Si me detengo especial-

mente en este elemento, desde luego se comprenderá que no es para hacer la observación vulgar, de que el derecho se ha dejado guiar en las disposiciones de que aquí se trata, por consideraciones prácticas, sino para *exponer* éstas, y para hacer comprender mediante ellas nuestra *n*

En el segundo caso antes citado la cosa es evidente. La posesión se niega al ocupante para conservársela al poseedor actual. Lo que la L. 44, § 6\ *de usuc.*, (41.3) dice del loco: *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat*, puede aplicarse también al ausente: *ne absentia damnum etiam in bonis afferat*. El ausente, al igual que el loco, no puede, pues, perder la posesión; el curso de la usucapión no puede interrumpirse por esta ocupación, y la protección posesoria—defensa propia, acción—no puede tampoco limitarse. Es el contraste adecuado de la exclusión de la usucapión de las cosas robadas o tomadas con violencia: el motivo es el mismo en ambos casos: la protección del derechohabiente contra una pérdida injusta según el derecho.

En cuanto a la *res extra commercium*, el fundamento práctico de exclusión de la posesión no está tan a la vista. No basta invocar aquí simplemente la regla que he formulado en otro sitio (1), *que donde no hay propiedad, no puede haber posesión*. Este argumento no puede bastar más que para aquellos que se satisfacen con razones aparentes formuladas a manera de principios. Si yo concibo por adelantado una noción de la propiedad de una manera suficientemente estrecha, para no comprender más que las *res in commercio*, y si luego establezco entre la posesión y la propiedad una relación teórica tal, que la una sea la condición de la otra, todo está, sin duda, en orden, y la noción inclinará la balanza. Pero, en realidad, toda noción en derecho, oculta en el fondo un fin práctico, que es el que ha hecho surgir las reglas de derecho, las cuales el jurista no ha podido formular teóricamente sino después. Tal es lo que pasa en la relación presente. El motivo práctico que ha determinado la exclusión de la propiedad de las *res extra commercium*, consiste en la

(1) *La protección posesoria*, trad. esp., pág. 149.

necesidad de conservarlas en su destino. Es la misma idea de la que poco ha sorprendíamos una doble aplicación, en la exclusión de la usucapión de las cosas robadas o arrebatadas por violencia, y en la de la posesión, en el caso de ocupación de un fundo de un ausente. También aquí quien se opone frente a la propiedad es nuestra *n*. Lo mismo, exactamente, pasa con la posesión de la *res extra commercium*. El derecho que pudiera admitir esta posesión se pondría en contradicción consigo mismo. No quiere permitir la aplicación de esas cosas a otros fines que aquellos a los cuales están destinadas, y, sin embargo, lo consentiría y lo reconocería bajo la forma de posesión. El derecho no puede proteger a nadie en una posición que él mismo rechaza, ni definitiva—protección de la propiedad—, ni provisionalmente—protección de la posesión—. Lo provisional no está en su lugar más que allí donde la situación es por lo menos concebible en derecho, lo cual no pasa con las *res extra commercium*.

Pasa lo mismo con la posesión de las personas sometidas a una potestad. También aquí excluye el elemento práctico, no el teórico. Lo que revela cuán poco basta el llamamiento a la doctrina para motivar la incapacidad para poseer, es que el derecho romano nuevo, concede a los hijos de familia la capacidad de ser propietarios y de poseer. Las nociones de posesión y de propiedad estaban en este caso en armonía con la de persona sometida. ¿Dónde está escrito que todo cuanto adquieren pertenece para una necesidad teórica al jefe de familia? Es ésta *una* de las configuraciones posibles de la relación, pero no la única; era la del antiguo derecho de Roma. La del derecho romano nuevo y la de otros derechos se han decidido por otra distinta. Era preciso, pues, en realidad, atender aquí tan sólo a una regla de derecho *positivo*. Según la concepción de los romanos antiguos, la posesión del jefe de familia no soportaba que las personas que le estaban sometidas, tuviesen el derecho de promover las contiendas en justicia. Esta exclusión de la *acción* contra él implicaba la de *derechos* en su persona; concederles estos derechos y negarles luego la protección, hubiera sido absurdo; si las personas sometidas a potestad *no tenían acción, tampoco*

tenían derecho. La incapacidad de personarse en justicia era una incapacidad de ser propietario y de poseer. De modo que, como no era posible una *reivindicatio* contra el jefe de familia, tampoco lo era un *interdictum uti possidetis*, *unde vi*, *utrubi*. Ahora bien: desde el punto de vista de la teoría posesoria, esta exclusión de los remedios posesorios, significaba que las personas sometidas no pueden *poseer* (*civilis possessio*), que su relación posesoria debe ser considerada como tenencia (*naturalis possessio*: (VIII).

Con lo expuesto queda hecha, respecto de la relación de tenencia, doméstica también, la prueba que me incumbía, a saber: que nuestra *n*, que surge aquí ante la posesión bajo la forma del poder del jefe de familia, era una *tantidad práctica*, esto es, se apoyaba en consideraciones nacidas de la configuración misma de la relación, tal cual se la representaba el sentimiento jurídico del pueblo.

4. Una cantidad *objetiva*.—No empleo aquí esta expresión indeterminada, sino para abreviar, y al efecto de marcar la diferencia de los motivos—objetivos—que están fuera de la persona del tenedor, y de los—subjetivos—que obran en su persona. Según la teoría subjetiva, el motivo de la tenencia es de naturaleza subjetiva, obra en la persona del tenedor, en la imperfección de su voluntad de poseer. Pero, como ya se dijo, en las tres relaciones indicadas antes, ese motivo está por encima de su persona; en la segunda y en la tercera, es el interés de un tercero, al cual el derecho entiende conservar o reservar la posesión; en la primera lo es el interés extraño a toda persona determinada, del mantenimiento del destino social de las cosas. Podemos, pues, decir que en todas las relaciones de tenencia, excepto la contractual, que aún no hemos decidido, la razón de ser de la tenencia reside, no *en ella misma*, sino en un interés que le es extraño: en suma, la noción de la tenencia no es otra cosa aquí que un *efecto* jurídico *reflejo*.

No es preciso demostrar que ese cuarto rasgo característico del obstáculo de la posesión se representa en el obstaculo de la usucapión. El paralelismo entre ellas es, pues, completo; todos

los rasgos característicos de nuestra *n* se aplican a uno y a otro.

He indicado el aspecto que presenta nuestra *n* en las relaciones de tenencia citadas, y he mencionado por tal modo los puntos que deberán fijar nuestra atención, en lo relativo a la tenencia contractual. Nuestra *n* revestirá la forma siguiente: El tenedor ve que se le niega la posesión, no por motivos existentes en su *propia* persona, porque no tiene el *animus domini*, sino en interés del dueño o señor de la posesión, y para concederle la posición jurídica del poseedor. Como no es posible una doble posesión, es preciso necesariamente, para conciliar la relación posesoria del tenedor con la posesión del dueño, reducirla a una simple posesión. En resumen, *tiene a fin de que otro posea*, al igual que el que se ha apoderado del fundo de un ausente, o como la persona sometida. En estos últimos casos es la posesión del ausente o la del jefe de familia; en las relaciones contractuales trátase de la del dueño, que constituye nuestra *n* y que impone a la relación posesoria del tenedor el sello de la mera tenencia.

Esta configuración de la relación es *posible*, no sólo desde el punto de vista de una teoría abstracta de la posesión, sino también desde el del derecho romano, en cuanto no introduce en él una idea extraña. En el respecto en que nos colocamos no se impone como necesario el comentarlo, teniendo el examen que acabamos de hacer de las tres relaciones de tenencia precisamente por fin, explicar esta posibilidad. Pero una posibilidad no es una realidad. Lo que es exacto respecto de las tres relaciones, puede no serlo para la cuarta. Trátase de saber cómo podremos reconocer si el derecho romano ha tomado realmente por base, lo que hasta este instante hemos considerado como meramente posible.

Para esto la prueba es de las más sencillas. Si el fundamento de la tenencia contractual es nuestra *n*, es decir, la posesión del dueño o señor de la posesión, es preciso que, cuando se ha admitido falsamente la existencia de *n*, haya posesión en lugar de tenencia, y que en caso de que ésta desaparezca, la tenencia se cambie en posesión; en ambos casos sin conocimiento ni volun-

tad del tenedor. Según la teoría subjetiva, es preciso, en ambos casos, atenerse a la tenencia, siendo evento imposible una conversión de ésta en posesión sin conocimiento y voluntad del tenedor.

Nuestras fuentes reconocían expresamente para dos de las relaciones de tenencia, la consecuencia de nuestra fórmula.

Primera: Inexistencia de la falsa admisión de *n*.—Habiendo el padre de familia muerto en el extranjero, el hijo, que no ha tenido conocimiento de ello, compra una cosa. ¿Qué toca decidir en cuanto a la posesión? Según la teoría subjetiva, es necesario negarle la posesión, porque no tiene el *animus rem sibi habendi*. Según la L. 44, § 4, *de usuc.* (41, 3), adquiere la posesión: *quamvis eum se per errorem esse arbitraretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam* NEC POSSIDERE POSSIT. ¿Por qué? La suposición de *n*; la patria potestad no existe; luego las condiciones legales de la posesión recobran todos sus derechos; en lugar de la *y*, admitida y *querida*, nace *x*. La L. 21 de A. R. D. (41, 1), reconocía la misma consecuencia para el hombre libre que falsamente se cree esclavo: *si liber bona fide tibi servien semerit*, IPSIUS FIERI. La *n* que equivocadamente se supone existente: el poder dominical, no existe; en su virtud, al igual que el hijo de familia, adquiere la posesión, en lugar de la tenencia, admitida y *querida* por él: la divergencia de su *animus* no ejerce influjo alguno.

Segunda consecuencia: *conversión de la tenencia en posesión, por la desaparición del obstáculo de la posesión*.—Más arriba hemos visto que el fundamento por el cual, el ocupante del fundo de un ausente, no adquiere más que la tenencia, obra en la idea de la conservación de la posesión jurídica del poseedor actual. La ley ha querido dar a éste la facultad de defender de hecho su posesión. Si hace uso de ella, la usucapión no se ha interrumpido. Pero ¿qué ocurrirá si no hace uso de esta facultad? Por esto mismo habrá abandonado *animo* su posesión (1), resul-

(1) L. 25, § 2 *h. t.*: ... *animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem*. L. 3, párrafo 8; L. 7 *h. t.*

tando así que la tenencia del ocupante se convierte desde entonces en posesión. Tal resulta, desde el punto de vista del derecho de Justiniano, por cuanto éste, en la L. 11, C. *unde vi*, concede al poseedor anterior el *interdictum unde vi*, mientras que los juristas se lo niegan en razón de que no ha habido *vis* contra la persona. Como este interdicto presupone una *dejectio*, equivale eso a decir que el ocupante, que hasta entonces no era más que un tenedor, se ha convertido en poseedor. Ahora bien: esta modificación se ha operado sin que nada se haya cambiado en su persona, resulta tan sólo de que el poseedor anterior ha renunciado a su posesión, esto es, de que *n* ha llegado a desaparecer en su persona. En mi opinión, es indiscutible que los juristas romanos han considerado la cosa de esta manera.

A ese caso, perteneciente al derecho nuevo, añadiré otro, tomado del más antiguo derecho de Roma. Nuestra regla de que por la desaparición de *n*, *y* se convierte en *x*, nos permite comprender una regla del derecho romano más antiguo, que hasta el día no había sido explicada.

Me refiero a la regla que rechazaba la *usucapio pro herede lucrativa* en caso de existencia de *sui heredes* (1). Ante *heredes extranei*, esta misma usucapión, o mejor, la ocupación de cosas hereditarias con efecto de *usucapio pro heredes*, *era posible*, aunque ya hubieran hecho la adición de la herencia, siempre que

(1) Gayo II, 58, III, 201, habla del *necessarius heres* (la adición de *suo* al primer texto, admitida por Huschke, no está autorizada por el manuscrito: véase la edición de Studemund), lo que haría comprender también al esclavo instituído en el testamento: pero la L. 2, Cód. *pro hered.* (7, 29) dice expresamente: SUIS *existentibus heredibus*. ¿Es que Gayo se expresó mal, o que el texto del Código, que es un rescripto, no ha atendido más que a la especie de que trata? No insistiré aquí sobre este punto que no me interesa, pero, de todos modos, conviene no pase inadvertido, pues no sería imposible que lo que era verdad de los hijos de familia, se aplicase también a los esclavos, porque también éstos se encontraban, de hecho, *in possessione* de las cosas del jefe de familia, pudiendo la libertad y la propiedad que sobrevenían, producir para ellos también la conversión antes mencionada de la tenencia en posesión.

no se hubieran posesionado de ella (1). Lo que constituía si no el motivo, a lo menos, la presuposición de este singular derecho, no era, pues, la circunstancia de que las cosas hereditarias no estuviesen en propiedad, sino que no *estuviesen sin poseedor* (2).

De donde resulta que, en caso de existencia de *sui heredes*, no pueden haberse considerado las cosas hereditarias como si estuviesen sin poseedor, sino más bien se debe de haber concedido a los hijos de familia, la posesión, así como la propiedad, a la muerte del padre. Pero ¿cómo se armoniza eso con la regla según la que, para adquirir la posesión, es preciso la aprehensión, regla en la cual no se hace excepción alguna en favor de los herederos? Todo ello, simplemente, porque de hecho, los *sui heredes* se encontraban ya coposeedores de las cosas—*in possessione esse*—(3). La desaparición de *u* (patria potestad), que hasta entonces se encontraba frente a su posesión, había tenido como consecuencia necesaria convertir su tenencia en posesión. Tocante al acto anterior de aprehensión o de mera declaración de voluntad, sólo era preciso en los dos casos que acabamos de referir (4). Nuestras explicaciones acerca de la necesidad de la aprehensión, para las cosas que se encontraban ya en nuestro poder, no están en contradicción con lo que antecede. Refiérense, en efecto, al caso de la conversión de la simple relación de lugar en una relación de posesión, mientras que aquí se trata de la conversión de la *tenencia* en posesión. Ahora bien: sabido es que ésta puede producirse sin acto exterior, por la mera modificación de la *causa juris—traditio brevi manu*—y realmente

---

(1) Gayo II, 52; Pablo, S. R. II, 31, § 11; L. 1, § 15, *Si is qui test.* (17, 4); L. 21, § 1, *Exp. her.* (47, 19).

(2) L. 1. § 15, *Si is qui test.* (47, 4) *Scaevola ait.* POSSESSIONIS *furtum, fieri, denique, si nullus sit possessor, fur tum negat fieri.*

(3) V. luego (VIII).

(4) Según la opinión dominante, era preciso una aprehensión; véase por ejemplo, Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, § 239, nota *ff:* «En el *necessarius* no hay nunca al propio tiempo adquisición de la posesión y del derecho de herencia, porque este último se verifica *ipso jure.*»

hubiera sido absurdo exigir del *suus* un acto particular para consignar lo que ya de por sí estaba consignado, a saber, que en adelante quería poseer en lugar de *tener* (1).

La opinión antes desenvuelta explica satisfactoriamente una regla del derecho antiguo, que era costumbre considerar como una singularidad, poniéndola además en armonía con la de que la simple posesión excluye la *usucapio pro herede*. Podría objetarse, sin embargo, que es imposible atribuir al pueblo antiguo romano, la inteligencia del poder de la acción lógica de nuestra *n.* ¡Sin duda! Pero no hace falta llegar tan allá. Nosotros nos colocamos por entero al nivel de la apreciación primitiva del pueblo romano. Todo romano sabía que los hijos no eran jurídicamente capaces de ser propietarios; pero eso no impedía que en las relaciones de hecho de la vida, se les considerase como propietarios, aun vivos sus padres (2), no teniendo los juristas inconveniente en aceptar tal manera de ver La relación de posesión de los hijos en la casa paterna no era un secreto, ni aun para la gente del pueblo; sabían que no era una posesión en el sentido jurídico—*civilis possessio*—, sino simplemente en el sentido natural—*naturalis possessio*—(VIII). Ahora bien: en ese sentido se podía conceder a los hijos la coposesión sobre la casa del padre al igual que la propiedad. Si estaba éste ausente y había dejado a sus hijos en la casa, éstos eran los que ejercían la posesión en su lugar. Si moría, ¿se habría en verdad de exigir respecto de ellos un acto especial para apropiarse la posesión? Esta idea sólo podría ocurrirse a un jurisconsulto que partiese de la noción falsa, según la que la conversión de la tenencia en posesión, debe ser anunciada por un acto exterior.

---

(1) Del propio modo ocurría que la posesión a título de prenda por parte del acreedor instituído heredero, se convertía en posesión a título de propiedad, según la L. 88, *de acq. rer.* (29, 2); *licet nihil attingat hereditarium*. Véase, acerca de esto, mis *Vermisdthen Schriften*, páginas 5 y sigs.

(2) Véase la comprobación en mi *Esp. del. D. R.*, vol. 2.º, 4.ª edición, página 214, nota 231. Cito allí las decisiones de los juristas, que aquí resumo.

Una concepción tan artificial era seguramente contraria a la intuición primitiva del pueblo; bastábale que de hecho la relación posesoria existiese ya en la persona de los hijos. No debía costarle trabajo alguno concebir la idea de que en adelante la *naturalis possessio* se convirtiese en *civilis possessio*. Lejos, pues, de tener que recurrir a nuestra *n* para atribuirla a la concepción popular de los antiguos romanos, y explicar de ese modo la forma que ha dado a las cosas esta concepción, sirve para procurarnos un argumento en pro de la necesidad práctica del estado de las cosas, tal cual nosotros lo sostenemos. Con su certero tacto, el antiguo pueblo romano, ha encontrado lo que implica la fórmula señalada por nosotros, para la posesión y la tenencia: la desaparición de *n*, en la fórmula establecida para la tenencia $y = a + c - n$, produce el concurso de las condiciones positivas de la posesión, $x = a + c$: o en otros términos, a la muerte del padre, la tenencia del hijo de familia se convertía, *ipso jure*, en posesión.

Debo ahora fijarme en otra objeción. La opinión antes admitida, de que a la muerte del padre la tenencia de los hijos de familia se convertía en posesión, supone que realmente han tenido, lo que no se verifica en los hijos, que en tal momento estuvieren ausentes o que no pudieran tener, por incapaces de voluntad: respecto de ellos, pues, la *usucapio pro heredes* hubiera debido realizarse. La objeción se sirve de un punto de vista que en más de una ocasión ha confundido la exacta inteligencia de las instituciones jurídicas, pero cuya falsedad no es difícil de demostrar. Lo mismo que los particulares en sus actos de voluntad, el legislador puede erigir en condiciones las reglas de derecho, las hipótesis que lo determinan a establecer esas reglas. La condición ofrece el medio de dar a los motivos un influjo determinante sobre el acto jurídico. En ese caso, la disposición legislativa, al igual que la disposición individual, no entra en vigor sino cuando la hipótesis, sobre la cual ella se funda, existe. Pero el legislador no está *obligado* a servirse de esta forma: puede siempre no conceder a las razones que lo han determinado a establecer la regla más que el influjo de *motivos* le-

gislativos. En ese caso, la aplicación de la regla es en un caso particular independiente de la existencia de los motivos. El legislador ha dicho: *en general*, existirán; y en pro de la aplicación fácil de la regla, tomo por base este estado normal de las cosas, aceptando las excepciones presentables (1). Así ocurre, por ejemplo, que el derecho romano no ha desconocido que individuos aislados, puedan alcanzar a una edad menos avanzada, el grado de madurez necesario, a que implícitamente atendía al fijar el comienzo de la mayor edad, teniendo la previsión de salvar, mediante la *venia aetatis*, los inconvenientes que podrían surgir en tales casos a causa de la disposición general; pero esta consideración no ha sido obstáculo, y con razón, para dar a la regla una forma general.

Lo mismo pasa exactamente en el caso indicado. En la exclusión de la *usucapio pro herede*, en caso de *sui heredes*, el derecho antiguo ha partido de la idea siguiente: de ordinario esos herederos se encuentran en coposesión de la herencia paterna, y esta posesión de las cosas para la *usucapio pro herede* prescribirá en cuanto no se haya realizado la hipótesis de la falta de posesión a que se refiere. Ahora bien: lo que es verdad para el caso más frecuente, debe valer también para el excepcional en que el hijo esté ausente o sea a un *infans*.

Creo, con lo expuesto, haber demostrado, respecto de varios casos de aplicación, la realidad de las dos consecuencias que encierra nuestra noción del obstáculo de la posesión; en caso de admisión equivocada del obstáculo: posesión; en caso de desaparición: conversión de la tenencia en posesión. Si nuestras fuentes reconocen esas dos consecuencias o sólo una de ellas, para la tenencia *contractual*, de que hasta aquí no se ha tratado, la exactitud de nuestra fórmula $y=a+c-n$ será demostrada, a lo menos en parte. Sin querer, por lo demás, precipitar nuestra exposición ulterior (XV), mencionaré por de pronto una decisión de las fuentes que pone esas dos consecuencias al abrigo de toda duda.

---

(1) L. 10, *de legibus* (1-3)... *sufficit ea quae plerunque accidunt contineri.*

Uno toma en arriendo un fundo de que en realidad es propietario, imaginandose que aquel que se lo da en arriendo es el verdadero dueño.

Según la teoría subjetiva, debería tener la tenencia, porque su intención es poseer el fundo para su dueño. Ahora bien: la L. 21 *de usuc.* (41, 3) le atribuye la posesión. ¿Por qué? El contrato de arrendamiento es nulo: *quia dominus suam rem conduxisset*, resultando que la relación posesoria tenía una configuración distinta de la que hubiera tomado, de ser el contrato válido. El arrendador, que tenía antes la posesión, la pierde: *sequitur ergo, ut ne possessionem quidem possessor retinuerit*, aun cuando su *animus*, al igual que el del colono, tendiese al mantenimiento de la posesión; la voluntad meramente subjetiva es impotente: lo que decide es la *causa juris* objetiva. La consideración que, según nuestra explicación, forma la base de nuestra *n*: el mantenimiento de la situación del poseedor jurídico, que reduce al poseedor de hecho a una mera tenencia, desaparece aquí, porque no puede justificarse ante la propiedad del arrendatario: y resulta que *n* desaparece y que las condiciones positivas $a + c$ adquieren plena eficacia.

Hasta aquí se ha tratado de la consecuencia que implica para la relación de tenencia contractual, el aspecto *negativo* de nuestra *n*; esto es, de la conversión en posesión, en caso de admisión equivocada o de desaparición subsiguiente de *n*. Paso ahora a ocuparme de los otros dos rasgos.

El *jurídico positivo*. — Es también, en este caso, muy sencilla la prueba. Va el lector a proceder por sí mismo. Le presento dos personas, diciéndole que la una es poseedor y la otra tenedor, y él dirá *cuál* de las dos es poseedor y cuál tenedor, suponiendo que aplica con imparcialidad la fórmula de la teoría subjetiva; la voluntad de poseer para sí engendra la posesión, la de poseer para otro engendra la tenencia; es decir, que prescinde de cuanto sabe de las disposiciones positivas del derecho romano sobre su respectiva relación posesoria.

Una de estas personas es el representante que ha recibido la orden para adquirir la posesión de otro, o el tutor que quiere

adquirirla para su pupilo; la otra es el arrendatario. La época en que nos suponemos colocados es al principio del Imperio. ¿Cuál de esas dos personas es el poseedor y cuál el tenedor? ¡Cómo dudar! se me dirá: el representante y el tutor son tenedores, el arrendatario es poseedor, porque aquéllos tenían la intención de adquirir la cosa para otro, y éste de tenerla para sí. Pongamos la cuestión a los juristas de principios del Imperio, ¿qué responderán? Los dos primeros son poseedores (1): el tercero es tenedor—¡lo contrario, pues, de lo que implicaría la aplicación de la teoría subjetival—luego nuestra *n* no es de naturaleza lógica, sino jurídico positiva; la cuestión de saber si en una relación contractual o cuasicontractual—tutela—se debe admitir la posesión o la tenencia, no puede resolverse *a priori* por medio de una especulación relativa a la esencia de la voluntad de poseer: es *puramente histórica*.

Despréndese la misma conclusión del hecho de que, según las circunstancias, una sola y misma relación contractual implica, ya la posesión, ya la tenencia. Así, el arrendamiento implica para el colono a plazo la tenencia, y para el hereditario, la posesión; el depósito implica para el depositario ordinario, la tenencia y para el secuestro la posesión (2); el mandato también, luego que se ha admitido la adquisición directa por un representante, implica la tenencia para el representante directo y la posesión para el indirecto—para el sustituto como yo le llamo—. La misma teoría subjetiva no puede sustraerse al reconocimiento del carácter positivo de este elemento: admite que en los dos primeros casos—nada dice del tercero—como en los demás de posesión derivada, la posesión no se concilia con la lógica de la voluntad de poseer. En todos esos casos, lo reconoce, el que tiene en su poder la cosa tiene el mismo *animus*, y sin embargo, se le atribuye aquí la posesión y allí la tenencia.

---

(1) Lo demostraré más adelante.

(2) Absolutamente, como espero demostrar más adelante (XV), es sólo bajo condición según la teoría reinante: —no importa esto por el momento

Resulta, pues, manifiesta la impotencia de la lógica, para explicar la fisonomía que el derecho ha dado en esos casos a la relación posesoria; debe reconocer, y así lo hace, que se estrella en esto contra la historia, pareciéndose a un deudor que no está en situación de pagar todas sus deudas: se compromete a pagar una parte y declara su impotencia por el resto. En la vida a eso se llama declararse en quiebra; ¿pasa de otro modo en la ciencia? La teoría subjetiva hace por adelantado una separación de los casos que no puede explicar, y crea para ello la categoría de la posesión derivada. Lo mismo que si el deudor pusiera a un lado, sin más, la cuenta que no puede pagar. El hecho de que no puede pagar quedaría siempre en pie: «Posesión derivada», tal es el título del fajo de los créditos protestados que la teoría subjetiva reconoce que no puede pagar. Pero, ¿es que puede realmente pagar los otros, como cree? A su tiempo veremos (XIV) que tampoco puede, y que la moneda con que quiere hacer sus pagos no es de buena ley.

Nuestra *n* pone en el lugar de la lógica impotente para satisfacer su obligación, la disposición jurídica positiva. La prueba de que a ella debemos referir la noción de la tenencia, y la aplicación dada por el derecho romano en las diferentes relaciones, se desprende del mero hecho de que no se hace eso con respecto a la lógica, y en cuanto a las reglas de derecho que la deducción jurídica es impotente para sacar de los principios generales, muestran por esto mismo que son de derecho positivo. Baste tal prueba, pero querémos ir más allá, y darnos cuenta de los fundamentos en virtud de los cuales, los romanos han llegado a no referir a ciertas relaciones más que la tenencia. De este modo llegaremos también al tercer carácter de *n*.

El *carácter práctico*.—Queda ya formulado para las tres relaciones de tenencia examinadas antes, y ulteriormente me prometo formularlo para la tenencia contractual (XV. Teleología de las relaciones posesorias derivadas). No me limitaré a examinar esta última, hablaré también por vía de comparación de los casos en los cuales el derecho romano admite la posesión en lugar de la tenencia. Posesión y tenencia, nos prestarán aquí

el señalado servicio de poner recíprocamente en plena luz su razón de ser. La respuesta que da la tenencia a la cuestión de cuáles son las consideraciones prácticas que le han hecho nacer, nos permitirá ver muy de cerca, por qué no podía comprenderse en los casos de posesión derivada, y recíprocamente, las condiciones que ha rechazado la posesión en esos casos, nos harán ver por qué ha sido excluída en los casos de tenencia.

Por este camino, llegaremos a reconocer que es una idea misma la que da origen aquí a la tenencia y allí a la posesión, la idea, en suma, que en mi concepto ha creado todas las cosas humanas: *el fin práctico—der praktische Zweck—*. Queremos ponerlo en lugar de la idea que por tanto tiempo ha abusado de la existencia, reemplazando así el método formalista, único hasta ahora ensayado y que ha acabado por reconocer que no puede resolver el enigma, que desde ese punto de vista contiene la distinción de la tenencia y la posesión derivada, por el método realista, que no sólo resuelve tal enigma, sino que es el único capaz de dar una explicación adecuada del derecho, como con ocasión de esa misma diversidad de configuración de la posesión derivada se pone de manifiesto.

Y tal es el fin de esta obra.

A todos aquellos que no han perdido la necesaria fuerza de penetración para introducirse serenos por la nebulosa de la teoría reinante; a todos aquellos que no prefieran la confusión a la claridad porque la confusión les permite andar libremente, sin preocuparse de si van equivocados; a todos esos, en suma, procurará este libro luz suficiente para que puedan ver la verdadera fisonomía de esta parte de la teoría romana de la posesión; en cuanto a los otros, les proporcionará una ocasión excelente para ejercitar su sagacidad, probando que una nube azulada es la realidad y que la realidad es una nube azulada.

El *cuarto* y el último carácter de *n*: el *objetivo* aplicado a la tenencia contractual, pide una doble prueba. *Negativa*: que la tenencia no tiene su fundamento en un elemento *subjetivo* en la persona del tenedor, es decir, en la dirección particular de su voluntad, como pretende la teoría subjetiva—prueba es ésta

que suministrará la crítica del *animus domini* (XII). *Positiva:* que aquí, como en el segundo y tercero de nuestros casos de tenencia, el interés del señor o dueño de la posesión, es el que constituye la causa de la tenencia, en la persona del tenedor; o bien, sirviéndonos de nuestros términos: que éste *tiene—detinirt*—mientras aquél *posee—besitze*—: prueba es ésta que suministrará la teleología de la posesión (XV).

Quedan, pues, expuestas las consecuencias que para la tenencia contractual entraña la fórmula $y=a+c-n$, establecida con relación a la tenencia, y cuya exactitud he demostrado en los tres casos de tenencia examinados, señalando además, los puntos hacia los cuales debe dirigir su atención la teoría objetiva.

Paso ahora a aplicar el mismo método a la teoría subjetiva, señalando los puntos que nuestra crítica de esta teoría tendrá que examinar. A este efecto dejaré a la misma teoría subjetiva construirse por sí, a la vista del lector, y colocaré en un orden rigurosamente lógico todas las proposiciones que deba formular y sentar. Lo haré, cual si yo mismo estuviese perfectamente convencido de su exactitud, y como si no tuviera otro deseo que motivarla de la manera más sólida.

VI

Construcción dialéctica de la teoría subjetiva. Plan de la discusión

¿Qué es lo que con este trabajo me propongo? No sólo reproducir la teoría subjetiva; de ella he dado ya desde un principio lo más sustancial (II), y si aún faltan algunos puntos, ocasiones más favorables se presentarán de tratarlos. Mi intención es, más bien, mostrar al lector la construcción lógica o dialéctica de la teoría subjetiva. No es, en verdad, raro, en las deducciones científicas, que las condiciones intermedias, de menor importancia al parecer, se pasen en silencio; que es lo que en el presente caso ha ocurrido. Los defensores de la teoría subjetiva no se han dado cuenta de todas las proposiciones aisladas, de que tenían necesidad para su objeto. Vamos por nuestra parte a colmar estos vacíos. A este fin, me he representado de la manera más exacta, posible el camino que debería seguir si yo tuviera que fundamentar la teoría subjetiva, imponiéndome en su virtud, una deducción rigurosamente lógica, cuyos términos todos se relacionan entre sí, sin dejar lagunas, sin prescindir de los eslabones intermedios, sin dar salto alguno. Todo el engranaje lógico de la teoría subjetiva va a ser puesto así en claro ante el lector. No me he limitado, pues, a exponer lo que los defensores de esta teoría *han* pensado, sino que he atendido a lo que *hubieran debido* pensar, si hubieran querido motivar su teoría de una manera rigurosamente lógica. El trabajo que yo he consagrado a este objeto dará sus frutos

en la refutación de esta teoría (XV); allí se someterán a una crítica las diferentes proposiciones particulares.

De lo dicho resulta que no es mi intención hacer la historia del desenvolvimiento de los principios de la teoría; tendré, sí, en cuenta todo lo que sea preciso (XII) el interés que pueda ofrecer para nuestro asunto la historia literaria de la materia: mas por el momento no examino cómo la teoría se ha formado en la historia de la doctrina; me atengo simplemente a la forma acabada, definida, que ha logrado en la ciencia actual.

La dejamos, según queda dicho, construirse por sí misma, ante nuestra propia vista, y al efecto vamos a enumerar uno tras otro, los diferentes materiales con que se construye.

1) Comprobación del *animus rem sibi habendi* en las fuentes.

En la L. 1, § 20 *h. t.* (1) niega Pablo la posesión al representante, a causa de: *cum non habeat animum possidentis*. La teoría subjetiva tiene en ese texto todo lo que puede desear; la regla de que para la posesión es preciso un *animus* distinto del de la tenencia: la cuestión está en distinguirlos.

2) Para ello tenemos un punto de apoyo seguro en la relación misma, en la cual Pablo señala la falta del *animus possidentis*: la del representante. El representante tiene la intención de adquirir para el principal la posesión; para él de nada le vale; limítase, como dice Pablo, a prestar sus servicios—*ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarét*—; y ahora, como el *animus possidentis* consiste en la intención de poseer *para sí*, el que no la tiene, no puede tener la posesión, sino sólo la tenen-

(1) Savigny cosa inexplicable—en el pasaje en que habla por primera vez del *animus domini* (§ 9), no hace uso alguno de ese texto, único que menciona la necesidad de un *animus* especial para la posesión. Invoca, es verdad, la L. 18 *pr.*, que dice: *nec indem est possidere et alieno nomine possidere*; pero que no dice en modo alguno que el fundamento de la distinción sea una diferencia en el *animus*. Ahora bien: ese texto se armoniza perfectamente con la teoría objetiva, mientras jamás se hubiera podido sacar de él la subjetiva.

cia. El *animus possidentis* se puede, según esto, calificar como *animus rem* SIBI *habendi.*

3) Tal es la clave para entender la tenencia. Si ésta existe en el representante, porque no tiene el *animus possidentis*, estamos autorizados para admitirla por la misma razón en todos los demás casos en que el derecho romano admite la posesión; el tenedor, según el derechq romano, no tiene el *animus possidentis*. El colono, el arrendatario, el comodatario, se dirá, reciben la cosa, no en interés de aquel que se la entrega: *ut operam duntaxat suam accommodarent*, sino en interés propio; pero tal objeción no debe detenernos, porque si quieren tener la *cosa* para sí, eso no impide que tengan la *posesión* para quien se la haya dado, siendo necesario tan sólo hacer una distinción rigurosa entre la *cosa*, o mejor, la aplicación real de la misma a los intereses de esas personas, y la *posesión*, que no es necesaria para tales intereses. La *posesión* no la tienen para sí, sino para aquel de quien recibieran la cosa; su relación en este supuesto no implica otra cosa, en derecho, que el *ejercicio* de la posesión ajena. La relación de tenencia de propio interés tiene, respecto de la posesión, el mismo carácter que la tenencia por procuración: es *posesión representativa.*

4) El carácter común de todas las relaciones de tenencia consiste en que el tenedor no quiere ocupar la cosa sino de un modo *pasajero.* Aquí descubrimos un elemento importante para fijar la distinción que debe hacerse en la voluntad de poseer: la dirección de ésta hacia una posesión *permanente*, o hacia una *temporal* o *pasajera.* El poseedor regular—prescindiendo de los casos de posesión derivada—quiere tener la cosa de *una manera permanente, para siempre.* Pudiera decirse que la voluntad del *poseedor* es tener la cosa de una manera *duradera*, y la del *tenedor* de una manera *pasajera.*

5) Con esta distinción relacionaré otra de una manera muy estrecha. El tenedor tiene su relación posesoria de otro respecto de quien se obliga a devolverle más tarde la cosa, y al cual, por esto, reconoce como su *derechohabiente*. La tenencia se caracteriza, pues, como una *relación de dependencia jurídica*—

rechtliches Abhängigkeitsverhältniss—, reconocida por el mismo tenedor.

Sin duda que el poseedor puede ser también constreñido por medio de los interdictos posesorios a entregar la cosa al propietario o al poseedor anterior, pero su *intención*—y para calificar la voluntad de poseedor hay que atenerse a ella sólo—, a retener la cosa para él; no les reconoce como derechohabientes de hecho. La posesión implica una pretensión *de autonomía —Selbständigkeit—*, de *independencia*, por lo que la tenencia contiene respecto de la relación posesoria un reconocimiento de *sumisión, de dependencia, de inferioridad.*

6) El prototipo de esta autonomía querida del haber personal y permanente, o de la independencia de la relación posesoria, respecto de cualquier otra persona, es la *propiedad—Eigenthum—*; la que al proporcionarnos, con relación al lado objetivo de la posición, el más fecundo de los puntos de vista para definir exactamente la *noción de la posesión*, nos sirve también con relación al lado *subjetivo*, para definir exactamente la *voluntad de poseer*. Estatiende a la afirmación *de hecho* de la posición del propietario. El poseedor es aquel que, aun sin ser propietario, se conduce, no obstante, como tal; aquel que, aun sin poseer o sin creerse poseedor *como propietario*, entiende, sin embargo, tener la cosa *como un* propietario, *al modo* de un propietario. La expresión que revela perfectamente esta voluntad es la de *animus domini*; se deriva de la empleada por Teófilo (II, 9, 4; III, 29, 2) a este efecto; ψυχὴ δεσποζοντος. Con esta fórmula se resuelve el problema de la voluntad de poseer: puede resumírsele como la *pretensión a la situación del propietario — Prätention der Eigenthumstellung*—o algo más ampliamente, como la intención de tener la cosa *permanentemente*, con *autonomía*, e *independientemente* respecto de tercera persona, *a la manera*, en suma, del propietario.

7) Llevada esta voluntad hasta sus consecuencias últimas, se hubiera debido admitir también la tenencia en ciertos casos de posesión derivada, donde hay también una relación *pasajera* en la cual el que tiene la cosa reconoce a otro por encima de él,

como derechohabiente, de quien ha recibido su poder, y a quien está obligado a *devolver* la cosa una vez terminada su relación con ella. Cuando el derecho romano admite aquí la posesión, es por una anomalía fundada en razones históricas o prácticas. Se puede, sin embargo, aun respecto de esta situación, hacer valer una consideración que la hace accesible al pensamiento jurídico. «Considerada, dice Savigny (§ 9), como un derecho, la posesión puede ser enajenada; en su virtud, el poseedor verdadero y originario, puede transferir el derecho de la posesión, a aquel que ejerce la propiedad en su nombre.

Esta excepción de la regla, fundada en una disposición positiva, no puede admitirse más que en los casos en que las fuentes la reconozcan expresamente.

Por mi parte, añado a estas proposiciones, acerca de las cuales están conformes la mayoría de los defensores de la teoría subjetiva, esta otra, que sólo reconocen algunos, pero que es, en realidad, la clave del edificio, en cuanto se limita a deducir la consecuencia última, de la importancia dada a la voluntad para la formación de la relación posesoria. Ya antes me he referido a ella (II).

8) En tanto que el derecho no le pone obstáculo alguno, quien tiene la cosa en su poder puede dar a la relación posesoria existente otro aspecto, cambiando su voluntad de poseer: el vendedor, por ejemp o, que declara que en adelante quiere poseer la cosa vendida a nombre del comprador, se convierte en tenedor, y hace de este último un poseedor.

Con lo expuesto queda cumplida la tarea que nos habíamos propuesto. Hemos seguido la teoría subjetiva de la posesión en su construcción; hemos visto levantar su edificio, y para juzgar de su exactitud, debemos ahora examinar los diferentes materiales de que se ha servido. Creo, sin embargo, que aún debo hacer más: posible es que algunos de esos materiales no resistan al examen, y hasta que la teoría toda aparezca como extraña al derecho romano, sin que por eso dejen de tener el valor de tantas otras teorías de nuestra ciencia actual, esto es, el de

una creación independiente de la jurisprudencia moderna. No basta decir que esas innovaciones, cuando por otra parte tienen derecho a la vida, no son conformes al derecho romano: la jurisprudencia moderna puede y debe reivindicar el derecho de construir, derecho ejercido por los romanos de una manera tan amplia. No sería ésta, después de todo, la primera vez que por su obra se completaba una teoría romana incompleta. En su virtud, no limitaré mi examen crítico de la teoría subjetiva a saber si está o no está fundada en las fuentes—y ya veremos que no lo está (XV)—; la someteré a la prueba en todos los sentidos y aspectos. La examinaré atendiendo al punto de vista *lógico*, al *práctico* y al *histórico*.

El *lógico*.—Este examen tendrá como objeto la exactitud de la construcción dialéctica que acabamos de exponer: recaerá sobre la cuestión de si el fundamento en que la teoría subjetiva ha apoyado su edificio, es seguro y sólido; si los diferentes materiales están al abrigo de toda crítica y están reunidos adecuadamente: en suma, se hará la *crítica interna* de la teoría subjetiva desde su propio punto de vista. Dejaremos a un lado la cuestión de saber si para el derecho romano es *dogmáticamente verdadera*, pues pienso juzgarla tan sólo desde el punto de vista de la *corrección lógica formal*. Posible es que resista la prueba en tal respecto, sin que por ello tenga valor alguno dogmático, como lo es también que no la resista aun cuando en definitiva esté en lo justo.

El *práctico*.—Examinaremos la teoría subjetiva desde el punto de vista de su *aplicabilidad práctica*, quedando aquí también a un lado lo referente a su corrección lógica y a su verdad dogmática. La someteremos al Juez, a fin de que la aplique, y para saber si se presta a ello, la someteremos también al legislador, a fin de saber si su adopción se justificará desde el punto de vista legislativo. En efecto, un legislador moderno, que hiciera una ley sobre la posesión, ¿debería adoptar la teoría dominante?

El *histórico*.—Todo lo que en derecho tiene valor, debió de *alcanzarlo* alguna vez. Examinaremos la teoría subjetiva desde

ese punto de vista, estudiando las condiciones bajo las cuales ha podido nacer entre los romanos. A este efecto nos representaremos la historia del desenvolvimiento de la noción de la tenencia, tal cual ha *debido* desarrollarse, desde el punto de vista de la teoría subjetiva, aun cuando ella misma no se haya dado cuenta.

En la indicación de los tres señalados puntos de vista no seguiré el orden con que quedan señalados. Para la exposición siguiente me conviene seguir otro orden, que al efecto de orientar al lector en las investigaciones que vamos a hacer, indicaré.

Comenzaré con la *prueba histórica* de la teoría subjetiva (VII). Su conclusión es la de que es imposible que la distinción entre posesión y tenencia haya podido ser tomada, como debiera haberlo sido en virtud de la teoría subjetiva, de la idea dominante entre los romanos de la dualidad de la voluntad de poseer. Esta conclusión negativa me procurará la ocasión de examinar por mí mismo, y de resolver, la cuestión del origen de la distinción entre posesión y tenencia (VIII).

Pasaré luego a la *prueba práctica*, la cual fundaré en la aplicación de estas dos medidas: la *procesal*, relativa a la *cuestión de la prueba* (IX), y la *político-legislativa*, que se refiere a su *utilidad* legislativa (X).

Lo último será la *prueba interna* de la teoría subjetiva. La haré preceder de la prueba *didáctica* (XI), y de una rápida historia de la doctrina (XII. Ojeada sobre la historia de la literatura). Tiene por sí misma dos objetos. Primeramente la decisión de Pablo, que la ha producido (XIII), no para sentar que esta decisión no puede aspirar a la verdad dogmática, punto que queda para otro capítulo (XV), sino para mostrar cuál era el propósito de la decisión de Pablo. A continuación se tratará de la *construcción dialectica* de la teoría subjetiva, y examinaremos la exactitud y el carácter concluyente de las proposiciones contenidas en los números 2-7 (XIV).

Sólo después de esto probaremos que la teoría subjetiva no está de acuerdo con nuestras fuentes. Esta prueba resultará de

la justificación positiva de mi propia teoría. Si logro mi propósito, habré demostrado al propio tiempo la falsedad de la teoría subjetiva (XV). Esta parte positiva de mi tarea recaerá sobre los siguientes puntos: Justificación por las fuentes de la teoría objetiva (XV). Teleología de las relaciones posesorias derivadas (XVI). Relaciones posesorias problemáticas (XVII). Conclusiones para la teoría y para la práctica (XVIII).

VII

La prueba histórica de la teoría subjetiva

Imaginémosnos las condiciones históricas que la teoría subjetiva presupone en lo referente al origen de la distinción entre posesión y tenencia. Si *dogmáticamente*, tiene *su fundamento* en la diferencia de la voluntad de poseer, esto prueba, desde el punto de vista *histórico*, que encuentra ahí su *origen;* o más concretamente, los romanos han tomado la distinción entre posesión y tenencia de la consideración del dualismo de la voluntad de poseer; han reconocido que esta distinción teórica reclama lógicamente la de la posesión y la tenencia, cediendo así a la fuerza coercitiva de una *noción;* en suma, lo que ha dado origen en Roma prácticamente a la distinción indicada, es la *coacción teórica.*

Los defensores de la teoría subjetiva no se han dado cuenta clara de esta consecuencia de su doctrina. Se han deslizado rápidamente por la historia, así como por el procedimiento (IX) y por el lado político legislativo (X). Si se hubieran detenido en la historia, hubieran advertido las objeciones que se suscitan contra la teoría antes enunciada. El que la verdad de que aquí se trata sea una de aquellas que, una vez reconocidas, provocan una fuerza tal de convicción, que ningún pensador puede sustraerse a ella, es una cuestión muy diferente de la de si los romanos la habían *reconocido* ya en la época antigua. También las verdades deben esperar que llegue su hora: el espíritu humano las reconoce insensiblemente, y si, como la historia nos enseña, los mandamientos más sencillos de la ley moral que hoy admi-

timos como verdades morales, innatas, hubo épocas en que eran tan poco conocidos, como las verdades matemáticas o las leyes del universo, ¡cómo extrañar que haya ocurrido lo mismo con las verdades puramente jurídicas, que sólo pueden invocar en su favor la fuerza coactiva de una noción! Atribuir a los antiguos romanos la percepción de su carácter incontestable, es dotarles en materia jurídica de una madurez de juicio que, por muy natural que pueda parecer a los juristas de nuestros días, no es sino el fruto de una larga educación de pensamiento jurídico. Realmente, si han admitido, unas veces la posesión, y otras la tenencia, no ha sido por motivos *prácticos*, sino en virtud de una noción. Se ha planteado la cuestión siguiente: ¿qué situación posesoria reconoceremos al ladrón, al bandolero? respondiendo: la posesión, porque todos tienen el *animus domini*. Pero entonces, ¿concederemos también la posesión al arrendatario, al colono, al comodatario? Según esto, los antiguos romanos, profundizando especulativamente en la ciencia de la voluntad, se habrían visto llevados a percibir la necesidad teórica incontestable de la posesión y de la tenencia, encontrando así su guía para la construcción práctica de toda la doctrina, salvo los casos de posesión derivada, en los cuales, por un cambio inexplicable, se han separádo de su fin, dejándose llevar, por motivos prácticos sin valor, hasta prescindir de la lógica de la noción de la voluntad.

Dejo al lector en libertad de fijar por sí mismo en qué época quiere colocar, en la Roma antigua, ese producto de la jurisprudencia: en el tiempo de las XII Tablas, antes o después. A menos que la apreciación del dualismo de la voluntad de poseer, y la inteligencia de las consecuencias a él referentes, en razón del aspecto distinto de la relación posesoria, no haya sido innato en todo tiempo al pueblo romano, preciso es que haya habido una época dada, donde *aún no* había esta inteligencia y donde, por tanto, no había distinción alguna entre posesión y tenencia, o bien, por el contrario, *todas* las personas que tenían en su poder una cosa, eran tratadas, *ya* como tenedores, *ya* como poseedores, esto es, donde la protección posesoria se

concedía o se negaba a todos. En la época de las XII Tablas, según lo atestigua su disposición sobre la concesión de las *vindiciae*, la protección posesoria existía ya, esto es, la noción de posesión era ya prácticamente concebida y expresada. Que haya sido antes o después de las XII Tablas cuando se llegó a distinguir la simple tenencia de la posesión, de todos modos es preciso que la cosa se haya verificado algún día, y según la teoría subjetiva; no ya por consideraciones prácticas, sino tan sólo porque se ha advertido la diversidad de la voluntad del poseedor. El pueblo hasta entonces había logrado ver, en su primitiva sencillez, un poseedor aun en el mismo colono. Pero de repente un jurista, que, en virtud de sus investigaciones especulativas sobre la esencia de la voluntad de poseer, había llegado a reconocer que el colono o arrendatario no tenía la verdadera voluntad de poseer, supo ponerlo en claro a los ojos del pueblo: y éste se sometió a la acción del concepto y en adelante el arrendatario y el colono fueron mirados como tenedores.

Para el teórico arriesgado, esta tesis no tiene nada de inadmisible. Si, según afirman Huschke y Lasalle (1), los romanos han logrado por vía especulativa la regla: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, ¿por qué no ha de ser lo mismo en cuanto a la distinción entre posesión y tenencia? Los romanos antiguos han sido precisamente un pueblo tan eminentemente dotado desde el punto de vista especulativo, que Hegel hubiera podido recibir de ellos lecciones—¡esos romanos prosaicos cuya existencia, valor y pensamiento se consumían en las cosas prácticas!

¡Ahí es nada! ¡Apio Claudio o Carruncanio pensando como Huschke y Lasalle! Admitámoslo. Veamos ahora si han tenido buen éxito en el pueblo romano estas deducciones especulativas. Dicen: el mandatario no puede obtener la posesión porque no tiene el *animus possidentis*—la deducción de Pablo, ¡cosa

(1) Me he decidido acerca de esto en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, págs. 19 y sigs.

extraña!—¡El pueblo romano no escucha la voz de la verdad! ¡el mandatario obtiene la posesión! Sólo cambian las cosas en la época imperial después de la concesión de la representación directa para la adquisición de la posesión. El derecho antiguo no conocía la representación, y no establecía excepción alguna en este respecto, para la adquisición de la posesión; era preciso obtener los efectos y atender a ellos de un modo *mediato*. El mandatario adquiría la posesión y la propiedad en su propia persona; siendo preciso un acto especial de tradición para transferir ambas al mandante; esto es, *posesión* con intención de adquirir *para otro*. He ahí en realidad un golpe de muerte contra la idea del influjo determinante de la voluntad de poseer sobre la relación posesoria. La idea de que la intención de poseer para otro sea la base de una *forma especial de relación posesoria*—idea fundamental de toda la teoría subjetiva y cuya falsedad reconoceremos a su tiempo—, no se ha manifestado nunca en el respecto histórico; el derecho antiguo no vacila en reconocer la posesión también en ese caso.

Podría dar aquí por terminada la prueba histórica a que he querido someter la teoría subjetiva. El supuesto de que los antiguos juristas romanos habrían llegado por obra de la especulación acerca de la esencia de la voluntad de poseer, a sentar la distinción entre la posesión y tenencia, y aplicarla a las diferentes relaciones, es tan claramente inaceptable, que nos hace falta insistir; aparte de que la hemos refutado directamente con la argumentación relativa al mandato. Los romanos han debido llegar por otro camino al reconocimiento y a la aplicación de esta distinción entre posesión y tenencia; ahora bien: sólo un motivo práctico ha podido guiarles. Pero aun dado esto, el establecimiento de la distinción resulta siempre una producción tan potente de la facultad de abstracción jurídica, que en mi conocimiento de la antigua jurisprudencia romana, no podría comprenderlo si yo mismo no hubiera descubierto en la relación posesoria de la persona bajo potestad (VIII), el caso en el cual, en todos los tiempos, la noción de tenencia ha sido vista claramente por los romanos, de suerte que les bastaba trans-

portar a otras relaciones jurídicas en que prácticamente pudiera convenir. No creo que quepa poner mejor de manifiesto, el valor eminente que ha tenido para el reconocimiento científico y la aplicación práctica, de la noción de tenencia, ese punto de partida fijo atribuído a los romanos, sin trabajo ni participación intencional de su parte que explicando las dificultades y obstáculos extraordinarios que desde el origen se oponían a su establecimiento o determinación.

El jurista formado en la escuela del derecho romano, está tan familiarizado con la distinción entre la posesión y la tenencia, que la admite y acoge, como tantos otros conceptos, como algo natural y corriente, sin darse cuenta de las grandes dificultades que se oponían a su determinación. Hace, después de todo, lo mismo que todos hacemos respecto a ideas y nociones por nosotros recibidas, completamente formadas por nuestros antepasados. Es mucho ya, cuando nos damos cuenta de que no han existido siempre, sino que han llegado a ser *(geworden sind)* alguna vez; siendo para la misma ciencia, la historia debe *surgir (devenir, Werdens)* de las ideas, de las nociones, de los conceptos, en muchos de los dominios del pensamiento humano, un capítulo que consta de una página apenas comenzada. ¡Y añádase todavía que casi nunca llegamos a representarnos además del proceso y marcha del *devenir (Werdens)*, las dificultades que lo rodean!—cuando el niño vive, la madre olvida pronto los dolores del parto.

No se me tildará de paradójico cuando estimo de un modo superior esas dificultades con respecto a la distinción teórica entre posesión y tenencia, viendo en esto uno de los productos más dignos de estimación de la abstracción jurídica. ¿Qué importancia tiene tal distinción, se dirá, ante los modelos de capacidad jurídica que en tan gran número nos ofrece la jurisprudencia nueva, por ejemplo, la doctrina de la indivisibilidad de las obligaciones y la del derecho de acrecer entre coherederos y colegatarios? Se me ocurre una doble respuesta a este propósito. En primer lugar, esas teorías pertenecen al período de la jurisprudencia plenamente desenvuelta; forman el sutil trabajo

de terminación que la conclusión de la obra de la antigua jurisprudencia exigía. En cambio, el origen de la distinción entre la posesión y la tenencia está colocado indudablemente en una época muy atrasada (VIII). Además, esas producciones son nuevas exclusivamente en el terreno de la *abstracción:* no se hace más que seguir hasta en sus últimas ramificaciones nociones anteriormente adquiridas—*¡inventis facile est addere!*—El sitio del acontecimiento es en nuestro asunto muy otro; es el de la *percepción sensible*, y de lo que se trata en este punto es de romper los lazos de la percepción sensible.

En derecho, como en todo lo demás, el punto de partida histórico de lo suprasensible es la percepción sensible. En otra ocasión, en mi *Espíritu del derecho romano* (T. III, § 43), he demostrado eso para el derecho antiguo de Roma, refiriéndome a la manera cómo dominaba una ruda apreciación sensible y materialista en las nociones e instituciones todas de la época antigua. Sólo la época posterior pudo librarse poco a poco de los lazos de la apreciación groseramente sensible, para elevarse a una apreciación suprasensible, espiritual; y más arriba hemos visto de qué modo tal progreso se ha realizado en el dominio de la posesión. Ahora bien; precisamente ahí es donde se ofrece tal progreso sometido a las mayores dificultades; nunca me cansaré de repetirlo. En efecto, a diferencia de todas las demás instituciones, la posesión está referida y unida a la existencia real; todas las demás nociones pueden eliminar al elemento sensible y lo han hecho en el curso de su desenvolvimiento; en cambio, en la posesión existe como inmanente en su base originaria, en su esencia: forma un elemento teórico de la misma, y en parte alguna la dificultad de separarse de las entrañas de la sensibilidad, para dar a la relación un *carácter independiente de la apariencia exterior*, ha sido más grande que en este caso.

Tal es el punto de vista desde el cual es preciso colocarse para apreciar en todo su valor la importancia del progreso realizado por el pensamiento jurídico, cuando ha llegado a sentar la distinción entre posesión y tenencia—implica la completa destrucción de la *apariencia sensible*. Desde el punto de vista de

la percepción sensible, los arrendatarios, inquilinos, etc., aparecen como poseedores, y aquellos a nombre de quien poseen, como no poseedores. Esta relación natural sensible resulta completamente trastornada por el derecho: las personas que de hecho *poseen*, no poseen; las que de hecho *no* poseen, *poseen*.

Considerada de este modo, la distinción paréceme que es, en derecho, una de las producciones más salientes de la facultad de abstracción jurídica; pero a esta abstracción—y doy aquí mi opinión sobre la historia del desenvolvimiento de la noción de tenencia en el derecho romano—no se ha elevado la jurisprudencia romana por el camino del pensamiento jurídico espontáneo y por su propia iniciativa, sino en virtud de una relación en la cual tenía sin remedio que reconocerla: la *relación posesoria de las personas sometidas a una potestad*. El que aun sin eso hubiera podido un día llegar la jurisprudencia a fijar la noción de tenencia, siguiendo acaso otro camino, al efecto de atender de algún modo a los intereses prácticos, es cosa para mí muy dudosa; de todas suertes, hubiera llegado mucho más tarde.

VIII

Desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia

Un fenómeno que con extraordinaria frecuencia se reproduce en la historia del derecho, es aquel según el cual las ideas que en unas fases más avanzadas de su desenvolvimiento han llegado a ser generales, no se han producido originariamente sino bajo una forma localizada, esto es, con respecto a una relación particular, bien porque su necesidad fuera especialmente urgente, bien porque su concepción y formación fueran relativamente más fáciles. En mi *Espíritu del derecho romano* (T. III, 4.ª edición, pág. 338), donde yo he hecho un estudio especial de ese fenómeno, y que he procurado hacer comprender con el auxilio de ejemplos, he designado esas relaciones como los *puntos de iniciación histórica de lo abstracto*, procurando buscar y reconocer lo que los hace mas especialmente adecuados para el caso. Para la historia del desenvolvimiento del derecho tiene una gran importancia esta localización de lo general, que desde un punto de vista absoluto podría criticarse como un estado de imperfección y de tosquedad del derecho. Las ideas del derecho tienen necesidad de tiempo para crecer y adquirir fuerza, al igual qué los seres vivos, así que esa *imperfección* aparente viene a ser una *perfección* relativa; esto es, lo que hace falta para una fase determinada de su desenvolvimiento. Precisamente la forma discreta bajo la cual aparecen primero en esa fase, y la extensión restringida de su círculo de aplicación, es lo que los permite organizarse por entero, y *vivir* en el espacio limitado en que se han instalado. En la extensión de los tanteos jurídicos es donde las

ideas del derecho se ven sometidas en su prueba, y donde deben, ante todo, acumularse las experiencias necesarias, para transportarlas luego con seguridad a otras relaciones y atribuirlas al fin un valor *completamente* general. Para la jurisprudencia tiene también mucha importancia esta limitación originaria de las ideas, que le ofrece la ocasión propicia de llenar con seguridad la misión que le incumbe, profundizando primero bajo todos sus aspectos las ideas en la forma restringida que el legislador impone, hasta darles luego la forma jurídica conveniente. Bajo esta forma, sin duda restringida, pero claramente trazada y completa, el pensamiento jurídico se habitúa, se familiariza con ellas, y como, en mi concepto, no hay pensamiento tan puramente concreto que no tenga tras sí, bajo lo concreto, y por obscuro que sea su fondo, lo abstracto—pues ya el primer esfuerzo del pensamiento del hombre, el del niño, contiene una generalización, una abstracción inconsciente, una fuerza de pensamiento sin la cual el lenguaje del niño sería absolutamente incomprensible —, realmente la forma restringida del pensar, cuando el *pensamiento* jurídico se ha habituado a ello, lleva por necesidad a amplificar el horizonte más allá aún de las ideas mismas. Entonces es cuando ocurre preguntar: ¿por qué tal limitación? ¿tiene justificación práctica? ¿no pide el pensamiento, por el contrario, una extensión a otras relaciones, o bien una generalización ilimitada? Así, se ve, de qué modo lo concreto abre el camino a lo abstracto; impulsa, en efecto, al pensamiento jurídico, cuando ha llegado el momento, a privar a la idea de su forma limitada originaria—y téngase en cuenta que, para mí, el pensamiento jurídico comprende el conjunto de todas las fuerzas intelectuales que participan en el desenvolvimiento del derecho, tales como la legislación, la teoría y la práctica.

Es necesario, pues, que estemos siempre en condiciones de mostrar el punto de partida histórico limitado de lo general, y de seguir el crecimiento insensible de una idea, a la luz de los testimonios históricos. A la altura a que llega al fin, todas las relaciones a que se aplica, se tocan y entrecruzan, sin que nos revelen la sucesión histórica merced a la cual han llegado a

unirse. Para tal operación deben servirnos de guía las enseñanzas que sacamos de los hechos históricamente averiguados. Si nos dicen que las formas abstracta y compleja son siempre las más recientes, debemos admitirlo aun en los casos en que esta prueba no pueda procurársenos de una manera positiva. La autoridad de la cronología *interna* debe suplir la de la *externa*. Aun cuando nada supiéramos de la relación cronológica de las servidumbres rurales y urbanas, de la posesión de la cosa y de los derechos del usufructo, del depósito o de la prenda regular —sobre cosas *específicamente* determinadas—, o irregular—sobre cosas *genéricamente* determinadas—, sería preciso no tener idea alguna de cómo el derecho se desenvuelve, para no saber que en todos esos casos la primera forma es la más antigua y la segunda la más reciente. En Roma, el agricultor precedió al ciudadano (1): he ahí por qué la servidumbre rústica es anterior a la urbana. La *cosa* forma siempre el punto de partida natural del derecho de las cosas: todas sus relaciones se desenvolvieron primero en ella, incluso la posesión; por lo que la noción de ésta ha debido, en primer término, ser comprendida y formada en la cosa antes de pasar al derecho. Lo mismo ocurre con la distinción de la designación específica o genérica de las cosas en las relaciones obligatorias que tienden a su restitución. El objeto natural y al propio tiempo regular de la relación, es la cosa determinada de una manera concreta, no abstracta.

Hagamos ahora la aplicación de lo que venimos diciendo con relación a la tenencia relativa. ¿Cómo han llegado a ella los romanos? ¿La han concebido desde luego con la misma generalidad que tiene en el derecho nuevo, o es una relación particular determinada la que les ha familiarizado con ella y de la cual se ha podido luego aplicar por ampliación a otras relaciones?

Hay cuestiones que basta plantearlas para resolverlas. Si nuestra jurisprudencia hubiera procedido así, con la cuestión

---

(1) Punto es este estudiado por el mismo Ihering en su genialísima obra *Prehistoria de los indoeuropeos*.—(N. DEL T.)

antes indicada, convencido estoy de que hubiera encontrado hace tiempo la respuesta, porque basta representarse las dos relaciones de que aquí se trata, para que pueda verse inmediatamente. La una es la relación de tenencia, que tiene su base en el poder dominical: tenencia de hijos y de esclavos, para el jefe de familia—relación de tenencia *domestica*—; la otra tiene su base en un *contrato*: tenencia de colonos, arrendatarios, comodatarios, etc., etc.—relación de tenencia contractual—. Y yo pregunto: ¿cuál de las dos relaciones es la más antigua? En Roma ha habido siempre hijos y esclavos, mientras que comodatarios, arrendatarios, colonos etc., no los ha habido sino más tarde. Las dos especies de relación de tenencia relativa, la tenencia por procuración y la interesada, se daban necesariamente para la niñez y para los esclavos; *aquélla*, cuando el jefe de familia estaba *ausente*, en cuanto entonces aquéllos ejercían la posesión para él; *esta*, aunque el jefe estuviere *presente*, con relación a todas las cosas que les hubiere concedido para su *uso* personal. Estas cosas las tenían *para sí*, no *para él*.

Bien se ve la distancia entre esa relación de tenencia dada por la casa romana misma, y la del arrendatario, la del colono, etcétera. Eran, en verdad, muy raras las ocasiones que la vida romana les ofrecía en la época más antigua—y cuenta que no debe olvidarse que sólo me refiero a esta época—. El antiguo romano cultivaba por sí sus fundos, y si eran pocas sus fuerzas, lo ayudaban su mujer, sus hijos, sus esclavos. La idea de cruzarse de brazos y esperar que los fundos fuesen cultivados por un colono, cobrando el dueño, como capitalista, la renta, no existe en la época primitiva. El alquiler de una casa o de una parte de la misma, no tiene razón de ser en esa época. Esas relaciones no surgen sino en una fase avanzada de la civilización, esto es, en la vida urbana: el pobre que no tiene siquiera una cabaña para cobijarse, no la alquila—nadie querría alquilársela—, sino que se coloca como doméstico, a menos que viva de la caridad. Dejo al lector decidir por sí, si las relaciones de tenencia sobre cosas muebles, comodato, depósito, mandato de

transportar o guardar una cosa—pues es preciso exceptuar el mandato encaminado a la *adquisición de la posesión*—, tienen derecho preferente de prioridad sobre las relaciones de tenencia doméstica.

Nuestra conclusión es que, por muy allá que pueda llevarse la relación de tenencia contractual en el pasado, la tenencia doméstica es anterior con mucho. *La casa romana es el punto de partida histórico de la noción de tenencia, el lugar originario, la patria de la relación de tenencia relativa.*

Esta relación existía sin duda ya bajo esta forma en los tiempos primitivos, pues de no ser así, no hubiera podido designar como suyos ni a su mujer, ni a sus hijos, ni a sus esclavos; en cambio, el caso de tenencia contractual no es fácil determinarlo en esta época. Ahora bien: bajo esta forma—y abordo así la cuestión relativa a saber en cuál de las dos relaciones, doméstica y contractual, *pudieron concebir primeramente* los romanos el carácter jurídico de la relación de tenencia—la *naturaleza jurídica* de la tenencia saltaba a la vista, no sólo del jurista, sino también del hombre vulgar. Todo romano sabía que los hijos y los esclavos no podían intentar una acción contra terceros ni contra el cabeza de familia; lo que en materia de posesión significaba que, en el sentido del derecho, no podían *poseer*, esto es, que sólo podían *tener*. Los dos lados de la relación de tenencia relativa: el *negativo*, que el tenedor *no* posee para sí, y el *positivo*, que el dueño o señor de la posesión *posee* para sí, manifiéstanse aquí con gran claridad a la vista de todos; la percepción del verdadero estado de las cosas era obra, pues, no del pensamiento jurídico, sino de la misma concepción popular primitiva: en tal respecto, antes que ser difícil su reconocimiento, sería necesario no pequeño esfuerzo para desconocerlo.

Que se comparen ahora las dificultades que, según hemos visto, implica la abstracción de la noción de tenencia. Las recuerdo aquí con el objeto de referirlas a la cuestión siguiente: ¿en virtud de cuál relación pudo el pensamiento de los romanos llegar a la noción de la posesión, por la doméstica o por la con-

tractual? En ésta, la tenencia lleva el sello imborrable del pensamiento del jurista del hacer intencional de éste; no caía ni cae aún hoy dentro de la concepción espontánea popular: en aquélla, la tenencia no pide intención y reflexión para penetrar en el orden natural de la vida, sino que era inherente a la casa romana, y así, no sólo *podía*, sino que *debía* imponerse a la inteligencia del hombre del pueblo, vulgar; con lo cual estimo que implica una ventaja no despreciable en favor de mi teoría eso de haber logrado una *base popular* para la noción, por lo demás tan enigmática, de la tenencia. La noción de la tenencia pertenece a las *nociones de la intuición jurídica nacional romana.*

Resumiré los resultados de la investigación precedente en la siguiente proposición:

> La casa romana es el *origen*, la *patria de la relación de tenencia*, no sólo en cuanto a *su aparición de hecho*, sino en cuanto a su *reconocimiento jurídico:* realmente en la casa es donde por primera vez se ha revelado a la conciencia de los romanos la noción de la tenencia.

Me he preguntado, además, si no han persistido algunos rasgos de este estado originario. En este punto, tengo siempre por costumbre dirigirme ante todo al lenguaje, que es el conservador fiel de la manera de ver propia de las épocas prehistóricas. Veamos si nos da alguna luz.

No hay en él una expresión exclusiva para la relación posesoria de las personas bajo la potestad del jefe de familia. La tiene para su relación de propiedad: tal es la palabra *peculium.* Por ella nos designa la imitación de la propiedad con relación a las personas bajo potestad. Según la intención del jefe de familia, las personas que le están sometidas deben, con relación a las cosas que les concede su peculio, tomar de hecho la posición del propietario; deben poder disponer de ellas aun sin su consentimiento, sacando el derecho de esa voluntad del jefe de familia, la consecuencia, tanto para el *derecho de las cosas,* pues

concede a sus enajenaciones el mismo efecto jurídico que si hubieran sido hechas por un propietario, como para el *derecho de las obligaciones*, puesto que reconoce a sus acreedores un derecho a ser pagados con cargo al peculio; en suma, el peculio llena en los límites fijados por el derecho, la función de la propiedad (1).

Para la relación posesoria de las personas sometidas al jefe de familia, los romanos han conservado la palabra *possesio;* el *naturalis*, con que la distinguen de la posesión jurídica, no le es particular, pues se emplea para toda relación de tenencia en general. Pero si es cierto que la tenencia ha sido concebida *doctrinalmente*, en primer término, para la relación posesoria de las personas bajo la potestad doméstica, es preciso admitir lo mismo con respecto a la designación del *lenguaje*. La palabra es el heraldo del pensamiento: anuncia que éste está allí.

He ahí por qué es necesario referir la primera aparición de una palabra que más tarde ha obtenido una significación más amplia, adonde el pensamiento se ha apoderado por primera vez de la idea que expresa, donde la idea ha surgido, encontrándome por tal manera en la casa romana la designación de la relación de tenencia con el nombre de *Naturalis possessio*, que por tanto ha sido la designación originaria de la relación posesoria en el interior de la casa romana; designación que no se transporta hasta más tarde a la relación de tenencia contractual, al propio tiempo que la noción de tenencia.

El término *naturalis* encuéntrase también como técnico en otra combinación, en la de *obligatio naturalis*. Debe, en mi concepto, decirse de la *obligatio naturalis* lo mismo, con respecto a las tres direcciones antes indicadas: la prioridad de su aparición *de hecho*—su reconocimiento doctrinal—y su designación con el *lenguaje*. Imagínese de un lado los casos extremadamente raros e insignificantes de la *obligatio naturalis*, una parte de los cuales, a mi ver, no han sido señalados por los juristas sino tan sólo con el objeto de agotar todo lo que pueda decirse de esta mate-

(1) *Quasi patrimonium* (L. 47, § 6), *de pec.* (15, 1). *Veluti proprium patrimonium* (L. 19, § 1, L. 32 pr., L. 39 íd.).

ria, y de otro su aparición incesante, diaria, absolutamente inevitable en la casa romana y no se vacilará en admitir que allí tuvo que ser donde se pudo formar por primera vez una idea de ellos y darles sus nombres. Así como la *possessio naturalis* contiene el reflejo del *derecho de las cosas*, así la *obligatio naturalis* contiene el del *derecho de las obligaciones* dentro de la casa romana. Si no podemos concebir la casa romana sin la *tenencia* de las personas bajo el poder doméstico, tampoco podemos concebirla sin actos jurídicos de dichas personas. Entre los miembros de la casa romana sometidos al jefe de la familia, tanto entre sí, como respecto de ésta, estableciase una corriente de obligaciones, en que todos tenían que conceptuarse comprendidos. El esclavo que hubiese hecho un préstamo a su compañero de esclavitud, el hijo de familia que hubiese hecho un préstamo a su hermano, estaban seguros de su restitución. Si no se verificaba, se dirigían al jefe de familia—que dentro de la casa romana tenía la posición de un juez—*(domesticus judex)*—. Por las dos partes se había atendido en esos casos a un *acto jurídico*, cuyas condiciones legales existían subjetiva y objetivamente como en los demás casos. Pero como la circunstancia de negar el derecho a este acto, la consecuencia civil, la acción, imposibilitaba la admisión de una *obligatio* en el sentido del derecho—*obligatio civilis*—, quedaba sólo la *obligatio naturalis*, el *naturale debitum*, según la equidad natural—*naturalis equitas*—o de la vida doméstica. En la *possessio naturalis* de las personas bajo potestad, la *noción de la posesión*, y en la *obligatio naturalis*, la *noción de obligación* se estrellan contra el obstáculo que implica la constitución de la casa romana: nuestra *n* es quien quita aquí a las condiciones de la obligación, como más arriba a las de la posesión, la eficacia que de otro modo hubieran tenido. En ambos casos no se requería el ojo del jurista para ver el verdadero estado de las cosas, claro resultaba a la vista de todos, pudiendo, por nuestra parte, decir de la noción de la *obligatio naturalis*, lo mismo que más arriba se dijo de la *possessio naturalis;* habiendo surgido *de hecho* en la casa romana, e imponiéndose irresistiblemente a la *conciencia común*, no

era un producto del arte de los juristas, sino una noción completamente popular y una de las nociones jurídicas originarias del pueblo romano—¡hubiera sido necesario un esfuerzo para no percibirla!

En ambas relaciones la casa romana fué la que ha hecho a los romanos ver claro la *distinción del hecho* y *del derecho*, o sea entre la *eficacia* y la *ineficacia* jurídica de un mismo conjunto de condiciones positivas, y toco aquí con un fenómeno histórico jurídico de primer orden, que hasta ahora no se ha advertido: tal es la importancia eminente de la casa para el despertar temprano y el desenvolvimiento primero del pensamiento jurídico nacional. Al negar á los estados jurídicos aparentes su eficacia ordinaria, la constitución de la casa romana daba un impulso imperioso al pensamiento jurídico: era como acicate de la conciencia jurídica y no creo exagerar al decir que el temprano aparecer de la facultad de análisis jurídico de los romanos debe atribuirse a la casa romana. Ponía, en verdad, al romano en una altura desde la cual debía ver el mundo del derecho con mirada de jurista; porque la casa era como *atalaya del derecho*. Nociones que hoy sólo el jurista comprende, resultaban entonces accesibles a la conciencia común. En la expresión puramente gramatical de la distinción entre *civilis* y *naturalis*, para las dos relaciones indicadas, el pensamiento común se había apoderado de una distinción doctrinal de la mayor importancia para la manera de ver el derecho; tal es la distinción de lo *jurídico (Rechtlichen)*—esto es, el *derecho*—y el *hecho (Factischen)*; trátase, en efecto, de una distinción colocada a modo de presente jurídico en la cuna del derecho y acomodable desde los primeros momentos al pensamiento jurídico. Bajo la fórmula poco aparente, *civilis* y *naturalis*, ocúltase una de las obras más preciosas del pueblo romano La jurisprudencia romana la ha encontrado ya totalmente hecha en su camino, pues en la antigua Roma el pensamiento jurídico no ha esperado a los juristas: el pueblo iba delante de ellos. Todo el mérito corresponde a la *casa romana*.

No tengo por qué explicar aquí la aplicación por el derecho

posterior de la distinción entre *civilis* y *naturalis*, toda vez que mi fin se limitaba a remontarla hasta la casa romana (1).

Vuelvo a la posesión. Creo estar autorizado para considerar como sentado que el término *possessio naturalis* dado a la relación de tenencia, tiene su origen histórico en la casa romana. Allí es donde la relación se ha revelado primeramente a la conciencia, siendo allí también dónde, por consiguiente, ha debido sentirse por primera vez la necesidad de distinguirla lingüísticamente de la posesión.

Una segunda modalidad del lenguaje, en la cual creo poder descubrir también un reflejo del antiguo estado de cosas, es la de *in possessione esse*. *Esse* indica la *estancia (Aufenhalt)* sobre una cosa, y no se puede estar sino en cosa *inmueble*. Esta expresión lingüística de la mera estancia en la cosa, era tan exacta para los hijos y los esclavos, que moraban con el jefe de familia en la *misma* casa, o estaban en el *mismo* fundo, y ponía tan de relieve, de una manera tan ostensible, la apariencia exterior de su posición, que do quiera ha constituído el punto de partida de todas las formas lingüísticas. Al propio tiempo dicha expresión resultaba inapropiada para el arrendatario o el colono cuya intención no se limitaba a una simple *estancia* en la cosa. Así, pues, la expresión ha podido formarse en la primera relación y no en la segunda, de donde infiero y afirmo que no ha sido transportada a esta última sino posteriormente. No sé yo si mi sentido del lenguaje me engañará; pero veo además en esta expresión una indicación de la estancia del tenedor *junto* al poseedor, de la estancia *común*, en la misma cosa: esto es, de

(1) El último empleo histórico de la distinción de *civilis* y *naturalis* con respecto a las relaciones domésticas, es la aplicación hecha por Justiniano a la propiedad de la mujer sobre las cosas dotales, en la L. 30, Cod. *de jure dot.* (5, 12). *cum* NATURALITER *permanserunt in ejus dominio*: limítase con esto a presentar la idea popular del lado de hecho de la relación, según lo habían hecho ya antes de él los juristas romanos, por ejemplo, Pablo, en la L. 11 de lib. 28, 2. Véase a este propósito mi *Espíritu del derecho romano*, tomo 2.°, páginas 208 y siguientes. Sabido es cuán amplio empleo se hace de tal distinción en las relaciones de la familia—matrimonio, concubinato, adopción, emancipación, agnados y cognados.

la *coposesión* (*Mitbesitz*). *In possessione est,* implica tácitamente otro como *possessor*, en cuya *possessio* se encuentra el tenedor; ahora bien: en la significación originaria, es decir, puramente *sensible* de la expresión, no puede tratarse de otro; sino de aquel que se reconoce por los sentidos como poseedor, esto es, aquel que está *presente* por sí mismo ante la cosa. El dueño que ha cedido a otro la ocupación material del fundo, no se *ve* en el mismo; su posesión no descansa en las reglas del derecho: *possessio civilis* en ese sentido; en cambio se *ve* al jefe de familia. *In possessione esse* significará, según esto, la relación de posesión *común, sensiblemente* recognoscible, entre el poseedor y el tenedor.

Esta idea tiene un apoyo en la significación técnica de las palabras *in possessione mittere, ire*, del Edicto pretorio. En los casos en que la *immissio* no tiene en cuenta más que la *custodia rerum et observantia* (L. 1 *quib. ex c.* 42-4) el *immissus* no obtiene la posesión, sino tan sólo la tenencia (L. 12 *ib.* L. 3, § 23, *h. t.*): tiene *junto* al poseedor (L. 5 *pr. ut in poss.* 36, 4: SIMUL *cum eo possidere jubetur*), y sólo si ese medio de posesión se revela como eficaz, es cuando *dominus deficiendus erit possessione* (L. 15, § 23, *Damni inf.*, 39, 2).

Al igual que la expresión *naturalis possessio*, la *in possessio esse* ha sido transportada más tarde de la tenencia doméstica a la contractual. Espero demostrar luego por qué medio. La diferencia del punto de vista desde la cual esas dos expresiones comprenden la tenencia, salta a la vista. La primera nos la designa por el lado *negativo* y *absoluto*: el tenedor no es poseedor; el segundo, por el lado *positivo* y *relativo* con relación al dueño: el tenedor ejerce la posesión de este último; la primera expresión tiene, pues, también aplicación a la relación de tenencia absoluta: la segunda, no.

He ahí todo lo que el lenguaje puede revelarnos acerca del aspecto originario de la relación de tenencia (1). A los dos pun-

(1) Tan sólo para rechazar una idea, que a otro pudiera ocurrírsele, como ahora se me ha ocurrido a mí; haré notar que el término *extraneus*, de que se sirve la L. *ult. h. t.* para la relación posesoria: *adversus* EXTRANEUM *vitiosa possessio prodesse solet*, no da punto de apoyo a la idea

tos de apoyo, si no por entero evidentes, a lo menos dignos de nota, que nos proporciona, hay que añadir un testimonio de un jurista romano, cuya alta importancia para nuestro asunto aun no ha sido advertida por nadie: es el texto de Gayo, IV, 153:

> *Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit,* LICET IS NOSTRO JURI NON SUBJECTUS SIT, *qualis est colonus et inquilinus.*

Gayo distingue entre la posesión propia o *inmediata*, y la *mediata* por otra persona, y toma por base en cuanto a esta última la distinción entre la tenencia *doméstica* y la tenencia *contractual*. Los términos de que se sirve para esta última, nos muestran de un modo claro, la idea que tenía de una y otra. Al decir del colono y del inquilino que tienen para nosotros: LICET *in nostro juri subjectus non sit*, claramente dice que, en rigor, el NOSTRO NOMINE *possidere* presupone el NOSTRO JURI *sujectum esse*. Que pueda existir sin esta última condición, he ahí para él una particularidad sobre la cual juzga necesario llamar la atención de una manera especial. La idea misma, por mí desenvuelta antes, es la que aquí se manifiesta en Gayo: la casa romana es el asiento originario de la relación de tenencia; la forma normal de la tenencia es la de los hijos y la de los esclavos; fué ya más tarde cuando se extendió de éstos a los colonos y a los inquilinos.

¿Y es quizá ésta una idea particular de Gayo? Bastaríame esto ya, porque esta concordancia de opinión con un jurista ro-

---

desenvuel a arriba. Otra modalidad de lenguaje de que se sirven los romanos para designar la relación de tenencia relativa, es: *nostro* NOMINE *possidere*. Podría pretenderse que hay ahí, también una indicación de la relación doméstica. Cuando se preguntaba a los esclavos o a los hijos a quién pertenecía lo que tenían en sus manos, daban el nombre del padre: ese nombre cubría la casa toda, y por tanto, posesión: *possident* NOMINE *patris*. Mas este argumento no tiene fuerza alguna probatoria, como se demostrará más adelante.

mano, me pondría a salvo de la censura de introducir en el derecho romano una idea que éste no conocía. Gayo ha experimentado exactamente la misma impresión que yo. La relación de tenencia doméstica es la forma originaria de la relación de tenencia, mientras la contractual sólo contiene una imitación.

En realidad Gayo se ha limitado aquí a dar la concepción romana antigua de la tenencia. Esta concepción consistía en que la posesión mediata del dueño, su poder sobre la *cosa*, resultaba de su poder sobre la *persona*—tiene la cosa en su poder *porque* y *en tanto que* la persona está en su poder . Esta concepción resulta clara por una indicación que Gayo nos ha conservado sobre otro asunto. Al tratar de la adquisición para el jefe de la familia por las personas que se encuentran *in manu mancipiove* (II, 90), distingue la posesión de la propiedad. Esta última, dice, se puede también adquirir por terceras personas:

> *au autem possessio adquiratur, quaeri solet* QUIA IPSAS NON POSSIDEMUS.

De donde sacamos una doble conclusión.

En primer término, que en la época de Gayo se admitía aún la posesión sobre los hijos de familia, así como sobre los esclavos. Opinión que fué abandonada por el derecho nuevo (1), y de la cual, que yo sepa, no se encuentra ya rastro en la compilación de Justiniano. Si se tiene presente que, según el derecho antiguo, los hijos de familia podían ser reivindicados (2), y que en el procedimiento de reivindicación había siempre margen para la concesión de las *vindiciae*, es decir, para la adjudicación de la *posesión* interina, la admisión de la posesión sobre los hijos

(1) Pablo, en la L. 1, § 8, *h. t.*

(2) L. 1, § 2 de R. V. (6, 1). Ulpiano refiere aquí que Pomponio tenía también por aplicable la antigua *reivindicatio* de donde se seguía que también ha admitido la posesión sobre los hijos de familia, si bien en la práctica había sido reemplazada por los medios jurídicos indicados por Ulpiano: *petuntur (liberae personae) aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria.*

de familia, en el derecho antiguo, no puede causar sorpresa alguna, explicándose así al propio tiempo que el desuso de la *reivindicatio* de los hijos haya producido también la desaparición de la posesión sobre los hijos, que era su consecuencia.

La *segunda* conclusión que sacamos del texto de Gayo, es que la antigua jurisprudencia no conceptuaba el simple poder *jurídico* sobre la persona, como suficiente para la adquisición de la *posesión*. Este poder bastaba para la adquisición de los *derechos*, por lo que las personas *in manu mancipiove* podían adquirir *derechos* para el jefe de familia, mientras las personas libres no (1). Para la *adquisición de la posesión* era preciso la posesión sobre la persona; sólo los esclavos y los hijos de familia, que *poseemos*, pueden adquirir la posesión para nosotros. ¿De dónde se origina esta extravagancia? Trátase, en verdad, del punto de vista de la *simetría jurídica*, que tantas veces hemos encontrado en la antigua jurisprudencia, según he demostrado con una porción de ejemplos (V. *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, edición 4.ª, págs. 625 y sigs.); punto de vista fundado en la regla: el derecho engendra derecho; la posesión, posesión. Un jurista de la época antigua hubiera visto una *inelegantia juris*, una infracción de las leyes del arte jurídico, en lo de que el poder meramente jurídico sobre la persona fuese el medio del poder real, físico, tal cual lo exige la posesión, mientras que la adquisición de la posesión por una persona que lo poseía no sería más que una consecuencia necesaria de la relación; poseyendo la persona misma que posee, poseo también lo que posea. Esta persona podría ser considerada como el instrumento, como una especie de mano alargada, mediante la cual yo mismo he podido lograr la posesión. Aplicando este punto de vista es como la jurisprudencia le negaba al señor la posesión adquirida por un esclavo que dejase de estar en su posesión (2).

Sólo con relación a la continuación de la posesión, una vez

---

(1) Gayo, II, 86, 95.

(2) L. 21, pr. de A. D. D. (47, 1)... *quia servum non possideam.* L. 54, § 4, ib., y L. 1 § 6, *h. t.*

establecida, fué como prevalecieron desde los tiempos antiguos otros principios. Por medio de una persona libre se podía, *no adquirir*, sino *mantener* la posesión, reproduciéndose también distinción tan fecunda en consecuencias con respecto a los derechos (1). Sin ella, el propietario desde el momento en que dejara irse de su mano la cosa, hubiera, sin más, perdido su posesión; en cambio, con ella conservaba la posesión, si la entrega sólo se refería a la tenencia. Ahora bien; esta noción de la tenencia debíanla los romanos a la casa romana, en donde floreciera siempre. Precisamente para probarlo me he detenido en la exposición precedente, y creo haber logrado mi propósito.

Al propio tiempo he probado que la noción de tenencia ha sido *transportada* de las relaciones domésticas a las contractuales.

La tenencia sale de la casa romana y se pone en camino.—Sigámosla, pues.

La tradición histórica nada dice en cuanto a la marcha seguida por la noción de la tenencia en las diversas relaciones contractuales, no debiendo esto sorprender, porque ese movimiento progresivo debió de haberse realizado muy al principio. Procuraremos suplir, mediante combinaciones históricas, los atestados positivos que las fuentes no nos ofrecen.

Conformándome con una idea puesta ya a prueba en todos los casos análogos, restablezco el lazo de unión entre el *punto de partida* y el *punto de llegada* de su desenvolvimiento histórico, buscando los *encadenamientos intermedios*. Del derecho ro-

---

(1) Véase, como ejemplo, la L. 24, § 2 *de usurp.* (22, 1), donde Pablo trata de la interpelación hecha por el representante y rechaza la objeción fundada en la inadmisibilidad de la representación, diciendo: *nec hoc casu per liberam personam* ACQUIRI, *videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprendit, negotium meum agens, manifesti actionem mihi parat*, y L. 3 pr. *quod vi* (43,24), donde Ulpiano razona igualmente respecto a la interdicción de un *opus novum* hecha por un representante: *nec quem moneat, quod per liberam personam actio* ACQUIRI NON SOLET, *nam prohibitio haec* DEMONSTRAT VI *te facere.*

mano en su buena época cabe decir lo mismo que de la naturaleza; no conoce los saltos; realiza las transiciones paso a paso hasta llegar al fin; elévase de lo que es originariamente limitado hasta la generalidad completamente ilimitada.

Siguiendo este método, procuraré indicar las relaciones de tenencia contractual que mayor afinidad tenían con la tenencia doméstica, y a las cuales, por tanto, se podría transportar con mayor facilidad y naturalidad la de la noción de tenencia. Para encontrarlas, es necesario conocer los rasgos característicos de la tenencia doméstica y examinar a cuáles relaciones de tenencia se aplican fuera de la casa.

Dos son los rasgos. El *uno* es la *relación de dependencia* personal de los hijos—en adelante me serviré de este término, por abreviar para designar las personas todas sometidas a potestad—del jefe de familia. El *otro* es la *comunidad* de su posesión o sea la *coposesión*, como yo creo poder llamarla sin temor a una mala interpretación. Veamos si podemos encontrar puntos de comparación en la relación de tenencia contractual. Comencemos por el segundo.

La *coposesión* (*Mitbesitz*) del tenedor. Cabe concebirla para los *inmuebles*; para los muebles, no. Aplícase a los inmuebles bajo la forma del arriendo de una parcela de tierra y del alquiler de un cuarto o de una habitación. Si la existencia de esas dos relaciones puede demostrarse en la antigua Roma, nos dará el eslabón deseado que una la tenencia contractual con la doméstica. ¿Existieron? Una de ellas: la coposesión en la casa, existía, de tal modo, que en la formación de la palabra *inquilinus*, que sirve para designar al inquilino, el lenguaje señala esta forma de la relación de alquiler como la más *exclusiva*. Festo explica esta palabra del modo siguiente (1): *qui eudem colit focum vel* EJUSDEM *loci cultor*. El *inquilinus* es, pues, el que mora con el jefe de la familia en la *misma* casa. Su situación contrasta con la de los hijos en la casa paterna, y no sólo en cuanto a la coposesión, sino

(1) Véase Vanicek, *Griech.-lat. etimologisches Wörterbuch*, I. pág. 124: *col, colere, col onus, in-quil-inus*.

también en cuanto a la dependencia personal: el señor de la casa puede poner siempre al inquilino a la puerta, usando para ello de su derecho de señor.

¿Y la relación de arrendamiento? El lenguaje no nos presta aquí auxilio: la palabra *colonus* tiene un sentido completamente general, siéndome imposible probar históricamente la existencia del arrendamiento parcial en la época antigua. En cuanto a la posterior, por el contrario, puedo demostrar, no que existiese de hecho, cosa clara, sino que a diferencia de nuestra época actual, constituía la *regla*. Hablando de él, Columela (II, 7) trata del arriendo parcial como de la forma normal: habla siempre de los *coloni* en plural y nunca del *colonus* en singular, y eso, por de contado, refiriéndose, no al arrendador, que tiene *varios* fundos que arrendar, sino al que posea *un solo* fundo. De donde se sigue que no le arrienda por entero, sino por parcelas. La manera como Columela describe la situación de esos arrendatarios según debe ser para tener su forma propia, es muy significativa: *patris familia, felicissimum* FUNDUM—singular—, *esse, qui* COLONOS—plural—, *indigenas haberet et tanquam in* PATERNA POSSESSIONE *natos jam inde in cunabulis* LONGA FAMILIARITATE *retineret*. Resultan aquí los colonos contados en la familia, tomada en el sentido más lato; trátase de una relación que de una parte y de otra se hereda de padre a hijo, por lo que era extraordinariamente vecina de la relación doméstica.

Ahora, ¿podremos remontar el arrendamiento parcelario a la época antigua? En mi concepto, si se ha conocido entonces el arrendamiento, sólo podía ser en la forma indicada. El verdadero aldeano no arrienda toda su hacienda; no está habituado a ponerse por entero a renta, cruzándose de brazos como un capitalista; eso lo deja para el hacendado de la ciudad, que no puede cultivar por sí sus tierras, o el rico poseedor de bienes que quiere descansar o que posee inmuebles con exceso para poder cultivarlos por sí mismo. Cuando el aldeano arrienda, lo hace sólo de parte de su hacienda, que está en condiciones especiales esto es, que no puede cultivar fácilmente o que no puede utilizar con tanto lucro como los demás. Así en la antigua Roma el

aldeano arrienda una parte de su fundo, como un prado, una viña, los olivares, de que podía prescindir: casi nunca lo hacía de todo el fundo.

Admitiendo la coposesión en los colonos y los inquilinos, en la época antigua, se explica cómo la modalidad de la frase *in possessione esse*, tomada de esas relaciones, puede transportarse de la familia a esas personas. Después de haberse acostumbrado, respecto de ellas, a designar de ese modo su relación posesoria, la expresión se extendió luego a todos los arrendatarios e inquilinos, para quienes no cuadraba su significación puramente originaria sensible de coposesión; en cambio, tomó de ésta la significación ideal, atendiendo exclusivamente a la característica jurídica de la relación.

La relación de dependencia personal del tenedor.—La posesión jurídica del colono y del inquilino, en la antigua Roma, es tan fundamentalmente distinta, en el respecto jurídico, de su posición actual, que apenas si pueden compararse. Hoy esas personas gozan de la completa protección del derecho, no sólo de la protección personal por las acciones contractuales, sino también de la protección posesoria (*summarissimum, actio spolii*), y bajo el imperio de las legislaciones donde no rija la máxima de derecho común: «venta mata arriendo», se la concede una seguridad en su posición jurídica que en nada cede a la del propietario: ambos tienen según el lenguaje romano, un *jus in re*. El arrendatario actual tiene la misma seguridad que el enfiteuta romano; el inquilino actual tiene la del superficiario romano; si cumplen con su deber, si pagan su renta o alquiler, si no destruyen la cosa, el dueño nada puede sobre ellos.

En la antigua Roma ocurría precisamente lo contrario: no había una acción de contrato: la *actio conducti* corresponde al sistema del *jus gentium*: es de origen más reciente. Los colonos o inquilinos no tenían, como simples tenedores, ningún derecho a la protección posesoria: el propietario podía lanzarlos por sí, y si se resistían, tenía el *interdictum uti possidetis* o *unde vi*. Podía llegar hasta prohibir al colono la recolección de los frutos, y si éste no respetaba la orden, no sólo no obtenía la propie-

dad de los mismos (1), sino que cometía un *furtum*. No hay, pues, derecho alguno ni para el colono ni para el inquilino.

La semejanza de esta relación de tenencia de los colonos y de los inquilinos, con la doméstica, es clara. Como ésta, era una relación de puro *hecho*, una relación *ad bene placitum*, dejada por entero a la voluntad y al capricho del dueño: éste no miraba sus colonos o inquilinos de modo diferente que a sus hijos y a sus esclavos. Lo significativo para esta concepción, es el hecho de que, al modo como el padre de familia vigilaba a sus hijos, el dueño vigilaba a sus colonos cual jornaleros de él dependientes; obligábalos a trabajar cuando eran perezosos o dejaban de hacer en tiempo oportuno los trabajos necesarios (2).

Preguntaráse con extrañeza cómo una relación tal, que condenaba a esas personas a un estado de total falta de derecho ha podido mantenerse en Roma durante siglos. A lo cual respondo preguntando a mi vez, si es menos sorprendente que durante siglos haya dejado el derecho sin protección jurídica a los hijos. No es el derecho el único poder de quien la vida tiene que esperar la reglamentación adecuada de las relaciones humanas; a su lado están las *costumbres*, que, según el testimonio de la historia, han puesto bien de manifiesto el poder de hacer sus veces, cuando el derecho no ha alcanzado aún su pleno desenvolvimiento (3). Y allí donde ambos faltan, queda todavía otro motivo para realizar lo que hoy acostumbramos a esperar tan sólo del derecho: la consideración del interés personal, quiero decir, no sólo del interés material, sino del ideal también; el temor de la opinión pública, el miedo a comprometer una buena reputación, una posición social. El dueño que en Roma abusaba sin medida del poder que el derecho le reconocía, para lanzar a su colono sin motivo, comprometía su reputación, y debía sufrir análoga experiencia a la de nuestras amas de casa que maltratan a sus criados, que suelen no encontrar quien las sir-

(1) L. 6, *de donat.* (39, 5).

(2) Columela, loc. cit.; *avarius* OPUS EXIGAT *quam pensiones*.

(3) Puede verse la prueba, con respecto a la organización de las relaciones de familia en Roma, en mi *Esp. del D. R.*, II, § 32.

va. El mismo dueño tenía el mayor interés en conservar un colono probado, era preciso que estuviera loco para lanzarlo. Por el testimonio citado de Columela, sabemos que las familias de los colonos persistían durante varias generaciones en el mismo fundo.

Resulta, pues, que, de hecho, únicamente el colono *malo* era el lanzado de sus tierras en Roma, no teniendo el poder en virtud del cual podía ser lanzado sin razón, más que un valor inapreciable. De este modo no había dificultad alguna: el dueño se defendía a sí propio: lanzaba al colono malo para poner en su lugar uno bueno. Precisamente, para garantir esta posibilidad al propietario, se le concedía la posesión, concediendo al tenedor solo la tenencia. Pero del propio modo que el *jus necis ac vitae* del padre, no se dirigía más que contra el *mal* hijo, que se hubiere hecho digno de la muerte, y de hecho a *él solo* se aplicaba, así el derecho de lanzar al colono sólo se aplicaba al *málo*. Para no limitar el ejercicio de esos derechos a los dos casos contra el *malo*, por la prueba previa de la maldad, estaban concebidos de una manera bastante general, a fin de poder en derecho aplicarse aun contra el *bueno*. El derecho sabía que el uso, el interés personal y otros motivos corregirían los abusos; y bien puede afirmarse de que así era en realidad, teniendo en cuenta la circunstancia de que los romanos, tan prácticos, han dejado subsistir semejante estado de cosas durante siglos. La organización satisfactoria, de hecho, de la relación de arrendamiento en la antigua Roma, no obstante la falta completa de protección jurídica, no es, en verdad, más sorprendente que el contraste que ofrecen nuestras relaciones actuales, con respecto al cumplimiento de actos jurídicos, en los cuales la fórmula literal prescrita, no se observa de ordinario a causa de su complicación (1).

Paréceme haber probado, en lo que precede, que la relación

(1) Véase mi citada obra, *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, edic 4.ª, pág. 489, n. 662. Más adelante volveré a tratar la transformación sufrida por la protección jurídica de los colonos e inquilinos, en el derecho romano posterior y en el derecho actual.

de los colonos y de los inquilinos, tal cual se presentaba en la antigua Roma, tocaba muy de cerca a la de los miembros de la familia, y si el derecho romano ha conservado aquí su manera habitual de avanzar paso a paso, a esa relación debe de haber sido a la que en un principio hubo de transportar la noción de tenencia. Ahora bien: esto quiere decir que en la relación contractual, la tenencia ha aparecido primeramente en las cosas *inmuebles*. En el sistema de protección de los derechos en Roma, y por razones prácticas fáciles de comprender, la cosa inmueble tiene una preponderancia decidida respecto de la mueble: para aquélla, la duración de la protección jurídica implica dos veces el tiempo de la de las muebles, sin distinguir entre la propiedad y la posesión; las cosas inmuebles prescriben a los dos años, las muebles al año; el *interdictum uti possidetis* prescribe al año, el *utrubi* al año. La misma noción de la propiedad del derecho más antiguo—*dominium ex jure Quiritium*—, estaba, en mi concepto, originariamente (1) en la más estrecha correlación con la propiedad inmueble: no comprendía entre las cosas muebles sino aquellas que servían a la *agricultura*—esclavos, animales de tiro y carga—. Así que allí fué donde se ha concebido y formado en un principio la noción de posesión, que no se transporta sino más adelante a las cosas muebles. Si es cierto, y como tal lo tengo (2), que la concesión de las *vindiciae* fué en Roma la más antigua forma del procedimiento de la posesión (3), la cual no se reemplazó por el Pretor con la pro-

(1) La indicación necesaria de esta opinión, véase en mi *Jahrbüchern*, V. 23, pág. 204, nota 2.

(2) He emitido esta opinión en mi libro sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, pág. 57, trad. esp. La misma relación entre la protección de la propiedad y la posesoria se ofrece también en el derecho griego. (V. F. Hofmann, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*, Viena, 1870, pág. 127). También se encuentra en el procedimiento de libertad en Grecia y en Roma. (V. F. Büchner y E. Zitelmann, *Das Recht von Gortyn*, Francfort 1885, pág 84). La forma de la protección posesoria consistía aquí también en la concesión de *vindiciae*.

(3) Así lo testifica Gayo, IV, 16: *praetor secundum alterum eorum vindicias dabat id est interim aliquem* POSSESSOREM *constituebat*.

tección por los interdictos posesorios, hasta la época relativamente reciente de su intervención creadora (1), infiérese de ahí al propio tiempo la prioridad de la protección posesoria de las cosas inmuebles con respecto a la de las muebles. *Vindiciae*, dice Festo, *olim dicebantur illae, quae* EX FUNDO *sumtae in jus*

(1) Estimo falsa en absoluto la idea de Nieburh, recientemente recogida por Dernburg, *Entwickelung und Begriff des juristichen Besitzes des römischem Rechts*, Berlín, 1883, y según la cual la protección posesoria se deriva del *ager publicus*. Se estrella por de pronto contra la redacción misma del *interdictum uti possidetis*, EUM FUNDUM. Quien tenga una idea de la distinción que la terminología romana mantiene entre *ager* y *fundus*, no dudará un momento que el Pretor romano que hubiera designado el *ager publicus* por *fundus*—junto o separadamente, no importa—, hubiera incurrido en la censura de no saber una palabra de latín. *Ager* designa de un modo absoluto el suelo, no determinado sino mediante adiciones—*publicus, privatus, vectigalis, tributarius*, etc.—*fundus* es el individuo agrícola formado por la unidad de la explotación: la granja romana; las dos expresiones están en la misma relación que en materia de cosas muebles, en la teoría de la especificación, las de *substantia, forma* y *species*. *Ager* designa la sustancia de la cual ha sido tomado el *fundus*; no se hace *fundus* sino por la especificación agrícola, por la unidad de la explotación agrícola.

El Pretor romano hubiera suscitado no pequeña sorpresa, si en el interdicto destinado al *ager* PUBLICUS se hubiera servido de la expresión POSSIDERE, porque la expresión técnica universalmente conocida para el goce del mismo era *frui*. (Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, II, 1, 2.ª edición, p. 431).

Pero aun prescindiendo de esas objeciones lingüísticas, que a la vista de quien tenga algún conocimiento del lenguaje, imprimen sello de imposibilidad a la idea del destino del *interdictum uti possidetis* al *ager publicus*, ¿qué habría dicho el pueblo romano si el Pretor se hubiese propasado a disponer sobre las relaciones con el *ager publicus*? Los romanos todos, con el Censor al frente, le hubieran dicho: no os mezcléis en cosas que no os atañen, el Censor es quien arrienda el *ager publicus* y a él toca proteger sus colonos; bástale dirigir su mirada a sus libros para acabar desde luego con toda discusión sobre la posesión. Y a este fin, las gentes deberían empezar por procurarse un *judex* para vos mismo, el cual para dictar sentencia se hubiera visto obligado a pedir al Censor la facultad de examinar sus libros.

No deberíais, ciertamente, ignorar que, al igual que la administración del patrimonio del Estado, el conocimiento de las dificultades que resul-

allatae erant: el término *vindiciae* referíase, pues, a las cosas inmuebles, lo que quiere decir que la concesión de las *vindiciae* no se aplicaba en un principio más que a esas cosas; su aplicación a las cosas muebles presuponía que se renunciaba para éstas a una imitación del *sumere ex fundo*, inaplicable respecto de las mismas: la noción, no el acto, era lo que se transportaba. La misma conclusión es preciso sacar del pasaje de las XII Tablas, reproducido por Festo en el texto: *si vindiciam falsan tulit...*, FRUCTUS *duplione damnum decidito*. Los frutos indican un inmueble; si la ley se hubiera referido a cosas muebles también, hubiera debido servirse de una expresión que hiciera posible, en cuanto a ellas, la fijación de la pena: nadie sostendrá que ya las XII Tablas empleaban, como los juristas romanos posteriores, la palabra *fructus* para designar *interés*.

La protección de la posesión mediante los interdictos posesorios ha surgido, pues, primero para las cosas inmuebles, no habiéndose aplicado hasta más tarde a las muebles. Lo mismo exactamente pasa con la protección posesoria ejercida por

---

ta de esta administración corresponde al Censor. (Mommsen, obra citada, p. 459). Sólo os toca decidir la contienda sobre la posesión de las *res privatae*; las referentes a las *res publicae* las decide el Censor.

Con el transcurso del tiempo todo eso se ha modificado; surgió, por de pronto, en el Edicto pretorio, un interdicto particular para el arrendamiento de las tierras públicas, pudiendo nosotros ver en él, cómo se expresaba en realidad, al Pretor romano. Este interdicto no usaba los términos *fundus* y *possidere*, sino LOCUS *publicus* y *frui*; es el del tit. 13, 9, de las *Pandectas: interdictum de* LOCO PUBLICO FRUENDO (D. 43, 9). Una cosa más incomprensible según la idea de Dernburg: ¿qué es lo que podría decidir al Pretor a crear un nuevo interdicto para una relación respecto de la cual él mismo había establecido el *interdictum uti possidetis*? «Sólo cabe que hubiera podido pensar que el antiguo interdicto para la posesión feudal—Dernburg—se había gastado a consecuencia de su uso incesante desde los más remotos tiempos, y convenía refrescarlo.»

Mommsen (obra citada, p. 168) antes de la publicación del libro de Dernburg, ha expresado la idea «de que no hay para qué decir hoy que la *possessio* del derecho privado es totalmente diferente»; opinión que yo admito por entero.

autoridad privada contra el tenedor. En efecto, la tenencia no es otra cosa en la práctica que una forma particular de protección posesoria, para el dueño o señor de la posesión. El tenedor, como antes decíamos, no tiene sino porque el poseedor posee: no está privado de la protección sino en interés de este último. Protección de la posesión de las cosas *inmuebles*—tal es la idea por la cual se inició entre los romanos el desenvolvimiento de la noción de la posesión—. La prioridad de la aparición de la protección de esas cosas, no es más que la consecuencia natural del mayor interés práctico que las mismas inspiran comparadas con las muebles. ¡Cuán insignificante es, en verdad, el interés de la protección posesoria de las cosas muebles ante el de las inmuebles! Que se pregunte, si no, dónde se manifiesta hoy prácticamente este interés. Jamás he oído hablar de un proceso posesorio sobre cosas muebles, y si poseyéramos una estadística de todos los procesos sobre posesión que entre nosotros se han producido, bajo el imperio del derecho romano, creo que, para cien mil casos relativos a las cosas inmuebles, no habría uno siquiera, relativo a las cosas muebles. En Roma la proporción hubiera también sido la misma, si el *interdictum utrubi* no hubiera extendido la protección posesoria contra los terceros, porque, para lo demás, las acciones que el derecho concedía al poseedor: *actio ad exhibendum*, *actio furti*, *condictio furtiva*, o de una manera más general, la *condictio possessionis ex injusta causa*, bastaban por completo. Cuando este interdicto cesó, prácticamente, de dirigirse contra los terceros, la protección posesoria de las cosas muebles convirtióse en un fantasma, al cual cabe aplicar lo que Justiniano decía del *dominium ex jure Quiritium* en su tiempo: *quod nec unquam videtur nec in rebus apparet vacuum et superfluum verbum*.

Si la protección posesoria frente a terceros llegó a ser superflua en virtud de las acciones indicadas, también llegó a serlo para el señor o dueño de la posesión frente al tenedor, en virtud de las acciones contractuales. Jamás he oído citar un caso en que el comodante, el mandante, el arrendador de una cosa mueble, haya intentado una acción posesoria contra quien tiene la

cosa suya: para recogerla intenta la acción del contrato, y así, sin remedio, debió ocurrir también en Roma. El *interdictum utrubi* tenía, sin duda, sobre la acción de contrato la ventaja de que autorizaba al dueño a recoger la cosa inmediatamente, por su propia autoridad, mientras que aquélla implicaba un plazo más largo. Pero esta ventaja estaba ampliamente compensada por varios serios inconvenientes. En primer término, era preciso la posesión *majore parte anni* en la persona del demandante. Si no había poseído más que algunas semanas o algunos meses, bastábale que el demandado hubiera poseído un solo día más para que no obtuviese ningún éxito: el transcurso de medio año desde la conclusión del contrato y la entrega de la cosa, le ponían en situación de no poder ser admitido. Cuando esta condición se negaba, correspondía al demandante probarla, y es casi seguro que los demandantes no dejarían nunca de oponerse a tal condición. Una segunda condición del interdicto era que el demandado debía tener todavía la cosa en sus manos: el *ducere*, de que hablaba el interdicto, no era ejecutable sino estando la cosa aun en su poder; si la había vendido, escondido o perdido, o si había perecido, el interdicto no podía triunfar. Por último, en el caso en que el interdicto se lograse, no procuraba al demandante más que la cosa misma, de ningún modo la indemnización por *culpa*, *dolus*, *mora*. Este interdicto, en efecto, no obraba, como todos los otros, sino a partir del momento de su concesión, no siendo objeto del examen del juez la conducta anterior del demandante.

Bajo todos esos aspectos la acción del contrato era preferible al interdicto: hallábase sólo sometida a la prueba de la conclusión del contrato; todo lo demás nada tenía que ver, procurando al demandante una reparación completa.

Podría uno sentirse inclinado hasta creer que el interdicto era completamente superfluo, aun con el objeto indicado de dar al dueño de la posesión la autorización legal de recoger la cosa por su propia autoridad, porque respecto del tenedor le correspondía esta facultad ya como poseedor. Pero estimo que esto no es exacto. Sin duda tenía tal facultad, pero su ejercicio esta-

ba sometido a la restricción importante de que no podía atentar contra la esfera jurídica del adversario: tratábase de una facultad análoga a las de recoger el agua corriente en un arroyo, cazar, etcétera; no se pueden ejercer en suelo ajeno contra la voluntad del propietario. Del propio modo, la facultad de recoger la cosa no podía ejercitarse en la casa del tenedor. Si el poseedor, contra la voluntad de éste, hubiera querido penetrar en su casa, para hacer un registro domiciliario y recoger la cosa a la fuerza, hubiera cometido una violación de domicilio o el *crimen injuriarum ex lege Cornelia* (1). Quedaba tan sólo el caso excesivamente raro en que el dueño o señor de la posesión encontrase al tenedor con la cosa en sus manos fuera de su casa; nada le impedía entonces obtenerla por la fuerza. Ahí está precisamente todo el valor del *interdictum utrubi;* por él se procuraba al demandante la autorización oficial para penetrar en la casa del demandado con el objeto de *ducere* prohibiendo además a éste el uso de su derecho de domicilio—*vim fieri veto*—; de donde resultaba que tal interdicto no era superfluo ni aun para el dueño frente al tenedor. Lo cual no obsta para que sea para él de mínima importancia, según se ha visto, explicándose así que nuestras fuentes no lo mencionan—que yo sepa—con semejante aplicación.

Las explicaciones que anteceden acerca del poco interés práctico que la posición jurídica del señor o dueño de la posesion ofrecía en punto a cosas muebles, no tenían otro objetivo inmediato que el de dar una base a la opinión antes expuesta, de que la noción de tenencia de las cosas inmuebles ha surgido antes de la de las muebles. Pero utilizo el resultado obtenido por otra proposición que, a mi ver, tiene un alto valor, y con la cual sintetizo todo mi juicio acerca de la importancia de la relación de tenencia de las cosas muebles. Es como sigue: la extensión de la noción de la tenencia de las cosas inmuebles, para las cuales tenía una gran importancia práctica, a las muebles, no fué en Roma la consecuencia de un interés práctico, sino la obra exclusiva de la lógica jurídica, que no podía menos de

(1) L. 5 pr. *de injur.* (47, 10)... *domumve suam vi introita...*

aplicar una noción una vez admitida, aun cuando no tuviera interés práctico:—en suma, fué debida a la *fuerza de la doctrina*.

Las nociones jurídicas, al igual que las reglas de derecho, no alcanzan su fin, en la situación a que inmediatamente se destinan, sino a condición de permitir las consecuencias que inevitablemente entrañan para otras situaciones. Así ocurre que la regla de que el poseedor, como tal, debe gozar de la protección del derecho, implica la protección posesoria de los ladrones y bandidos. Su propia fuerza les lleva de ese modo hacia regiones donde no ejercen ya función práctica alguna: son como las cimas más elevadas del árbol, que sostienen hojas, pero no frutos. La doctrina no puede substraerse a la necesidad de proseguir las nociones hasta en sus extremidades y ramificaciones más finas. Ocurre a menudo descubrir, en esas regiones no prácticas, ideas muy fecundas para la concepción exacta de las nociones, y por lo mismo, para su empleo práctico (1). El examen de semejantes cuestiones, puramente académicas, puede tener también su utilidad para la enseñanza (2). Los juristas romanos suscitan también a veces cuestiones que la vida jamás les ha planteado como, por ejemplo, sobre la *insula in mari nata*, el legado de un *fructus deducto uso*, o la *ademtio* del *usus* o del *fructus* en el *usus fructus* legado, o bien se proponen supuestos que no pueden darse—¡son al fin verdaderos ejercicios gimnásticos dialécticos, destinados a poner a prueba la habilidad de profesores y discípulos!—Una verdadera curiosidad en este género nos la ofrece la L. 55 de A. R. D. (41, 1). Trátase de una historia de caza jurídica que hubiera honrado al difunto Barón de Münchausen; el caso a que esta historia se refiere es el de haber dejado escapar, por torpeza, un jabalí del lazo tendido por otra persona, y se quiere saber qué acción puede aplicarse. Se podría además preguntar si hay *furtum* o *damnum injuria datum*, o ambas cosas, cuando se corta la crin del león ajeno. ¿Quién

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, tomo 3.º, 3.ª edic., p. 335.

(2) Este fin lo he perseguido en mi trabajo, exclusivamente dedicado a la enseñanza: *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*.

se atreverá? Sin duda, los jabalíes de Roma han debido ser bestias muy mansas, cuando se ha ocurrido la idea de someterlos a semejantes experiencias.

Y he ahí, cómo por la fuerza de la dialéctica, las doctrinas se lanzan a las regiones lejanas de la vida práctica, a las regiones puramente *lógicas* o *académicas* de las nociones jurídicas. Por ello la doctrina ha merecido de parte de los juristas prácticos la censura de entregarse a vanos juegos de imaginación. Y si no saben sacar nada útil de esas regiones, si se trata tan sólo de un recreo del pensamiento lógico, en el ejercicio de sagacidad a que la doctrina se entrega, no puedo, por mi parte, conceder a esas investigaciones otro valor que el de meros juegos dialécticos, que pueden a lo sumo ofrecer interés a aquellos que gusten entretenerse de ese modo, mientras que cuantos estiman que la ciencia tiene por destino servir a la vida, no podrán menos de experimentar profunda pena al ver tan inútilmente derrochada una fuerza intelectual que reclamaba mejor empleo.

La tenencia de las cosas muebles pertenece, en mi concepto, a esas regiones puramente teóricas, esto es, sin interés práctico. La noción de la tenencia ha sido aplicada, no *por ellas*, sino por *ella misma;* exigida, no por la contextura racional de la relación, sino tan sólo por la lógica de la noción. Si la *locatio conductio* de las cosas inmuebles implicaba la tenencia, ¿cómo se podía admitir la posesión para las cosas muebles? Era imposible que la diferencia de objeto de la *locatio*, casa, habitación, esclavo o caballo, fuese la base de una distinción. Y cuando aquel que había tomado en préstamo por dinero una cosa mueble obtenía la pertenencia, ¿cómo se podía conceder la posesión al que la obtenía gratuitamente: al comodatario? Si no se le concedía a éste, ¿cómo concedérsela al depositario? Lo uno implica necesariamente lo otro. Según esto, es la fuerza lógica de la noción jurídica establecida, la *fuerza del concepto*, la que ha determinado la extensión de la noción de tenencia de las cosas inmuebles a las muebles. Prescindiendo de ella, y admitiendo que la noción de tenencia hubiera sido absolutamente desconocida de los romanos, quisiera yo saber cómo hubiera po-

dido llegar hasta las cosas muebles. No la reclamaba el interés práctico: ya queda esto bien sentado. Prácticamente, es indiferente en absoluto para la posesión jurídica del dueño o señor de la posesión, que se conceda a las personas designadas la posesión o la tenencia, desde el momento en que, en el primer caso, esta posesión derivada le sirva para usucapir, como la del acreedor con prenda según el derecho romano. La tenencia de las cosas muebles es una de las instituciones jurídicas más insignificantes entre todas: tiene tan sólo una existencia académica: el legislador puede abolirla—supuesta la existencia de la disposicion indicada sobre la usucapión—sin cambiar por ello en nada la situación jurídica existente. Más adelante se verá lo que vale el motivo teórico, la falta del *animus domini*, mediante el cual la teoría subjetiva cree probar la necesidad de la tenencia. Como no cabe encontrar otro fundamento que *originariamente* haya podido dar vida a la tenencia para las cosas muebles, sólo queda el camino admitido por mí del nacimiento *secundario*, esto es, del transporte. Obsérvase ahí la misma marcha que respecto de las cosas inmuebles. En éstas también, como antes hemos demostrado, la noción de tenencia no ha surgido originariamente, sino que se tomó de la casa romana: la diferencia entre las dos marchas consiste tan sólo en que para las inmuebles el interés práctico fué el que determinó el transporte, mientras que para las muebles fué el *doctrinal* y *jurídico formal*. La primera extensión corresponde al aldeano romano, al hombre común, que sabía muy bien el interés que para él tenía el que sus colonos, sus inquilinos, fuesen considerados como poseedores o como meros tenedores del género de los hijos; la segunda fué obra de los juristas. La tenencia de las cosas inmuebles es una idea del *pueblo romano*, un producto inmediato de la *vida:* la de las muebles es un resultado del *pensamiento jurídico específico*, un *producto del arte* jurídico.

Manifiéstase ya como tal, por la extraordinaria separación que existe entre la forma jurídica de la relación y su aspecto natural. El tenedor tiene la cosa mueble en sus manos y *no* posee: el dueño o señor de la posesión (*Besitzherr*) no tiene en sus

manos la cosa y *posee*. Para las cosas inmuebles esta separación es menor. Cuando un fundo se arrienda, es otro quien lo trabaja y cultiva; pero el acceso a ese fundo, y por tanto, la posibilidad de tenerlo a la vista, y si hace falta, recuperarlo, no se quita por eso al dueño: su relación *psíquica* con la cosa es la misma que la del colono. Pasa lo mismo en el alquiler parcial de una casa, que es la forma más primitiva del alquiler: siendo en el alquiler de una casa entera donde únicamente el inquilino puede de hecho excluir al arrendador de la casa. Respecto de las cosas muebles, por el contrario, la posesión pasa de hecho al que las ha recibido; la cosa se substrae por entero de la esfera de acción del poder del que la ha dado: la posesión atribuída a este último no tiene el más ligero punto de apoyo en las circunstancias exteriores: su apoyo está en la representación ideal; únicamente la abstracción jurídica—contradiciendo la realidad de hecho—le da vida. Ya queda dicho la madurez de pensamiento jurídico que ésta pide.

El resultado de cuanto va expuesto puede resumirse, en pocas palabras, de este modo: la relación de tenencia de las cosas muebles es una institución jurídica sin importancia práctica apenas, que debe su origen exclusivamente al pensamiento jurídico, y que, históricamente, no podía surgir sino luego que, de una parte, la tenencia de las cosas inmuebles hubo logrado su formación y desenvolvimiento definitivos, y de otra, la doctrina de los juristas alcanzó la fuerza de abstracción necesaria para definir la relación sobre las cosas muebles; según una noción que estaba en contradicción abierta con su exterior natural.

En lo que precede hemos logrado conocer tres fases del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia: *la primera*, sus comienzos en la casa romana; *la segunda*, su separación de la casa romana y su traspaso a las relaciones fuera de la casa romana, y ante todo a las relativas al suelo; *la tercera*, su traspaso a las cosas muebles. En la primera fase fué producida por la *constitución de la casa romana*; en la segunda, por el *interés práctico*, y en la tercera, fué la consecuencia del *pensamiento jurídico*.

Pero no termina aquí la historia de la noción de la tenencia; quedan todavía las dos formas de aplicación producidas por el derecho nuevo. Una de ellas consistía en su adaptación al *fin de la representación*, y la otra en su combinación con el *jus in re*.

El fin de la representación.—Mediante las personas sometidas a su potestad, el jefe de familia podía, no sólo continuar y mantener, sino también *adquirir* la posesión. En la aplicación de la noción de tenencia a la relación posesoria entre personas libres, sólo se conservaba el primer elemento; a la del segundo oponíase el principio de la inadmisibilidad de la representación (1), el cual no se exceptuaba ni aun en favor de la posesión, lo que prueba que ya en la época antigua se tenía en cuenta su naturaleza de *relación jurídica* sobre la cosa. Se mantuvo esta regla hasta en el segundo siglo del Imperio (2). Al principio de ese siglo prepárase una evolución (3), que aún no había alcanzado su término a la mitad de dicho siglo, porque Gayo señala como una cuestión dudosa la de la adquisición de la posesión por los representantes (4). Según el testimonio de

(1) Más arriba queda indicado el punto de vista decidido para esta distinción.

(2) Según Savigny (loc. cit., p. 313, Labeon debió reconocer ya la adquisición de la posesión por representante en la L. 51 *h. t.* En las palabras *custodiam ponere* de su texto, cree ver un hecho del comprador *ausente* que envía un intermediario para cuidar de las leñas hasta que hayan sido recogidas, pero ese texto no favorece en nada la admisión de esta hipótesis, estando contradicha por el testimonio de los juristas posteriores.

(3) Neracio, en la L. 41 *de usurp.* (41, 3): *quamvis per procuratorem apisci nos* JAM FERE *conveniat*. Lo mismo era para la admisión de la representación, L. 13 pr. *de A. D. R.* (41, 1.°), y Celso también, en la L. 18 pr. *h. t.*

(4) Gayo II, 95, *tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem* (según Studemund, se equivoca Huschke al leer *personam liberam) nobis acquiretur*. Según Savigny (p. 313, nota 1.ª), no debe «el texto tener aquí ningún valor, porque no lo poseemos entero». El manuscrito de Studemund ha probado que este aserto no tiene fundamento, en el cual Savigny ha olvidado además el § 90, y que Gayo considera como discutido el punto referente a saber si se puede adquirir la posesión por las personas *in manu mancipiove: «quia ipsas non possidemus»*.

Ulpiano y de las *Institutas* (1), la cuestión no fué zanjada sino por una constitución de Severo. Pero el rescripto de este Emperador, que nos ha sido conservado en el Código (L. 1, Cód. *h. t.* 7, 32), demuestra que la regla se admitía prácticamente ya en esta época (*predem reseptum est*).

La noción de tenencia adquirió de este modo fuera de la casa romana una aplicación que había tenido siempre dentro. Este último esfuerzo desenvolvió por entero el germen que en todo tiempo había contenido, y el cual había hecho producir todos los efectos de que era susceptible. La admisión de la representación en la adquisición de la posesión constituye el último paso del progreso histórico de la tenencia. Por tal modo logróse para las relaciones de la vida la misma ilimitada aplicabilidad que siempre había tenido en la casa romana, convirtiéndose así en una forma jurídica que se aplicaba por igual a la adquisición y a la conservación de la posesión.

Combinación de la tenencia con el «jus in re».—Mientras los romanos conceden en materia de prenda y de enfiteusis la *corporalis possessio*, en cambio conceden la *juris* POSSESSIO para las servidumbres personales y para las *superficies*, lo cual quiere decir que extienden la protección posesoria a una relación de tenencia en otros dos casos. Prescindiremos por el momento de la cuestión relativa a si para la última esta protección era absoluta o estaba sometida a condiciones (V. luego cap. XVII). Esta elevación de la tenencia a relación de posesión de derecho, ¿fué precedida o seguida de la admisión de la representación para adquirir la posesión? No me lanzaré siquiera a conjeturar sobre este punto; lo que puede decirse es que, de todas suertes, señala en la historia interna del desenvolvimiento de la noción de tenencia la fase más elevada que jamás ha alcanzado, y que podía alcanzar. Antes de eso se mantenía aún en el límite que resultaba trazado por su distinción con la posesión; entonces fran-

(1) L. 11, § 6, *de ping. act.* (13, 7): CONSTITUTUM *est ab imperatore nostro,* § 53, *per quas pers* (2, 9)... *secundum* DIVI SEVERI CONSTITUTIONEM.

queaba este límite, por cuanto admitía en sí bajo la forma de posesión de un derecho, el elemento de la protección posesoria, que hasta allí la diferenciaba de la posesión. Sea cual fuere la habilidad desplegada por la jurisprudencia para explicar y hacer comprender la situación, llamando en su auxilio la noción de la *juris possessio*, en rigor el derecho prescindía de dos reglas de la doctrina de la posesión: la *una*, la de que el tenedor no goza de la protección posesoria, y la *otra*, la de que la *compossessio plurium in solidum* es imposible. El usufructuario es un mero tenedor; sin embargo, se le protege, y de ese modo *prácticamente* resulta un poseedor, al igual que el colono y el inquilino resultan los poseedores en más de una legislación actual. Pero hay otro al lado de él, el propietario, que también es un protegido posesoriamente, consistiendo en esto el abandono de la segunda regla indicada: *prácticamente* tenemos aquí una *compossessio plurium in solidum*. Manifiéstase de un modo claro en la relación respecto de terceros: el usufructuario es protegido, como todo poseedor real, contra la desposesión y contra las perturbaciones de la posesión. Sólo en la relación de las dos personas entre sí es donde su coposesión experimenta una modificación, que es el resultado del contenido de su derecho respectivo; sus esferas de posesión resultan separadas del propio modo que sus esferas de derecho.

En ambos respectos, la contradicción con los principios anteriores fué salvada mediante la creación de la noción de la *juris possessio*. Y fué esto, en verdad, uno de los artificios técnicos más felices de la jurisprudencia romana. Por él se pudo armonizar con la teoría posesoria anterior una novedad que, por su forma exterior brutal, no podía armonizarse con ella. Lección ésta que debe tenerse muy presente por todos los juristas de hoy, que creen poder oponer el fantasma de la imposibilidad jurídica, contra toda innovación exigida por motivos prácticos. Si, no obstante, prescindimos de esta forma jurídica y examinamos exclusivamente el aspecto práctico de la relación, podemos decir: en la *juris possessio*, la noción de la tenencia se ingiere en el dominio de la posesión. La concesión de la repre-

sentación le había hecho alcanzar el punto extremo de que no podía pasar sin salir de sus dominios. En la *juris possessio* franquea sus límites y penetra por los de la posesión; la línea de separación se pierde y la tenencia se hace posesión.

Esta última etapa de la noción de tenencia se enlaza con sus primeros orígenes históricos; se realiza en el mismo terreno en que comenzara su existencia: en el de la casa romana. Aun cuando no haya ningún testimonio histórico que me diga si son las servidumbres personales o la superficie quienes primero participaron de la protección cuasiposesoria, no debemos vacilar por motivos intrínsecos en declararnos en favor de la primera. La necesidad de esta protección era infinitamente más urgente que en la superficie. La palabra *frumini* (1), del *interdictum de superficiebus*, me parece que hasta indica una copia del interdicto ya antes concedido en los mismos términos al usufructuario (2). Una vez admitida la prioridad de la protección cuasiposesoria para las servidumbres personales, ese caso de aplicación de esta protección nos lleva a la casa romana, porque la forma originaria y regular bajo la cual esas servidumbres se presentaban en Roma, era el legado a la viuda. El usufructo conserva esta estrecha relación con la casa, aun en los tiempos posteriores—*usufructus legalis* del padre sobre los bienes adventicios de los hijos: del esposo inocente, en el divorcio: del esposo en segundas nupcias—, reproduciéndose hasta en el mismo derecho actual para el *usufructus maritalis*. Es evidente que no puede ser esto cosa de mero azar, no siendo difícil descubrir la base sobre que se funda este íntimo lazo del usufructo con la familia. Es de naturaleza moral: el deber moral, fundado en el lazo de familia, de cuidar por los suyos. La restricción que entraña el usufructo, la concesión *de por vida*, responde a la consideración

(1) La palabra *utemini*, que Lenel, en *Das Edictum perpetuum* (p. 381), admite en la fórmula, no se encuentra en el Florentino.

(2) Este interdicto aplicábase también al *uti* del usuario (Vat. fr., § 90). Se concedía igualmente la protección cuasiposesoria, *ad exemplum*, de este interdicto, en los casos en que no había *usufructus*. V. L. 27, *de don.* (39, 5).

de que los intereses de *ciertos* padres—los cuales no tienen esperanzas de tener hijos—están así suficientemente atendidos, mientras que los de aquellos que tienen una descendencia en perspectiva reclaman una satisfacción más duradera. En esta consideración descansan los dos casos de aplicación del usufructo, únicos que en la práctica tienen importancia: el testamentario y el legal. La concesión por contrato del usufructo a terceros, extraños a la familia, no tiene importancia para la vida: es una de esas ramas extremas antes indicadas, una de esas ramificaciones últimas de las nociones en las esferas no prácticas. En el terreno de las relaciones de negocios, el usufructo no hubiese podido nacer: no lo exigía su criterio. La familia es su patria, así como el lugar propio de su aparición. Su domicilio es la casa: no lo deja jamás para lanzar a la calle. Su emancipación de la casa no existe más que en los tratados, no en la realidad. Está en la misma línea que la acción posesoria para las cosas muebles y que el caso aquel del jabalí: se podría premiar a quien descubriese un verdadero caso real.

He aquí nuestra conclusión: la combinación de la noción de tenencia con la *juris possessio*, en las servidumbres personales, corresponde a la casa romana. Por segunda vez, la casa romana da a luz una de las nociones más importantes de la teoría romana sobre la posesión: primero la noción de la tenencia, luego la de la posesión de los derechos; recibe siempre el impulso, no de las especulaciones doctrinales, sino de motivos *prácticos* serios. La casa romana abarca el *punto de partida* y el *punto de llegada* del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia.

La historia de la tenencia termina, pues, por la consignación de la importancia eminente de la casa romana para el desenvolvimiento de la teoría posesoria romana. En la casa romana es donde por primera vez se ha manifestado la distinción entre *civilis* y *naturalis possessio* a la conciencia de los romanos: allí, en la tenencia doméstica, es donde han buscado su modelo para la tenencia contractual; allí es también de donde han tomado la distinción entre *corporis* y *juris possessio*. Sin la casa romana la

posesión hubiera revestido una forma diferente. De todas suertes, creo haber sentado que la casa romana contiene la clave para la inteligencia de la doctrina posesoria romana.

Un fenómeno más, que todavía nos ofrece aquélla, al fin del desenvolvimiento histórico de la doctrina posesoria, es la revolución completa realizada en la situación de los hijos desde el punto de vista de la posesión. Con la facultad de ser propietarios, obtenida poco a poco en una medida cada vez mayor, se les concediera también la facultad de poseer: prueba esto de que los romanos sabían apreciar exactamente las consecuencias que, según mi teoría, encierra la noción de propiedad. La patria potestad no era a sus ojos un obstáculo para la voluntad de poseer en la persona del hijo: no atendían a la voluntad, sino a la propiedad, y, por eso, con ésta concedieron al mismo tiempo la posesión al hijo de familia. Ahora bien: el derecho del padre sobre los *bona adventitia* se consideraba como un usufructo legal. De donde resulta lo contrario directamente de la posesión doméstica originaria; ¡el hijo *posee*, el padre *tiene*! El desenvolvimiento llega así a una revolución completa de la relación primitiva. La casa romana es una estancia, en la cual, la posesión no alcanza un momento de reposo.

Voy, para terminar, a reproducir en breve bosquejo la historia de la noción de tenencia aquí descrita:

I. La casa romana es el lugar originario de la aparición *de hecho* de la distinción entre posesión y tenencia, y el sitio donde por primera vez fué *conocida*.

II. Separación de la noción de tenencia de la casa romana y extensión de uno de sus lados: la *continuación de la posesión* para el dueño o señor de ella, a la relación contractual:

   1. Para las cosas *inmuebles*—interés *práctico*:
      a) concesión *parcial* de las mismas a los colonos y a los inquilinos.
      b) abandono *total*.
   2. Para las cosas *muebles*—*fuerza de la noción*.

III. Separación del *segundo* lado de la relación de tenencia doméstica: *adquisición* de la posesión. — Admisión de la representación por medio de personas libres.

IV. Combinación de la *noción de tenencia* con la de *posesión*; el punto de unión: la *juris possessio*.

V. Traspaso de la posesión a los hijos de familia.

Y doy por terminada la tarea que me había propuesto. Resumiendo en breves términos los resultados de la exposición hecha del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia entre los romanos, diría que consisten *negativamente* en lo siguiente: la idea de que los romanos han tomado la distinción entre la posesión y la tenencia de la consideración de la *dualidad de la voluntad de poseer*, según piensa la teoría subjetiva que debió de ser, es *absolutamente insostenible* (VII): en rigor, en la casa romana es donde por primera vez, y *perfectamente independiente de la calificación de la voluntad de poseer*, tal distinción se produjo. En parte alguna nos ha presentado nuestro examen una voluntad de poseer distinta para el tenedor y para el poseedor. No fué el elemento *subjetivo* de la voluntad, sino los motivos objetivos, el *interés práctico*, el *técnico* y el *jurídico*, los que han efectuado el desenvolvimiento completo de la noción de tenencia.

IX

La prueba del procedimiento

Olvidemos cuanto venimos diciendo acerca de los motivos prácticos que han determinado la separación de la noción de tenencia de la casa romana y su aplicación a la vida de los negocios; volvamos a la teoría subjetiva con una plena confianza y una fe inquebrantable en su exactitud. La voluntad de poseer es la que inclina la balanza; con este axioma por delante, abordemos las explicaciones siguientes:

Trátase, como ya hemos visto, de examinar la teoría subjetiva en el respecto *práctico*, o lo que es lo mismo, se trata de considerarla *procesal* y *legislativamente*. La teoría subjetiva va a comparecer sucesivamente ante el *juez* y ante el *legislador:* ante el primero, para mostrarnos si y hasta dónde responde a las condiciones impuestas por el fin de la aplicación del derecho a los casos particulares; condiciones puramente *formales*, consistentes en la aplicabilidad fácil, cómoda, segura, o, como ya dije en otro sitio, en la *practicabilidad* del derecho (1): ante el segundo, para mostrarnos cuál es en el fondo su utilidad, si los principios que sienta y las consecuencias que entraña, aun sin darse cuenta, pueden justificarse desde el punto de vista jurídico-legislativo.

Comenzaremos por el examen de la prueba procesal.

La protección jurídica concedida por el juez tiene por condición la prueba de la existencia de las condiciones legales, a

---

(1) Véase a este propósito mi *Esp. del D. R.*, v. I, página 51; v. III, página 328.

las cuales las somete el derecho. La prueba es el precio por el cual el juez concede esta protección, y que deben pagar todos los que le interrogan. De la cuestión de la prueba depende en la práctica el mantenimiento del derecho discutido.

Dos elementos se deben considerar para la eficacia de la prueba. El uno es de naturaleza *concreta*, incumbe a la *parte*, posesión de los *medios* de prueba necesarios; el otro es de naturaleza *abstracta*, incumbe al *legislador*, la posición tomada por él en lo que, en breves términos, llamaré *el problema de la prueba*. Dos tareas le competen en esta materia: la una corresponde al *procedimiento*, y consiste en el establecimiento de las reglas generales del procedimiento que regirá la prueba: una *teoría de la prueba;* la otra refiérese al *derecho privado*, y tiene por objeto el examen de la cuestión de la prueba en la determinación de las reglas *jurídicas materiales*. No tenemos que ocuparnos aquí más que en este último aspecto de la cuestión.

Si no desempeña bien su tarea, el legislador puede rodear la prueba de dificultades tales, que equivalgan prácticamente a la ausencia de toda protección jurídica. Si el usucapiente ha de probar completamente las condiciones legales de la usucapión, deberá sentar, no sólo todas las condiciones positivas de ésta —la posesión y el título—, sino también la negativa; esto es, que no está *in mala fide*, que la cosa no es de aquellas que no pueden usucapirse, que su posesión no ha sido jamás interrumpida. La usucapión perdería de este modo casi todo su valor para las cosas muebles y el legislador vendría a tomar con una mano lo que hubiere dado con la otra.

La solución exacta de la cuestión de la prueba debe, pues, ser una preocupación capital para el legislador en todas las reglas del derecho que formule. Debe resolverlas de modo que no imponga a la parte una prueba demasiado difícil y permita al Juez aplicar tales reglas sin indagaciones penosas ni pérdida de tiempo. Si falta a ese deber, rodeará por sí mismo de obstáculos la realización del fin que se ha asignado: se parecerá al constructor de una máquina que consumiese por sí misma, por el roce, la fuerza producida. Tal máquina no es práctica y es nece-

sario calificar de la misma manera las reglas de derecho que exigen del Juez y de la parte un gasto de fuerza desproporcionado con el resultado perseguido. La mecánica jurídica está sometida a la misma ley que las otras, *reducción hasta donde sea posible de toda pérdida de fuerza por rozamiento.*

Tres caminos se abren al legislador para el logro de estos resultados.

El *uno* consiste en dar a su pensamiento, y que como tal no se presta a la aplicación, una forma que la haga posible. Supongamos que su intención sea enlazar el derecho electoral activo y pasivo con la madurez de juicio o de inteligencia política. Claro está que una ley concebida en esos términos no puede ejecutarse, pues impondría a las autoridades encargadas de ello trabajos indecibles y provocaría las decisiones más extrañas, resultando, en virtud del diverso criterio de las diferentes autoridades, una aplicación desigual. El camino que aquí debe seguir el legislador está perfectamente trazado: las legislaciones todas lo han reconocido; si se hace la enumeración nominativa de las clases de la poblacion, cuya inteligencia no puede ponerse en duda, de hecho la noción indeterminada de inteligencia se reemplaza así por categorías fáciles de reconocer, ya que, sobre poco más o menos, implican tal noción, tales como la posesión de un cierto matrimonio, cierto grado de instrucción, etc. Sin duda, la idea del legislador no se encuentra allí plenamente realizada; es muy posible que entre todas esas categorías haya individuos en los cuales resulte la hipótesis desmentida; pero la renuncia a la plena concordia entre la idea y el hecho, es la condición indispensable de su utilidad práctica; lo que sacrifica la idea en tal respecto está bien compensado por lo que gana en otro. El legislador no puede expresar los pensamientos de la misma manera que el filósofo: la corrección de la forma se mide de un modo diferente para cada uno de ellos. *Aliter*—dice Cicerón *(de offic.*, III, 17)—*leges, aliter philosophi tollunt astutias, leges, quatenus* MANU TENERE *possunt, philosophi, quatenus* RATIONE *et* INTELIGENTIA.

La aplicación aproximada de la idea que ha concebido: tal

es la tarea que impone al *legislador* el principio de la practicabilidad del derecho, donde quiera que esta idea se resiste a las condiciones de una aplicación práctica. De la *aproximación* he hecho yo el punto de mira que debe dirigirla: debe tomar la idea hasta donde sea *posible*. Esta es la situación del matemático frente a la cuadratura del círculo: el problema, como tal, es insoluble; pero implica una solución cuando menos aproximada, siendo tal solución la que uno y otro deben perseguir (1). La cuestión que debe proponerse el legislador es la de saber cuáles son las categorías con las que la X que quiera lograr pueda ser reemplazada: *a*, *b*, *c*, *d*, o *b*, *c*, *d*, *e*, ¿concuerdan regularmente, de hecho, en la vida, con X? La cuestión está reducida a un cálculo de estadística. Si la *a* no concuerda con X sino en 20 ó 30 casos de 100, es evidente que 70 u 80 no concordarán. Debe, pues, rechazarse tal categoría, pues de admitirla se vería comprometido el fin del legislador. Si por el contrario, la *b* concuerda con X en 70 u 80 casos de 100, será útil prescindir de los 20 o 30 en que no hay tal concordia, porque para el fin perseguido siempre queda un exceso de 40 ó 60 casos.

Lo que yo digo aquí no es nuevo: los juristas romanos (2) lo han pensado y dicho antes que yo, bien que con relación a otro orden de ideas. Limítome en este caso a dar a su pensamiento una forma más precisa y tangible.

---

(1) Sólo para evitar la censura de ser incompleto, haré notar que el legislador puede también combinar con el método *aproximativo—abstracto*—el *individualizante*—, mediante la libre apreciación del Juez, alcanzando así una exactitud completa. El derecho romano nos da un ejemplo en la fijación de las diversas edades; contiene la combinación de ambos métodos, esto es, edades *fijas*, *abstractas* (siete, doce, catorce, veinticinco años) con edades *movibles*, determinadas *individualmente (infantiae, pubertati proximi, venia aetatis)*. No teniendo esta forma interés aquí, prescindo de dar más explicaciones.

(2) Pomponio, en la L. 3 *de leg.* (3 3): *Jura constituit oportet ut dixit Theophrastus, quae επιτο πλεξτον accidunt, non, quae εχπ ρα λυγου*. Celso, en la L. 4-5: *Ex his, quae forte uno aliquo eam accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad eu potius debet aptari jus, quae et frequentes et facile, quam quae per raro accidunti.*

Para juzgar si el legislador ha llegado aproximadamente a x, debemos saber en qué consiste ésta. La ley puede a este propósito darnos los datos, y esto de dos maneras: o bien indica abiertamente x como el motivo de sus disposiciones especiales, o bien la traduce bajo forma de regla de derecho, a lo cual añade: serán considerados como x las categorías a, b, c, d, formulando así lo que se llama *praesumptiones juris et de jure*.

Cuando el legislador, caso más frecuente, no ha dado a conocer por sí mismo su x, compete a la ciencia investigarla en los datos ofrecidos por la ley. Este camino ha sido constantemente seguido por la jurisprudencia para ampliar por vía de analogía el alcance demasiado limitado que normalmente tienen las ideas legislativas a primera vista. A, b, c, le hacen encontrar x, y ésta, a su vez, le indica d, e, f. Si se permite una comparación, diré que no se mueve en línea recta, como erróneamente suele admitirse, yendo de lo conocido a lo desconocido, sino que, conscientemente o no, lo cual no importa, da ese rodeo por el principio, por x, y va primero de abajo arriba, de a, b, c, a x, y luego de arriba abajo, de x a d, e, f.

La ciencia no posee nombre para este procedimiento legislativo particular, lo cual es una laguna muy de sentir de la terminología, tanto más extraña, cuanto que no se trata de un caso aislado y sin importancia, sino de un fenómeno que se reproduce en todos los derechos, en todas las fases del derecho, y que encierra una de las operaciones fundamentales de la técnica legislativa. Verdad que la teoría de esta técnica está aún por escribir. De hecho se la aplica constantemente; pero nuestra doctrina tiene por principio el fijarse poco en el lado legislativo del derecho, lo que ha demostrado no deteniendo su atención en la técnica del legislador. En vano he hecho numerosos esfuerzos para encontrar el nombre exacto de esta institución por la que el legislador da la forma practicable del derecho, en vez de la impracticable. No he encontrado otro nombre que el de *método por aproximación (Approximationsmethode)* que tiene el defecto de no presentar más que uno de los lados de la situación, la fal-

ta de concordancia absoluta, omitiendo el elemento quizá más importante de lo manejable de la forma, del *manu tenere* de Cicerón, que permite llegar a la prácticabilidad. Este segundo lado se presentará mejor bajo la expresión de *método de sustitución* (*Surrogationsmethode*), y así, mientras no se encuentre otro término mejor, recorreremos los aspectos del problema, bajo la designación de *método de sustitución aproximativa (Approximations-Surrogationsmethode)*.

El legislador, en el caso que acabamos de examinar, satisface las necesidades de la practicabilidad del derecho, prescindiendo de una parte del fin: x, que persigue. La misma idea del abandono de éste es la base de los otros dos medios que le quedan para satisfacer esas necesidades, salvo que el abandono no recae aquí sobre la cosa misma, sino sobre la *prueba*. El legislador indica alguna cosa de ésta que el demandante debería procurar. Consistiendo las condiciones del derecho en m, n, o, p, el demandante debería probar la existencia de todas. El legislador no lo exige en ciertos casos. Ha descargado al demandante de la prueba de algunas de ellas, imponiendo al demandado la prueba de que no existen. Al efecto puede seguir dos caminos. Uno de ellos consiste en establecer para este caso una *regla de prueba:* la *presunción* (por procedimiento); en adelante designaremos este elemento como p (=presunción). El otro consiste en dividir las pruebas legales en una parte *positiva*, cuya prueba incumbe al demandante y en otra *negativa* (—n) a cargo del demandado, la cual se refiere al elemento material del derecho. A menudo se confunden estas dos formas entre sí, hablando en ambos casos de presunciones. En realidad son diferentes, y la fórmula que va a continuación lo hará ver claro. En el caso de presunción, las condiciones positivas son: $m+n+o+p$; en los demás casos son $m+o+p-n$. En el primero el demandante *deberá* el elemento p, pero la ley lo da como existente hasta prueba en contrario: en el segundo no tiene *necesidad* de probar n en sí; ésta no forma parte de las condiciones legales de su derecho; así no tiene para qué mentarla en la acción: n la introduce en el proceso el demandado; sin eso, en

rigor, el demandante hubiera vencido *p*, como las otras tres condiciones.

Para que esta distinción se vea y para probar su exactitud, nos serviremos de los ejemplos siguientes:

Los juristas romanos exigen para la validez del préstamo la propiedad en la persona del que presta (1) El sentido de esta regla lo he explicado en otro sitio (2). Tratábase de proporcionar al *accipiens* una defensa en forma de excepción *ipso jure* para el caso de que el objeto del préstamo le hubiese sido arrebatado por el verdadero propietario. No ha habido préstamo, dice; el dinero no ha entrado en mi patrimonio. Ahora bien: es incuestionable que esa es una condición positiva, y dado esto, según las reglas generales de la prueba, corresponde al demandante formular la existencia. Inútil es advertir que la acción del préstamo podía de este modo resultar ilusoria frente a un demandado de mala fe; porque, ¿cuál es el prestador que podrá mostrar que las circunstancias que habrían *podido* excluir su derecho de propiedad sobre las monedas prestadas (3) no han existido en realidad, o que las ha confundido con las suyas. El demandante se ve aliviado del peso de esta prueba imposible por una presunción. La condición de la propiedad está a cubierto por una presunción procesal, que es igual a *p*.

Lo mismo ocurre con la prueba de la filiación. Estrictamente hablando, el hijo a quien se niega ésta debería probar que ha sido engendrado de tal padre dado: un imposible. De esta prueba le libra una presunción: *pater es, quem nuptiae demostrant.*

---

(1) L. 2, § 4 de Reb. cred. (12-1) *Jus mutui datione oportet dominum esse datem.*

(2) *Esp. del D. R.* t. IV, p. 76 *Fundamento de la protección posesoria.*

(3) Ejemplos tomados en las fuentes: Dinero dado por un esposo, L. 39 de don., i V (24 1). Dinero depositado l. 8, Cód. Dep. (4-34); pagos nulos de personas bajo potestad o tutela. L. 11, § 2 de Reb. cred. (12-1). L. 67 de I. Dot. (23-3), L. 3, § 2, ad SC. Mac. (14-6). Dinero robado, L. 3, § 6 de estatut. (40-7). Privilegio del Fisco, L. 18, § 10. L. 21. de J. fisci (49 14).

También aquí se trata de un elemento *positivo* de las condiciones legales, que evita la necesidad de la prueba, y que implica la existencia de una presunción indubitable.

La cosa pasa muy de otro modo con relación a los obstáculos de la usucapión (1), a los cuales es necesario asimilar, en este respecto, los de la prescripción de las acciones. Sin duda, desde el punto de vista práctico, es indiferente en absoluto que en casos se diga: su no existencia se presume, pero eso no es lógicamente correcto. Si nada se opone en mi camino, nada tengo que apartar de él, y esta proposición verdadera para toda situación, lo es también *en el procedimiento*, con relación a los obstáculos que pueden oponerse al demandante. Mientras eso no se verifique, tales obstáculos no existen para él; son meras posibilidades abstractas de que no tiene por qué preocuparse. Pero si se lo ponen, no puede ser sino a cargo del demandado, que sostiene su existencia concreta, y que debe probar su aserto, siendo de su incumbencia tal prueba, porque las condiciones de la usucapión y de la prescripción están de antemano organizadas de modo que una parte, la positiva, incumbe al demandante, y otra, la negativa, al demandado.

Podría hablarse también de una presunción en todos los casos en que el demandado opone a la acción una excepción que debe probar. Así deberíamos presumir, respecto de la obligación que no ha sido extinguida, del acto jurídico que no ha sido obtenido por fuerza, que no es el producto del dolo, del error del demandado, y de toda acción que no se le opone excepción alguna. Si se pudieran erigir en presunciones en beneficio del demandante, todos los elementos que no necesita probar, lógi-

(1) También se debe comprender aquí la naturaleza no susceptible de usucapión de la cosa, y la interrupción de la prescripción. Por mi parte, coloco ahí también la condición de la *bona fides* expresada por los romanos bajo forma positiva; le doy la forma negativa de la falta de *mala fides*. Por esta forma se ha decidido el proyecto de Código civil alemán, § 881, que se acaba de publicar. Esta diferencia no tiene importancia para las explicaciones dadas arriba. El lector debe fijarse en los dos obstáculos de la usucapión indicados.

camente sería preciso también hacer lo mismo en beneficio del demandado, en cuanto a los elementos todos cuya prueba incumbe al demandante; el demandado debería tener en su apoyo la presunción de que no ha cometido ni *dolus* ni *culpa*, y de no estar *in mora*; en suma, por este camino no encontraríamos fin a las presunciones; toda la atmósfera procesal está saturada de ellas con relación a ambas partes. La presunción tiene su verdadero lugar cuando se trata de una realidad que debe sostenerse por la parte, y no de la resistencia a *simples posibilidades*. El Juez no debe preocuparse más que con las realidades que son o deben ser mantenidas como tales por las partes, pues proclamar presunciones contra simples posibilidades sería una lucha procesal contra molinos de viento. De lo que precede, resulta que no hay ningún interés práctico, esto es, procesal, en discernir la distinción aquí tratada entre la presunción y la división de las condiciones legales, pudiendo el práctico conservar el hábito de hablar de presunciones en materia de prueba aun en los casos de la última especie. Pero el teórico, que debe hablar correctamente en las cuestiones técnicas, no puede en ningún concepto perder de vista esta distinción, y debe saber siempre si ha de clasificar en una u otra categoría el elemento que el demandante no necesita probar, cosa que en el caso presente importa mucho que así sea. Nuestra doctrina puede acusar una parte de la responsabilidad a los juristas romanos, que en la organización que había recibido, entre ellos la cuestión de la prueba, no habían tenido ocasión de decidirse sobre las diversas formas de alegarla. La distinción que acabo de exponer entre los elementos positivos y negativos de las condiciones legales, no parece que la hayan conocido; no la han formulado abstractamente ni tampoco observado en un caso particular. Así ocurre, por ejemplo, que no vacilan en expresar bajo la forma positiva de la condición de *bona fides*, el elemento negativo de la falta de *mala fides*. Pero la doctrina moderna, ante el desenvolvimiento alcanzado por el derecho de las pruebas en el procedimiento común, tuvo la ocasión más apremiante de darse clara cuenta de la distinción. No estaba autorizada para

admitir una presunción sino allí donde la ley misma la hubiere establecido; ¿cómo podía justificar teóricamente los casos donde no hay presunción legal, y donde con el tacto exacto de la situación renunciaba a imponer la prueba al demandante? En su confusión acudió a la regla de que las pruebas negativas son imposibles, regla insostenible de un modo tan general (véase luego), y que no tiene punto de apoyo en las leyes. El único camino adecuado se ofrece, a mi parecer, desde el punto de vista en que yo me he colocado. Sin duda, se puede objetar que no tiene base legislativa, puesto que nuestras fuentes no lo conocen; pero hay muchas cosas sobre las cuales no se insiste, porque desde luego se comprenden, y en el caso de que hablo se trata de una de ellas, en mi concepto. Para probarlo voy a examinar desde ese punto de vista dos conjuntos de condiciones legales establecidas por los juristas romanos bajo forma positiva.

Conforme a la definición legal del *furtum*, el demandante, además de la *contrectatio*, debería probar también los elementos: *fraudulosa* y *lucri faciendi causa*. Esos elementos excluyen de la categoría del *furtum* la sustracción de una cosa sin intención de fraude o de lucro, por ejemplo, de parte de un amigo que en mi ausencia entra en mi habitación, y una vez allí, en la idea para él enteramente fundada de mi conformidad, enciende uno de mis cigarros, bebe vino, recoge el libro que me ha prestado, o de parte de un acreedor que toma la cosa para ponerla en seguridad, o en la del propietario que la toma por su propia autoridad. Todos esos hechos de *sustracción*, sin intención de robo, no están comprendidos en el *furtum*. Pero pensar que porque el *animus furandi* no se dé en esas personas, los juristas romanos deberían haber impuesto al demandante, en la *condictio* furtiva, la prueba del *animus furandi*, sería simplemente absurdo. No se podía imponer al demandante sino la prueba de la *contrectatio*; los elementos: *fraudulosa* y *lucre faciendi causa* constituían el objeto de la prueba contraria; eran los *elementos negativos* de las condiciones legales del *furtum*. Lo mismo ocurre, en mi concepto, con la condición de propiedad en la *con-*

dictio furtiva y con la del interés en la *actio furti*; puntos que yo he examinado en otro lugar (1). Si se admitiera lo contrario, sería preciso decir que el *furtum* no tenía consecuencias cuando el demandante no pudiera presentar esta prueba. Esos dos elementos no pueden realmente ser considerados sino como objetos de la prueba contraria; su fin era objetar.

Idénticos principios se aplican, en mi concepto, al elemento de la *injuria* en el *damnum et injuriam datum*, así como en la *actio furti* el demandante no debe demostrar más que la *contrectatio*, así en la *actio legis Aquiliae*, no debe demostrar más que el deterioro de la cosa que se encuentra en su posesión: el simple *damnum*; el elemento injuria no se ofrece sino para permitir al demandado aprovecharse de las circunstancias que pueden librarle de la responsabilidad. Sería absurdo en las acciones por hurto pretender dispensar al demandante de la prueba, formulando una presunción de hurto; y no lo sería menos formular aquí una presunción de *culpa*. La ley no conoce esas presunciones; las hace superfluas, refiriendo por adelantado las condiciones legales de las dos acciones al acto exterior exclusivamente. Corresponde al demandado probar que, a pesar de este acto, no es responsable de ciertas causas previstas por la ley misma. He ahí nuestro factor negativo N, que excepcionalmente enerva en este caso la eficacia de las condiciones legales positivas.

Esos ejemplos, a los cuales aún podría añadir algunos otros, muestran cuán importante es distinguir en las condiciones legales que el derecho establece los elementos positivos y los elementos negativos. Al definirlas, se puede, a imitación de los juristas romanos y para abreviar, expresar las condiciones legales bajo forma positiva, según se ha hecho en materia de usucapión por medio del verso: *res habilis, titulus fides possessio tempus*; pero al desenvolver los diversos elementos, se debe, aunque no sea más que en interés de la enseñanza y para no dar al estudiante ideas falsas, decir siempre si son de naturaleza positiva o

(1) *Del fundamento de la protección posesoria.*

negativa. En mi concepto, el profesor deberá desde luego llamar la atención de los alumnos sobre la importancia capital de la cuestión de la prueba. En la enseñanza elemental, y hablo por experiencia propia, el abandono de esta labor puede producir mucho daño y depositar el germen de donde más tarde saldrá, en lugar del verdadero jurista, su caricatura: el lógico del derecho, que se encuentra, por lo demás, también fuera de las cátedras.

He notado antes que en los casos en que era imposible no ver la división de las condiciones legales en negativas y positivas, por ejemplo, en la usucapión, se ha tratado de justificar legislativamente esta división, fundándola en la regla de que las negaciones no podrían probarse. Pero esto no es una explicación. De un lado, esta regla no es exacta en sus términos generales. No falta el caso, en derecho romano, donde todas las condiciones legales están sometidas de una manera absolutamente negativa, por ejemplo, el *non usus* de las servidumbres (1). Por otra parte, esta regla no explica la dispensa de prueba de ciertos elementos de naturaleza perfectamente positiva. Así, la condición *lucre faciendi causa*, en el robo, es positiva y, sin embargo, no debe ser probada por el demandante. Lo mismo ocurre con la *culpa* en el *damnum injuriam datum*. Esta regla tampoco se aplica a la presunción que puede tener por objeto un hecho positivo, según hemos visto poco ha. Es preciso, pues, buscar un punto de vista aplicable a todos los casos. La simple dificultad de la prueba no basta para esto. En tal

(1) No he encontrado en parte alguna una indicación de la prueba en esta materia. Es fácil decir: las servidumbres se extinguen por el *non usus* pasados diez años; ¡pero que se pruebe el *non usus!* Si la prueba se lleva con rigor, como debiera hacerse por el Juez bajo el derecho común, es imposible practicarla; aunque se demostrase que ningún vecino había advertido en los diez años ningún hecho de uso, esto no prueba que el interesado no haya podido usar la servidumbre sin ser visto. No he tropezado en los casos juzgados con ninguno en que se hubiera probado realmente el *non usus*. La cuestión no parece existir siquiera, lo mismo teórica que prácticamente. Los juristas romanos nada dicen y tal es la razón de por qué los modernos se callan.

concepto, sería mejor tener que hacer una prueba difícil, porque entonces se podría contar siempre con el auxilio de las presunciones establecidas por la ley. La verdadera razón, en mi concepto, estriba en un punto de vista que nosotros hemos reconocido antes como decisivo para el legislador: el estadístico. El razonamiento de este aserto será el objeto de la siguiente investigación.

El objetivo que debe perseguir todo legislador, está en concordar, hasta donde sea posible, la regla abstracta con la realidad. Este punto de vista, cuya gran importancia para la practicabilidad de las reglas del derecho hemos consignado, debe servir también de base para la organización de la cuestión de la prueba. A este fin, y para decidir si impondrá la prueba de tal o cual elemento al demandante o al demandado, el legislador debe representarse la proposición numérica en la vida ordinaria, entre los casos de existencia y de los de no existencia del elemento, en una y otra alternativa. Supongamos que el elemento p de las condiciones legales de que se trate existe en la vida noventa y nueve veces de ciento, y que el elemento n no existe el 90 por 100 de las veces: sería absurdo que el legislador impusiera al demandante una prueba que, por su dificultad, no resultaría más que en el más pequeño número de casos, v. g., el 10 por 100. Ocurriría que la demanda x fundada en ese respecto, no llegaría a realizarse el 90 por 100 de las veces, mientras que descargando al demandante de la prueba, no pasaría eso más que una vez; la pérdida sería en el primer caso del 90 por 100 y en el segundo del uno. En la mayoría de las presunciones, la relación estadística a que me refiero es aún más elevada. En materia de préstamos, de varios millones de casos en que el prestamista es propietario, apenas habrá uno en que no lo sea. Sería, por tanto, ir contra el sentido común, exigir aquí la prueba de la propiedad; la presunción cubre casi por entero la realidad, puede decirse que es la sintota judicial de la realidad. En la presunción de la paternidad, la proporción es, a causa de las relaciones morales normales, infinitamente más elevada; en muchas comarcas y en algunas clases, apenas hay un caso entre mil en

que falte, mientras que la prueba rigurosa de la paternidad no podría acaso hacerse una vez por millón. Otro tanto puede decirse de la pretendida presunción de la *bona fides* en la prescripción. Frente a millones de casos en los cuales el comprador se encuentra de buena fe, apenas si podrá presentarse uno que no lo está, mientras que la prueba de la *bona fides* (1) si, como ya lo hemos supuesto, se entiende rigurosamente, jamás resultaría. El que considere conmigo esta condición, como un elemento negativo de la usucapión, falta de *mala fides*, puede comprobar la exactitud del punto de vista estadístico establecido para la configuración negativa de las condiciones legales. Lo mismo ocurre con las otras dos condiciones negativas de la prescripción; la interrupción y la cualidad de no usucapible de la cosa. De millones de cosas que se compran, se encuentra una acaso robada; de mil casos, la posesión *ad usucapionem* apenas resulta interrumpida una sola vez.

No es, pues, la simple dificultad de la prueba o su imposibilidad lo que ha llevado el derecho a las dos atenuaciones de las pruebas indicadas; lo que le ha guiado es el fin que doquiera le guía: la concordancia más estrecha del estado de cosas que quiere ordenar con la realidad, y el examen que implica esto de la proporción numérica de los casos de concordancia, con los de discordancia. La estadística es la base sobre la cual debe apoyarse el legislador para hacer practicable el derecho, y en ella se ha apoyado siempre, a sabiendas o no. Lo que muestra cuán poco basta la mera dificultad de la prueba para explicar una atenuación de la misma, es, fuera del caso ya citado del *non usum*, la relación de los muertos simultáneamente. Si algún caso

(1) Contra la opinión reinante Windscheid, *Leerbuch* I, § 117, exige la prueba de la *bona fides:* es preciso alegar y probar circunstancias «que permitan afirmar la buena fe y su recta excusabilidad». ¿Pero cuáles? Yo no puedo probar más, sino que he comprado la cosa; a la puerta, en la tienda, en la calle. Tal es la situación de hecho normal. ¿Qué más circunstancias se requieren? ¿La honradez del vendedor? He comprado la cosa a un extraño desconocido, a un ambulante, de viaje. ¿La honradez del comprador? Si el Juez no le conoce, ¿deberá empezar por inquirirla?

hay de imposibilidad de la prueba es éste: sin embargo, el derecho romano no ha creído necesario prevenirlo por medio de una presunción general. Unicamente para el caso de muerte simultánea de padres y de hijos, estableció la presunción bien conocida, que en la distinción que hace entre púberes e impúberes debía ser bastante aproximado el término medio estadístico de los casos.

El lector acaso extrañe el que para llegar al asunto que debo tratar en este capítulo, a saber; el examen de la teoría subjetiva, en cuanto la prueba de la voluntad de poseer, haya dado yo tan largo rodeo. Lo que a continuación se expondrá habrá de convencerle, creo yo, de que el rodeo no era inútil. No se trataba sólo de probar que esta teoría se frustra tristemente en la cuestión de la prueba del *animus domini*, era preciso plantear la cuestión de la prueba en materia de posesión en el terreno legislativo, y para esto las indicaciones hechas sobre la practicabilidad y la estadística nos eran indispensables.

Supongamos un legislador que se basa en la teoría subjetiva. Debe examinar si puede ser aplicada en materia procesal, es decir, si en un caso particular la voluntad de poseer puede ser probada. Supongamos a su disposición un Juez encargado de aplicar la teoría (1).

La regla que le prescribe es la siguiente: En materia posesoria debera usted admitir la posesión cuando la voluntad del poseedor es poseer la cosa para sí, como un propietario: según los términos del proyecto de Código civil alemán, § 797, haber la cosa como suya; en los demás casos, admitirá usted tan sólo la tenencia.

---

(1) He presentado el ejemplo de la prueba, según la teoría subjetiva, de la cual hace tiempo me había separado, en una de mis *Cartas de un desconocido, sobre la Jurisprudencia actual,* publicada en la *Deutsche Gerichtszeitung,* 5.° año, núm. 21 (1863) y reproducida en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, pág. 54. El proceso acaba por la denegación del demandante que no ha podido probar el *animus dominis* impuesta por un primerizo de la práctica. Dí a conocer en esta época mi propia opinión en las palabras que pongo en boca de este último. Con este caso me doy por curado de mi creencia en el *animus domini.*

¡Muy bien! Pero, ¿cómo reconocerá el Juez—yo desempeñaré su oficio—esta voluntad de poseer? ¿Cómo se expresará esta diversidad de la voluntad exteriormente en las circunstancias mismas de cada caso? El hecho exterior, ¿permite reconocer si interiormente corresponde a esta o aquella voluntad? Tengo ante mí dos caballeros de quienes sé que el uno tiene su caballo por suyo, y que el otro cree estar sobre el caballo de otro, que no monta «sino para ejercer por otro el poder físico». Veo a dos aldeanos cultivar un campo: el primero, lo hace con la intención de tener su propia posesión; el segundo, con la intención de ejercer la posesión de otro; ¿puedo yo discernir en ellos esta intención diferente? Si se añade aún que este último obra así desde hace ya diez años, y el otro sólo desde hace algunos días ¿me da esto indicación alguna? Absolutamente ninguna. Puede muy bien ser el primero colono y el otro propietario.

En mi confusión me dirijo a ellos y les pregunto, según debo hacerlo, conforme a la teoría reinante, si tienen el *animus domini* o *alieno nomine aetinendi*, es decir, la intención de ejercer el poder de hecho sobre la cosa para sí y para otro.

«No comprendemos eso, dirán: explíquese usted más claro».

Se trata de saber si quieren ustedes poseer la cosa como un propietario, a la manera de un propietario. No es preciso para eso que ustedes sean propietarios; basta que ustedes tengan la intención de tomar de hecho su posición.

Está por nacer el colono que no se atribuya esta intención. El fin de mi contrario, dirá nuestro hombre, es que yo recoja los productos de la cosa; lo cual viene a ser de hecho la posición del propietario.

¡No, pardiez! Eso toca sólo al lado *económico* de su relación de usted con la cosa, y no a su naturaleza jurídica; ésta puede ser la posesión o la tenencia. Si usted tiene la intención de poseer, su relación posesoria es una relación jurídicamente protegida, si no, no hay protección jurídica. ¿Qué intención tiene usted? Si no se trata más que de eso, yo me decido naturalmente por la protección posesoria, y esto, a lo que yo creo, me co-

rresponde de derecho, aun independientemente de mi intención, porque yo he tomado el *fundum* en arriendo, y el derecho no puede dejar al colono sin protección.

Si usted es colono, las cosas pasan de otro modo, porque como tal no *puede* de ninguna manera, según el derecho romano, tener la voluntad de poseer.

Entonces, ¿por qué se ha tomado usted el trabajo de inquirir mi voluntad? Podría usted haber comenzado diciendo que se trata únicamente de mi voluntad, manifestándome que no tendría aquélla ningún influjo: ¿por qué no preguntarme desde el primer momento si soy colono?

Yo no quería más que ensayar en usted una teoría jurídica sobre la posesión, según la cual la voluntad de poseer es la que hace inclinar la balanza; ahora estoy convencido de que esta teoría no resiste la prueba. Para saber si alguno posee o sólo tiene, se le debe preguntar la causa de su posesión.

El resultado de esta tentativa, diría yo al legislador presentándole mi informe, es que la voluntad de poseer no me sirve; es un elemento absolutamente impracticable; sólo os resta indicarme en qué relaciones debo yo admitir la voluntad de poseer como existente y en cuáles no.

Y entonces el legislador formulará una lista de las *causae possessionis* y *detentionis* para que practique una segunda prueba.

Tenemos, pues, la obligación de probar la *causae possessionis*. Vamos a ver a dónde llegamos ahora. Para formular un juicio decisivo, quiero admitir el caso inverosímil, pero hipotéticamente supuesto con el fin de examinar la cuestión, de que todas mis cosas muebles hayan sido englobadas en el torbellino de un proceso sucesorio. Ya he dicho antes lo que pienso de la importancia práctica de la protección posesoria para las cosas muebles: pero concedámosle por el momento importancia. Desde luego me he preguntado cuándo y cómo podré presentar la prueba de la *causae possessionis*, de la cosa que yo *poseo* en realidad por haberla comprado o haberla recibido como regalo. Me imagino que de las mil, sólo de diez podré yo presen-

tar tal prueba. De donde resulta prácticamente un déficit de 990 casos entre la realidad y el reconocimiento de mi posesión. ¡Singular protección posesoria ésta, que presta sus servicios a 10 casos y lo niega a 990!

Como Juez, hago un nuevo informe: con la *causa* estoy en el mismo caso que con la voluntad de poseer. Sin duda la *causa* me proporciona un punto de apoyo seguro para juzgar si hay posesión, mientras la voluntad de poseer me deja por completo desarmado en tal supuesto; pero no importa para la defensa. En un caso, es preciso producir una prueba completamente imposible; en otro, una prueba posible en sí, pero que en realidad es imposible de procurar. La relación es la misma en el fondo que en la *actio publiciana*. La parte no debe tampoco producir más que la prueba de la posesión y de la *causa*. ¿Por qué concedéis también una acción posesoria? La única ventaja que tiene sobre la publiciana, consiste en que beneficia también a los ladrones, y en materia de inmuebles a los que han desposeído violentamente a otro, porque todos quieren poseer la cosa «a la manera del propietario», y por tanto, deben ser reconocidos como poseedores. Pero prescindiendo del punto relativo a si estarían en situación de indicar la *causa* de su posesión—lo que en caso de denegación de la parte les pondría en el trance de producir la prueba de que en realidad han robado, usurpado la cosa, o que la han arrancado violentamente de la posesión de otro—prescindiendo de esto, os ruego, ¡oh legisladores!, consideréis si hace falta mantener para tales gentes una acción inútil para todos los que han adquirido la cosa de una manera honesta. Una acción posesoria, unida a la prueba de la *causa*, es superflua donde quiera que fuere *oportuna*, porque está sustituída por la *actio publiciana*, y donde no es superflua no sería oportuna.

Estas reflexiones del Juez sobre la aplicación en el procedimiento de la teoría de la voluntad, resumen el juicio que no puede menos de formarse sobre el valor práctico de esta teoría: tanto sobre su valor individual, en cuanto es absolutamente impracticable, como sobre su valor abstracto, porque lleva a

resultados que no se armonizan con el fin que la legislación persigue en la protección de la posesión. La conclusión está perfectamente indicada para el legislador. Debe organizar la prueba en materia posesoria, de modo que la protección de la posesión sea una realidad, y esto es lo que va sentado en la regla, según la que: *La tenencia de la cosa es posesión, salvo prueba en contrario.*

Esta regla puede expresarse de una doble manera. Primeramente bajo la forma de la *presunción.* Debe haber acudido a esta forma, siempre que para reconocer la posesión exige, además de las condiciones legales de la relación posesoria en general (III), otro elemento: la voluntad especial de poseer, o la *causa.* Tal es el camino seguido por el derecho francés en la disposición del artículo 2230 del Código civil: «On est toujours présumé posseder pour soi et à titre de proprietaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre». Según resulta de las palabras: *poseer para sí* y *poseer para otro*, los autores del Código se atenían aún al dogma de que para la posesión es preciso una voluntad de poseer particular, pero la presunción que han formulado les ha hecho eludir todos los peligros prácticos.

De este modo han revelado un gran conocimiento de las dificultades de la teoría corriente y un buen sentido práctico que no me cansaré de aplaudir. Este artículo, a mi ver, aventaja, en lo que toca a la vida práctica, a todo lo que la literatura ha producido en nuestro siglo acerca de la distinción de la posesión y la tenencia. De un plumazo han salvado una dificultad, contra la cual se había estrellado durante siglos la práctica del derecho común (v. luego); puede decirse francamente, que es un hecho salvador en los dominios de la posesión. Los que conozcan el derecho francés, pueden juzgar si los autores del Código tenían puntos de apoyo anteriores, y cuáles. En Pothier, del cual tanto han tomado, yo no he encontrado nada, ni en sus *Pandectae Justinianae* ni en su *Traité de la possession.* Se comprende en qué medida han sabido apreciar la importancia capital de la prueba de la posesión, por el hecho de que ocho

artículos consagrados a esto (2228-2235), no bajan de tres los que formulan presunciones. Tales son, además del artículo antes citado, el art. 2231:

> «Quand on a commencé á posseder pour autrui on est toujours présumé posseder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.»

y el art. 2234:

> «Le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermediaire, sauf la preuve contraire.»

De este modo han dado una solución satisfactoria a la cuestión de la prueba en la posesión. Toda legislación que quiere mantenerse dentro de la teoría reinante, no puede hacer nada mejor que copiar esos artículos.

El segundo camino es el descrito antes de la separación de las condiciones legales en una parte positiva y otra negativa de la posesión ($x=a+c-n$). Es el camino seguido por el derecho romano. Nuestras fuentes justinianeas nada dicen en ninguna parte sobre la cuestión de la prueba en materia de posesión; pero, según he hecho notar al comienzo de esta obra, Paulo ha hablado de ella en su *Sententiae receptae*, V, 11, § 2:

> *Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, sit rem corporaliter teneam.*

Nos hallamos, pues, ante una referencia auténtica, dada por un jurista romano sobre la práctica romana (1). El texto mismo demuestra que no ha seguido éste el camino de la presunción.

(1) Acerca de las objeciones absolutamente infundadas de Rudorff contra la fuerza probatoria de ese texto, véase luego el examen de su propia opinión.

Las palabras IDEOQUE *sufficit*, no podrían explicarse en este supuesto, porque una presunción no se formula por vía de conclusión sacada del objeto de la prueba; se pone frente a ésta como disposición positiva. La conclusión de que aquí se trata, no puede ser deducida más que si realmente es de la posesión, como yo lo creo, y en su caso, no sólo se comprende fácilmente la decisión de Paulo, sino que a su vez confirma la exactitud de sus opiniones. Arroje sobre esto la luz que de ella tome, y así es como al propio tiempo se comprende que los juristas romanos no hayan dicho ni una sola palabra de la cuestión, relativa a como la posesión debe ser probada a diferencia de la tenencia. La respuesta iba implícita, según la teoría de la posesión.

Por lo demás, sea cual sea de esas dos formas la que el legislador adopte, el resultado práctico es el mismo. Su decisión no interesa sino a la persona jurídica de la relación, bastando que asegure la facilidad de la prueba que ambas procuran. Es preciso convencerse que también en esos casos el resultado del procedimiento coincide lo más estrechamente posible con la realidad de las cosas, conforme al punto de vista que debe dirigir al legislador de la organización de la cuestión de la prueba.

Vamos ahora a someter a la prueba de la estadística la regla de que todo tenedor debe reputarse *a priori* poseedor. Veamos a este efecto, cual es de ordinario en la vida, la proporción numérica entre los casos de posesión y los de tenencia. Trátase de una experiencia que cada cual puede hacer con relación a las cosas que están al alcance de su mano. Por lo que a mí toca, el resultado de mi examen es de que varios miles de libros y otras cosas muebles—5.000 lo menos—que yo poseo, sólo hay en este momento unos cinco de que no tengo más que la tenencia. Son libros que de la librería me han remitido para examinarlos. La tenencia está, pues, respecto de la posesión en relación de 1 a 1.000. En un gran almacén puede elevarse a la de 1 a 100.000 y más. Ahora bien; para no dejar pasar un caso de tenencia en esta enormidad de casos de posesión, el poseedor real, ¿deberá producir una prueba, que en la mayoría de los casos es imposible? ¿Qué importa, en efecto, que el tenedor se des-

lice con él? Respecto del señor o dueño de la posesión, no hay nada que temer, porque puede siempre probar que no es más que un tenedor, y respecto del tercero, todo le es indiferente, En suma, es tan racional tratar *a priori* al tenedor como poseedor, que sería absurdo pretender ya comenzar por probar que lo es. Sin duda, sería erróneo tratarle así si la prueba procesal se encontrase a la altura de la científica en la cual no hay lugar a admitir como verdadero sino lo que está completamente probado. Pero sería, es verdad, desconocer por entero el fin práctico de la regla procesal, aplicar en este punto el criterio de la *verdad* absoluta. El Juez no tiene la ciencia del matemático, del naturalista, del historiador, del lógico, que deben llegar a la verdad. Si quisiera llegar a ésta como ellos, ocasionaría males muy graves. Su teoría de las pruebas llegaría a ser una verdadera maldición para la vida práctica: esto es, lo que ha sido muchas veces en la época del derecho procesal común. El punto de vista que debe guiarle es el mismo que antes hemos señalado para el legislador. Debe procurar la concordancia, lo más estrecha posible entre los resultados del procedimiento y la realidad de las cosas y para alcanzar ese fin es preciso que renuncie a la exactitud absoluta. La prueba del procedimiento *debe* ser inexacta. Pasa aquí algo de lo que pasa con la inexactitud de las monedas con relación al peso prescrito y a la proporción del metal fino que la ley autoriza expresamente en la aleación; hay un promedio de *tolerancia* que es preciso admitir. La inexactitud de la prueba procesal es como la *tolerancia* admitida *en la teoría de las pruebas.*

No hay duda de que, respecto de las cosas muebles, según hemos notado ya, la acción posesoria no es hoy sino una palabra vana, y así el derecho francés ha estado en este punto muy en lo firme, al no concederla más que para las cosas inmuebles. Pero no ocurría lo mismo entre los romanos, en la forma que tuvo hacia fines del Imperio, como acción dirigida contra terceros. Creado en su origen, en atención a la posesión de los esclavos, el *int. uirubi* tenía para esto un valor grande. Sin él, el señor de un esclavo fugitivo y refugiado en casa de

otro—cosa que no debía ser rara en Roma – no hubiera podido hacer uso más que de la *rei vindicatio* o de la *actu publiciana*. Ahora bien, ambas le imponían una prueba, a veces difícil y sometida siempre a largos plazos, mientras que el interdicto no le obligaba más que a probar que el esclavo se encontraba en su casa antes de la fuga *(utrubi-fecit)*; y cuando tal condición se daba, producía seguramente su resultado inmediato en su calidad de interdicto prohibitorio, gracias, además, a la pena a que el demandado se exponía en caso de resistencia *(anus periculo agere)*. El que se presentaba con la autorización probatoria de *ducere* el esclavo y que por vía de precaución llevaba consigo testigos que reconocían al fugitivo y podían atestiguar su estancia anterior en su casa, veía francas todas las puertas. Quien hubiera obtenido el interdicto por la mañana, podía tener a la tarde el esclavo en su poder. Si ahora nos imaginamos el número de esclavos entre los romanos—cítanse hasta 10.000 en posesión de un solo amo, evaluándose la población esclava bajo el imperio en Roma en 500.000—no podrá menos de reconocerse el gran valor práctico del interdicto de que se trata, no siendo concebible que los romanos llegasen a dificultarle exigiendo la prueba de la posesión *jurídica*. De los 10.000 esclavos a que me refería, apenas había uno que su amo se limitase a tener.

Respecto de las cosas inmuebles, la proporción numérica de los casos de tenencia con los de posesión debe de haber sido muy distinta en Roma, especialmente en los últimos tiempos; pero siempre será cierto que los de posesión habrán sido mucho más numerosos.

Resumiré el resultado de mis precedentes explicaciones acerca de la organización legislativa de la cuestión de la prueba. Es completamente erróneo imponer al demandante en el procedimiento posesorio, además de la prueba de la existencia puramente *exterior* de la posesión, es decir, del *corpus*, que como tal implica ya la voluntad de poseer, la prueba de un elemento *interno*, sea del *subjetivo* del *animus domini*, sea del *objetivo*, la *causa*. En la primera alternativa, el legislador haría completa-

mente ilusoria la protección que quiere conceder al poseedor, porque es imposible probar el *animus domini*, y en el segundo caso, ligase esta prueba a una condición que el poseedor real en muchos casos no está en situación de prestar, condición que, siendo también suficiente para la *actio publiciana*, haría poco menos que superflua la posesión, que quedaría reducida a un concepto puramente doctrinal. Para que la protección posesoria adquiera una realidad práctica, el demandante debe estar dispensado de probar que es poseedor y no tenedor, para lo cual hay un doble camino. De un lado, el del procedimiento que formula una presunción de posesión y que se armoniza muy bien con el sostenimiento de la doctrina reinante. De otro, el del aspecto material del derecho, que tiene por condición la sustitución de esta doctrina por la que yo he formulado, y según la cual, los hechos que excepcionalmente reducen la relación posesoria al rango de mera tenencia, deben considerarse como elementos subjetivos de las condiciones legales de la posesión, es decir, como obstáculos a la posesión, cuya prueba incumbe, según las reglas generales, al adversario. El derecho francés ha seguido el primer camino y el romano el segundo.

Examinemos ahora la posición que la teoría de la posesión reinante ha tomado en la cuestión de la prueba.

En rigor, ¡ninguna! La cuestión de la prueba ha quedado fuera de su acción propia. Savigny no ha dicho una palabra de ella en su libro, a pesar de que es imposible que no se haya fijado en el texto de Paulo. ¿Y cuál es el motivo? No hay más que dos respuestas posibles: o que ha visto en la cuestión de la prueba un escollo ante el cual tenía que estrellarse toda su teoría del *animus domini*, o que ha estimado que el teórico no tiene por qué ocuparse de esta cuestión, pues su teoría se reduce a la noción, y que lo relativo a la aplicación compete al práctico, quien debe cuidar de ver cómo salva las dificultades. La primera hipótesis supondría en Savigny demasiada poca conciencia científica al sostener una teoría a sabiendas de que era insostenible; no puede, pues, aceptarse tal hipótesis. Queda la segunda, y por ella toca en un punto que es altamente caracte-

rístico, no sólo para Savigny, sino para toda la jurisprudencia romanista moderna.

No sería yo mismo verdadero teórico si no supiera por experiencia personal cuán lejos del pensamiento del teórico está la cuestión de la prueba; por mi parte, he tardado relativamente bastante en tener conciencia de ella, y aun cuando desde ese momento me he impuesto como ley tener en cuenta en todo lo que yo escriba la cuestión de la prueba, no respondo, sin embargo, de haberlo hecho siempre así; ¿y cómo podía ser esto de otro modo? ¿Cómo quien jamás se encuentra en situación de aplicar prácticamente el derecho—cosa que los teóricos apenas tenemos ocasión de hacer una vez abolidas las consultas de las facultades de derecho — ha de poder desenvolver en sí mismo las condiciones y las dificultades que entraña la cuestión de la prueba? Hállase como el cirujano que no tiene ocasión de manejar el bisturí, no pudiendo extrañar, por tanto, que reducido a proceder por vía meramente especulativa y teórica, llegue a resultados de imposible realización práctica, ya porque sea imposible literalmente la prueba indispensable, ya porque esté ésta rodeada de tales dificultades, que sólo un litigante insensato pudiera someterse a ella (1).

¿Qué significan todas estas sutiles distinciones teóricas, cuando el Juez no puede reconocerlas en los casos particulares? Querer imponer su aplicación, sería lo mismo que si un compositor de música escribiese para una orquesta notas que no puede dar ningún instrumento, o que un médico recetase fórmulas que ningún farmacéutico supiera interpretar. La única respuesta

---

(1) Como prueba, citaré no más un gracioso ejemplo tomado de Arnds *Pand.* § 529: «El *S. C. Velejanum*, dice, encuentra aplicación cuando una mujer se ha obligado, teniendo motivos para creer que no debería pagar con su propio patrimonio, pero no cuando ha contraído la obligación con la intención de pagarla realmente con sus recursos propios». ¡Que se intente probar eso Otro ejemplo: es el aserto de que quien obra en virtud de fraude debe probar el lazo de causa entre el fraude y su acto, esto es, el movimiento que se ha efectuado en el alma del que ha sido engañado.

sensata en este caso, es decir: haga usted mismo la experiencia para que yo la vea.

Y acudo a Savigny para hacer constar ante todo, con otro ejemplo tomado también de su obra sobre la posesión, con qué descuido — y en este caso diré hasta con qué irreflexión — ha pasado por la cuestión de la prueba. La olvida de tal modo, que llega a contradecirse. Enseña una cosa distinta de la que él mismo ha dicho en otro pasaje de su libro.

Se trata de la existencia de la cuasiposesión de una servidumbre predial, por ejemplo, de la de paso. En un sitio (página 480) nos dice «que basta que haya sido ejecutada *una vez a lo menos*, y esto a título de derecho», y más adelante (página 485) que para el *interdictum* de *itinere*, el ejercicio de la servidumbre debe verificarse en cierta medida, siendo preciso que durante el año anterior al día en que se intente la acción, el que quiera intentar el interdicto, haya ejercido el derecho de paso en treinta distintos días a lo menos. He ahí una cuasiposesión *admitida en principio*, pero que para ser protegida, esto es, reconocida *como tal en derecho*, exige una prueba particular, esto es, una posesión que exista y no exista al propio tiempo.

¿Cómo ha podido llegar Savigny a contradecirse de ese modo con sólo cinco páginas de intervalo? Sencillamente, porque en el primer pasaje se preocupa sólo de la *noción* y no de la accción, y en el segundo de la *acción* y no de la noción. No se le ha ocurrido ni siquiera que debiera haber entre ellas concordancia en cuanto a su resultado práctico definitivo. La noción prosigue precipitadamente su camino, cual si la acción nada tuviera que ver con ella, y la acción le responde cual si la noción no existiese (1).

(1) Algo análogo puede verse en la opinión de Puchta (*Pand.*, § 11) sobre la abolición por el legislador de la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario. «Sólo le priva de su efecto respecto del Juez»; en lo demás, queda como estaba. Se trata de un derecho que presenta la particularidad de que el Juez no tiene que aplicarle. Como si todo derecho no se verificase sino por las circunstancias de que el Juez debe apli-

Cuando Savigny escribía su obra sobre la posesión, era un joven a quien no podía censurarse con demasiada severidad la falta completa de conocimientos prácticos de que ha dado pruebas indiscutibles. Si la percepción de la importancia práctica de toda la institución le ha faltado hasta el punto de disputar a los *interdicta adipiscendae possessionis* el carácter de acciones posesorias (1) (pág. 383), no debe sorprendernos que no se le ocurriera la idea de cómo debería probarse el *animus domini*. Pero lo que sorprende es que el hombre ya maduro no haya acabado por reconocer el error de su juventud. En la sexta edición de su libro revisada por él mismo, se encuentra aún la contradicción antes indicada, la afirmación del carácter no posesorio de los referidos interdictos y el silencio más completo sobre la prueba del *animus domini*. Este silencio ha sido fielmente imitado por todos los demás autores que han escrito siguiéndole, sobre la posesión. En ninguna parte, en ninguna monografía o disertación sobre la posesión, en ningún tratado de Pandectas he encontrado un examen de la cuestión de la prueba (2). Sólo Barón constituye una excepción plausible a este propósito; a lo menos ha encontrado una solución a la cuestión (3), aun cuando él mismo reconozca que no es satisfactoria. Partidario de la teoría subjetiva, a pesar de la ocasión que para

---

carle. La cuasiposesión y el derecho consuetudinario, que no existen para el Juez, en rigor, no existen.

(1) *Fundamento de la protección posesoria*, p. 76 y siguientes.

(2) Acerca de Bande se hablará luego.

(3) En sus *Abhandlungen aus dem preussischen Recht*; Berlín, 1860, páginas 4-10. El título del libro explica el que sus explicaciones hayan podido ser ignoradas de los romanistas; cuando antes hablaba de la cuestión de la prueba, no conocía aún su trabajo. Pero desde que Rudoff, en la edición por él publicada del libro de Savigny (1865) ha citado esta obra (n. 126) toda excusa de ignorancia, ha desaparecido aún para los romanistas, por lo que, a partir de esta época, la cuestión de la prueba ha debido ser tratada en todos los cursos de Pandectas. Según Barón, Wiederhold, *Das Interdictum uti possidetis*, § 75, ha tocado ya la cuestión de la prueba. La cita es errónea: he buscado en vano ese pasaje en la obra.

abandonarla le ofrecía la cuestión de la prueba, examina esta doctrina desde el punto de vista de su posibilidad práctica, tal cual yo la entiendo, llegando al resultado de que es absolutamente defectuosa en este respecto, porque rigurosamente hablando, la prueba del *animus domini* es literalmente imposible, lo cual explica con los mismos ejemplos que yo (pág. 163). El derecho romano no nos procura auxilio alguno en este caso, y así la práctica moderna se ha visto obligada a salir del paso por sí sola. A este propósito ha formulado todo un catálogo de *actus possessorii*, respecto de cuya eficacia no se ha hecho ilusión alguna. Al lado de actos que sólo el propietario puede realizar (edificar, demoler, cortar leñas, inscribir en el catastro), figuran otros, que también puede hacer el colono (cultivar, recoger, apacentar el ganado). Era imposible limitar la prueba a los primeros, porque de ese modo se excluía, con el colono, al verdadero propietario mismo, que no hubiera tenido ocasión de realizar esos actos. Si, por el contrario, se declaraban suficientes los últimos, el colono seguía la suerte del propietario.

En esta situación tan confusa se ha recurrido a una presunción de posesión (*semper potius praesumi nomine* PROPIO *quam nomine* ALIENO *possidere*); pero concediendo que era necesario una comprobación por medio de un examen y de una apreciación exacta de los actos de posesión aducidos por ambas partes.

Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento, ¡y qué juramento! ¡Un juramento sobre un estado de alma! ¡Y qué estado de alma! Imagínese un aldeano llamado a prestar juramento sobre el *animus domini*, que los grandes juristas no han llegado todavía a comprender.

Barón acaba afirmando, en conclusión, que la cuestión de la prueba no ha sido resuelta por la práctica, cosa que creo muy exacta. Es también de opinión, aunque sin dar prueba alguna, que la decisión de Paulo, que hemos citado para probar la práctica romana, «no se admitía en todos los procesos posesorios en

Roma, antes al contrario, en toda una serie de casos se acudía a la CAUSA *possessionis* para probar la *possessio*; y especialmente el *animus possidendi*. Los dos textos que cita a este efecto (Gayo IV, 166-168, L. 3 *pr. uti poss.* 43, 17), nada dicen: el primero limítase a mencionar la necesidad de probar la posesión, sin decir cómo, y el segundo no habla siquiera de la prueba. El argumento que saca del *interdictum* de *superficiebus*, que menciona expresamente la LEX LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONES no tiene fuerza probatoria, porque no podría sacarse de él partido alguno en cuanto a la *posesión de las cosas*, única de que aquí se trata.

Su juicio definitivo sobre el derecho romano en materia de posesión (pág. 9), es que éste con respecto a la cuestión de la prueba, ha cometido una doble falta. Si, dice, la causa *possessionis* debía ser alegada, no hacía falta una protección posesoria; la petitoria bastaba para evitar toda injusticia; y además, tanto en Roma como entre nosotros, no ha podido fundarse la prueba sino sobre actos de posesión dudosos o equívocos. En realidad, esas dos faltas no deben imputarse al derecho romano, sino a la idea errónea que de él se ha formado generalmente.

La explicación de Barón ha dado ocasión a Rudorff para colocarse enfrente de Savigny en las adiciones que ha puesto a la séptima edición de su obra (núm. 128). Mientras Barón, al reconocer como buena la necesidad de concordar la prueba con las condiciones legales de la relación jurídica, exige la prueba del *animus domini* y no cree que deba recurrirse a la causa sino a la fuerza y sólo para facilitar esta prueba. Rudorff comete en este caso, respecto de la posesión de las cosas, la misma falta que Savigny (pág. 76) respecto de la de los derechos; lleva la prueba a otro elemento distinto de aquél, que con Savigny y su teoría, reconoce como decisivo, a saber: a la *causa possessionis* en lugar de referirlo al *animus domini*. En cuanto a la teoría de la prueba que formula, la conceptúa tan exacta que la presenta como «la verdadera teoría romana de la posesión».

Oigámosle:

Cuando Gayo (IV, 166) dice: que el Juez en el *interdictum uti*

possidetis debía dirigir su investigación: *uter eorum nec vi... nec clam, nec precario possiderit*, síguese que el demandante debe probar, no sólo su posesión jurídica, sino también la falta de todo vicio en la posesión frente al adversario. Esta prueba se hace en este caso como respecto de todo derecho, por la prueba de la causa, esto es, por la del hecho sobre el cual el demandante funda la *legitimidad* relativa de su *voluntad* de apropiarse la cosa: debe, por tanto, establecer: 1, la adquisición con la voluntad del demandado o bien, 2, la adquisición con la voluntad de un tercero; importando poco en este último caso que sea con el consentimiento del contrario o contra su voluntad.»

Dejemos a un lado, porque no tiene interés para nosotros, la sorprendente afirmación de que el demandante debe probar la falta de todo vicio en la posesión frente al contrario. No se trata aquí más que de esta cuestión. ¿Cómo probará el demandante que es poseedor y no simple tenedor? Según Rudorff, no puede hacerlo sino remontándose hasta *la adquisición* de la posesión, y probando que tiene una causa que el derecho romano considera bastante para la posesión. El motivo que Rudorff toma de la teoría general de las pruebas jurídicas («la prueba se hace aquí como respecto de todo derecho, por la prueba de la causa»), demuestra que ha desconocido por completo la distinción fundamental entre la posesión y todos los demás derechos. No parece haberse fijado en la consecuencia de que, siendo esto así, la prueba de la existencia actual de la posesión debe también «con respecto de cualquier otro derecho» estimarse producido por la prueba de su *establecimiento*. Precisamente porque la cuestión de la existencia de la posesión se mueve en el *presente*, es por lo que se distingue de la existencia de los derechos, la cual se remonta en el *pasado*. La existencia de los derechos como tal, como hecho, no puede nunca probarse directamente; sólo puede serlo indirectamente por la de su establecimiento. Según la misma teoría subjetiva, que en este punto ha dado en el clavo, la existencia de la posesión, una vez dados el *corpus* y el *animus*, es objeto de una percepción directa. Rudorff, por el contrario, se remonta hasta la *causa* que obra en el pasado

abandonando así la idea fundamental de la teoría subjetiva. Rudorff restringe la prueba de la *causa* a los casos de adquisición de la posesión del adversario o de un tercero. ¿Es que no hay otros casos de adquisición de la posesión? La caza recogida, el tesoro encontrado, no han pertenecido nunca hasta aquel momento a nadie; la cosa encontrada, perdida o abandonada por su propietario, no está en posesión y sabido es que los romanos admiten también la adquisición unilateral de la posesión de las cosas inmuebles no poseídas, cuando la *possessio vel et negligentia domini vacet, vel quia dominus sine succesore decesserit vel longo tempore abfuerit* (L. 37, § 1 de *usurp.* 41, 3). Ahora bien; en esos casos, ¿cómo podría el poseedor probar que había adquirido de un *tercero*? Es, por tanto, cierto que la *causa possessionis*, debe en todo caso recibir más amplia extensión que la que le da Rudorff, abrazando todas las hipótesis en que el derecho romano admite el nacimiento de la posesión.

Examinemos ahora, en primer término, los casos designados en último lugar, para ver hasta dónde nos llevaría la necesidad de probar la adquisición.

Yo he cazado algunas piezas, recogido el tesoro, pero nadie estaba presente para poder atestiguar mi adquisición. Según Rudorff, me encontraría en la imposibidad de probar mi posesión porque la simple exterioridad no basta; como para los demás derechos es preciso probar la adquisición. Este resultado se condena por sí mismo, y estoy seguro de que el propio Rudorff no hubiera vacilado en prescindir de la prueba del *acto* de adquisición. Pero si esto pasa con estos casos, ¿por qué no ha de ser lo mismo cuando se trata de uno que haya comprado la caza al cazador o el tesoro al inventor? Si estos últimos no tienen necesidad de justificar cómo han entrado en posesión de la cosa, ¿por qué han de hacerlo los otros? Si les basta decir que han cazado la caza o encontrado el tesoro, ¿por qué no bastará decir en su caso que se ha comprado la cosa? Por lo demás, si esto no bastara, el interesado tendría el camino abierto con sostener que ha encontrado la cosa. Ahora bien: ¿qué haría el Juez

en este caso? Una de dos: o los creería en ambos casos o bien en ambos les impondría la prueba..

Los romanos reconocían como poseedores aun a los bandidos y a los ladrones. Podían éstos también intentar el *interdictum utrubi*. Según Rudorff, éstos hubieran debido, para sentar su posesión, probar nada menos que habían robado o adquirido violentamente la cosa!

Ya antes he dicho lo que me parecía de la singular relación que la necesidad de probar la *causa* hubiera establecido entre la acción posesoria y la *publiciana*. Cuando *un bonae fidei possesor* intentaba en Roma esta acción, le bastaba probar la *causa* y la posesión obtenida por medio de ella; cuando intentase el *interdictum utrubi*, hubiera debido probar además la más larga duración de su posesión durante el año precedente *(major pars anni)*. ¡Según esto, un posesorio obliga a una prueba *más difícil* que un petitorio!

Veamos las pruebas que el autor citado presenta de su «verdadera teoría de las pruebas romanas». No hay otra que el pasaje de Gayo IV, 166, antes citado, que no dice una palabra de la manera como la prueba debe ser procurada, sino que se limita a ordenar al Juez que investigue cuál de las partes la posee. Barón había a lo menos presentado *un punto* de apoyo tomado de las fuentes, en pro de la teoría de la causa, a saber: la designación de la causa en el *interdictum* de *superficiebus*. Rudorff no encuentra aceptable este argumento. Declaro que no he sido capaz de explicarme su respuesta, por lo que la reproduzco textualmente, dejando al lector el trabajo de adivinar lo que el autor ha querido decir.

«La *lex locationis*, dice, limítase aquí a precisar los límites convencionales de la superficie, y no el punto de partida de la posesión; en otros términos, precisa la *causa próxima*, no la *remota*. ¿Por qué sin eso faltaría la causa en todos los interdictos posesorios de aquel que posee a título de propietario?»

Según esto, porque el Pretor no la nombra en estos últimos interdictos, ¿no debe dársele importancia allí *donde la exige expresamente*? En lugar de sentar que allí no la exigía, nos enseña

algunas líneas más abajo que era necesaria. y en lugar de proponerse la cuestión, que parece imponerse también, relativa a saber si por acaso no habría sido tratándose de la *juris possessio* en la superficie, de una manera distinta, que tratándose de la posesión de las cosas, pasa rápidamente sobre la *lex locationes* del interdicto en cuestión, afirmando que se reduce a precisar los límites convencionales de las superficies. ¿Es que el Pretor no se había fijado en la cosa capital, esto es, en que se trataba del establecimiento de una *superficie* EN GENERAL? Para conocer la esencia de una cosa hace falta conocer la cosa misma. La instrucción que el Pretor daba al Juez de este interdicto, según Rudorff, debería de haber sido la siguiente: no tiene que preocuparse con la *existencia* de las *superficies*, sino tan sólo con los *límites* del derecho superficiario. Si el Pretor no hubiera impuesto al Juez la cuestión de la existencia de la *superficie*, ¿para qué habrá distinguido dicho Juez el superficiario del arrendatario ordinario? La relación exterior es exactamente la misma; ambos ocupan la casa o el piso, el elemento decisivo no puede, pues, estar más que en la circunstancia de que el derecho de uso ha sido concedido a uno de ellos bajo forma de *superficies*. En la protección posesoria del usufructuario debe haber pasado lo mismo; no podía bastarle probar tan sólo el *uti frui*, que no tiene otro aspecto en él que en el arrendatario y en el colono; ha debido valerse de la *causa*, es decir, del establecimiento del usufructo – por testamento o intervivos (1). En la petitoria, tanto en uno como en otro caso, debía probarse que la relación se había establecido por el propietario; en la posesoria bastaba el acto exterior de establecimiento como tal. Las fuentes nos dejan aquí sin apoyo: la mención *legati nomine... uteris frueris* en Vat. fr. § 90, en el *int. quod* LEGATORUM, se explica por las

(1) Savigny tampoco aquí (p. 477) menciona la cuestión de la prueba; pero, sin embargo, no debió de pasarle inadvertida la confusión posible de la relación posesoria del usufructuario con la del colono, puesto que cuando habla de la adquisición de la cuasiposesión del primero (474) exige, sin decir más, que los actos hayan sido ejecutados teniendo como objetivo el usufructo.

condiciones de este *int.* y no permite sacar sus conclusiones para el *interdictum uti possidetis utile.*

En cuanto al argumento negativo que contiene contra su opinión el texto ya invocado de Paulo, que declara suficiente la prueba de la exterioridad de la posesión, Rudorff lo esquiva diciendo que ese pasaje se refiere sólo al derecho de la *lex Cincia.* Cierto es que Paulo hace esta advertencia a propósito de la donación (V. II, § 2, de *donationibus*), pero Rudorff se ha olvidado por completo el indicar cómo la pretendida relación de ese pasaje con el derecho citado, podía disminuir la fuerza probatoria en general; lo cual prueba que no tenía idea clara de estos puntos. ¿Qué hay, en efecto, de común entre la *lex Cincia* y la prueba de la posesión? La única disposición que contiene sobre la posesión, consistía en la necesidad de esta última para la perfección de la donación de *personae non exceptae.* Esta posesión, para las cosas muebles, debe haber durado bastante tiempo, para que su restitución no pudiera ya ser reclamada por el donante por medio de *inter. utrubi* (1), debiendo sin duda el donatario hacer esta prueba de la posesión prolongada. Pero nada más. Lo que lo demuestra, es que en el pasaje citado de los fragmentos del Vaticano, Paulo, cual si hubiera previsto la objeción de Rudorff respecto a la posesión de la *lex Cincia*, añade expresamente: *probatio traditae vel* NON *traditae possessionis non* TAM IN JURE QUAM IN FACTO *consistit*, o en otros términos; en cuanto a la cuestión de la posesión importa poco que la donación fuese válida o nula (*probatio non in jure consistit*). Esta cuestión es aquí, como en todos los casos, más para cuestión de hecho (*in facto consistit*), añadiendo como conclusión: *ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam.* Como es precisamente lo contrario del aserto de Rudorff, la *lex Cincia* no tiene nada de común con la cuestión de posesión; por tanto, lo que Paulo dice aquí de la prueba de la posesión es verdad *en absoluto*, la prueba de la *causa* no es necesaria.

---

(1) Vat. fr. § 293; *majore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt.*

Para acabar de presentar las confusiones del autor citado, nos dice en otro sitio (p. 637), donde invoca el pasaje de Paulo que se adaptaba al principio de que la posesión de hecho de la cosa dada sería decisiva, olvidando por completo que, según la página 691, esta prueba no basta, por ser necesaria también la de la *adquisición* de la posesión.

El lector, con lo que precede puede ver lo que vale la *verdadera teoría de la prueba romana*, del escritor de que hablamos. Mi pluma se resistía a descubrir todo este baturrillo de afirmaciones sin fundamento, cuyo alcance no se percibe, de conclusiones evidentemente falsas, de argumentos en el aire, y de contradicciones intrínsecas; pero era necesario exponerlo todo para el desempeño de mi tarea. No conozco en toda nuestra literatura otro ejemplo de una tan grande y compleja confusión como esa; para expresar gráficamente toda la imperdonable falta de ideas, de que da muestra en el espacio de esas tres páginas Rudorff, se me ocurre siempre compararla con el trabajo de un niño que trata de arreglar su reloj que no marcha como él desearía.

Después de Rudorff, Randa (1) ha tocado también la cuestión de la prueba en la posesión; pero se limita a tocarla porque no puede estimarse lo que dice como una solución. Limítase a decir estas palabras: «Si aprehendiendo la cosa el poseedor ha *expresado* su voluntad de apropiársela, la prueba de esto sólo es decisiva, porque precisamente la voluntad de poseer depende de su libre arbitrio. Si no la hubiera manifestado expresamente, fuera del juramento inadmisible en el procedimiento posesorio, no queda más que la prueba *de indicios*».

La declaración expresa.—Quisiera saber dónde y cuándo se ha visto una. Por mi parte, yo he tomado durante mi vida posesión de una innumerable cantidad de cosas; pero aun siendo jurista, y como tal conociendo muy bien la importancia práctica que para mi relación posesoria tiene la consignación de mi voluntad de poseer, nunca se me ha ocurrido declarar mi *ani-*

(1) *Der Besitz nach söterr Recht*, 3.ª edic. p. 372.

mus domini, y para decirlo todo, jamás me he preocupado por saber si obtenía la posesión o la tenencia. Me he portado como cualquiera que toma una cosa sin fijarse en si se hace poseedor o tenedor de ella. Ahora bien; si yo, que conozco muy bien la distinción entre la posesión y la tenencia, no me he cuidado de hacer esta declaración de mi voluntad de poseer, ¿cómo esperarla de un hombre cualquiera que no tiene idea alguna de semejante distinción? Es preciso decir aquí, siguiendo a Celso, en la L. 38, § 2, *de act. empti.* (19, 1); *nihil de ea re neque venditor neque emtor cogitaverunt, ut plerumque in ejus modi rebus evenisse solet.* Dejemos, pues, la declaración de la voluntad de poseer allí donde ha surgido: sobre el papel; nada tiene que hacer en otra parte.

Sin duda que si esta declaración pudiera ser hecha ante el Juez, tendría una cierta utilidad. En ese caso, realmente la cuestión se decidiría inmediatamente, pues quisiera, en verdad, ver qué parte una vez aleccionada de antemano por el Juez sobre la esencia de la voluntad de poseer y sobre las consecuencias prácticas de la misma, no respondería afirmativamente a la cuestión de saber si realmente tiene esta voluntad. Es de sentir, que ese medio de manifestarse la voluntad de poseer por una declaración, se rehace del procedimiento. Y queda sólo la declaración en el momento de la aprehensión, exigida por este autor, declaración que cabalmente no se hace nunca.

Los indicios.—¡Si el autor hubiera añadido a lo menos una palabra más! Es imposible que le fueran desconocidas las explicaciones de Barón y de Rudorff: sabría, pues, qué dificultades ocasiona en la práctica la prueba por indicios de la voluntad de poseer, qué trabajo inútil se le ha consagrado, y lo que ambos autores citados han dicho del asunto. Sin embargo, guarda un silencio completo acerca del caso. ¿Qué significa esto sino que ha tenido muy poderosas razones para eludir la cuestión de la prueba de la voluntad de poseer? Y ha hecho bien por lo demás, y Savigny, lo mismo así como casi todos los otros autores, excepción hecha de los dos citados, la teoría de la dualidad de la voluntad de poseer no puede sostenerse si no se examina la

cuestión de la prueba; esta cuestión es el escollo contra el cual se estrella inevitablemente.

Seguro estoy de que arrojaría una luz muy viva sobre el papel de la cuestión de la prueba en materia de posesión, comparándola con el que desempeña en las demás relaciones de derecho real, donde se representa el elemento de la posesión: *tenencia, bonae fidei possessio, propiedad.*

El carácter distintivo de estas últimas relaciones consiste en que la prueba se dirige hacia el *pasado*, mientras que la posesión se refiere al *presente*. Además, en materia de posesión recae sobre el puro *hecho* de la voluntad de poseer, realizada en la relación exterior con la cosa, mientras que en las demás relaciones recae también sobre otro elemento de naturaleza jurídica, esto es, la *causa* (1), a la cual se añade, además, para la propiedad un tercer elemento (v. luego).

La graduación de la prueba puede, pues, presentarse bajo el siguiente esquema:

I. La posesión

Basta la mera exterioridad de la relación posesoria, sin que sea precisa aún la prueba de la voluntad. La posesión aparente implica la voluntad de poseer. La situación es la misma que en las relaciones obligatorias. En la venta y en el arriendo no se exige y no se prueba el *animus vendendi, locandi;* lo mismo debe pasar con el *animus possidendi* en la posesión. La voluntad de poseer que desempeña un papel tan grande en la teoría reinante, no se manifiesta jamás en la aplicación práctica del derecho, porque concuerda con la posesión aparente de un modo tan completo, como la voluntad de vender o de arrendar con la venta o el arrendamiento aparentes.

---

(1) No debe olvidarse que aquí, como en lo que precede, me he fijado sólo en la tenencia *contractual*, única de que se trata en la teoría subjetiva.

2. Tenencia y bonae fidei possessio

La primera representa el *minimum* de la posesión; la segunda el *máximum*. En la posesión está la balanza en el fiel. La tenencia, nos representa la inclinación en un sentido, la *bonae fidei possessio* en otro. En una y otra se pone un elemento en la balanza que produce el desequilibrio: en la primera es un elemento *negativo*, que excluye la eficacia normal de las condiciones legales de la posesión, nuestro factor $-n$; en la otra es un elemento *positivo* que la aumenta, el título $(= + t)$. En ambos casos, es un elemento de naturaleza *jurídica* que obra en el *pasado* y que produce este efecto, y de *ordinario* es un contrato (1). En la tenencia enderézase a la concesión *pasajera* de la cosa, en la *bonae fidei possessionis* a la concesión definitiva.

3. La propiedad

A la posesión y a la *causa* añádese aquí, en dos casos, a saber: en la tradición y en la usucapión, un tercer elemento; en el primero, es la propiedad del autor primitivo $(=+e)$, y en el segundo, la duración de la posesión $(=+d)$; en la *occupatio* la causa desaparece, poniéndose en su lugar la falta de dueño $(=+h)$.

Las fórmulas de las cuatro relaciones citadas revestirán, pues, con relación a la prueba, el aspecto siguiente:

para la posesión: $a + c$
para la tenencia: $a + c - n$
para la *bonae fidei possessio:* $a + c + t$
para la propiedad: $a + c + t + e$
otro caso: $a + c + t + d$
$a + c + h$

Como en esas cuatro relaciones la voluntad individual no hace inclinarse la balanza hacia ningún lado, resulta que el dere-

(1) No tendría interés indicar aquí los casos en que esas dos relaciones pueden nacer sin contrato.

cho de las cosas goza, respecto de la organización práctica de la prueba, de una gran ventaja comparada con el derecho de las obligaciones. Los sucesos obligatorios pueden ser de tal naturaleza que, según la diversidad de la voluntad individual, impliquen ya tal acto, ya tal otro, o, en otros términos, que ese estado exterior se aplique al uno o al otro. El fiel de la balanza está aquí representado por la *voluntad individual*, que, por tanto, debe ser probada en cada caso. Encuéntranse ejemplos de la promesa reiterada, que puede ser hecha, tanto como estipulación accesoria o constituída, cuanto como novación, y en los adelantos por otros, los cuales se concilian también lo mismo con el *animus donandi* que con el *animus negotia gerendi*. La primera relación, como es sabido, ha llamado de un modo extraordinario la atención de los juristas romanos. Teniendo en cuenta la dificultad para el Juez de comprobar la voluntad en un caso dado, han considerado conveniente acudir en su auxilio para el establecimiento de toda especie de *criteriums* (y no de presunciones) (1) en favor del *animus novandi*. El juicio que Justiniano ha formulado a tal propósito, con ocasión del remedio que de ese modo concedía (2), es conocido y constituye un testimonio elocuente de la incertidumbre de este *método individualista de la prueba*, como yo le llamo. El legislador no puede, por desgracia, excluirle completamente, pero siempre que pueda debe hacerlo. Puede decirse, en honor del derecho romano, que ha hecho en éste todo cuanto le fué posible. Tenía para eso un medio muy útil en la *forma* de los actos jurídicos; v. gr., *la forma de la estipulación* para distinguir una promesa hecha con una intención jurídicamente obligatoria, de otra hecha con una intención jurídicamente no obligatoria, la *forma del testamento* para prevenir la confusión de la aseguración no obligatoria de un proyecto de última voluntad con la disposición de la última voluntad misma; la forma de la *emancipatio* y de la *in*

(1) La ley establecida *presunciones*; el jurista *criterios*.

(2) L. ult Cód. de Nov. (8-42) *Novationum* INNOCENTIA *corrigentes* VOLUNTATIS *et veteris juris* AMBIGUITATIS *resecantes*.

jure cessio para distinguir la servidumbre predial de la convención de vecindad simplemente obligatoria o de la concesión precaria de su ejercicio. Servía para el mismo fin también la *traditio,* que separaba el efecto de *derecho real* del contrato, del *obligatorio.* Allí donde la forma faltaba, como en las convenciones del *jus gentium*, los romanos habían recurrido a la fijación exacta de las *condiciones legales relativas a la materialidad del derecho.* Los contratos a quienes faltaba, bien sea la forma, bien las condiciones de derecho materiales, no tenían acciones.

La desaparición en el derecho actual de las formas romanas para el derecho de las obligaciones y de las cosas, ha producido una laguna que puede ofrecer graves inconvenientes, cuando las partes no han indicado expresamente la relación que han querido producir. ¿Los dos vecinos se han propuesto crear una servidumbre predial, o personal, una convención obligatoria o un precario? Los términos de que se han servido pueden ser tan vagos que no den noticia alguna a este propósito. En tal caso, sólo resta interpretar la voluntad individual según las circunstancias. No necesito decir cuán aventurado es esto. La cuestión misma, relativa a saber si la parte que ha hecho a otra una promesa, por ejemplo, de acudir en su auxilio por un préstamo en caso de necesidad, ha querido con ello ligarse jurídicamente, o tan sólo declarar de una manera no obligatoria en derecho su deseo de ayudarle, puede producir muchas dudas, según las circunstancias. Entre los romanos la necesidad de la estipulación impedía la duda.

Sólo faltaba que la necesidad de la tradición fuese abolida en los contratos relativos a la transmisión de la propiedad, para que aquí también surgiera la cuestión de la voluntad individual, y con ella una incertidumbre muy perjudicial para las relaciones. Esta consideración es la que me indispone contra la corriente, que se manifiesta cada vez más fuerte en nuestra literatura actual, y que tiende a la eliminación del acto exterior de la tradición. Y no es que yo crea que motivos deducidos del *fondo* del derecho, deben atenernos a la tradición, y que no sepa yo elevarme hasta la idea de que la propiedad pueda ser indepen-

dientemente de la posesión para su *establecimiento*, cual lo es para su *mantenimiento*. Lo que me mueve en este caso son razones tan sólo de carácter *procesal*. Veo en la tradición un signo muy parecido a la transición del estado *obligatorio* al de *derecho real*. Con la abolición de la tradición, la cuestión de saber si la parte no ha querido más que obligarse, o si ha transferido la propiedad, se expondría en muchos casos a las mayores dificultades: en lugar de la prueba relativamente fácil del acto de tradición, pondríase la tan difícil de la voluntad individual.

La prueba de la voluntad puede revestir una triple forma, que designaré con los nombres de método *absoluto*, *relativo* e *individual*.

La absoluta.—He dado de ella una idea antes en el ejemplo del contrato de venta y de la posesión. Su carácter consiste en que las condiciones legales de la solución se han fijado de una manera tan precisa, que implican la voluntad. La llamo de método absoluto, porque la existencia puramente aparente de las condiciones dichas, basta para excluir toda duda sobre la existencia de la voluntad.

La relativa.—Se presenta en la tradición para la propiedad. El acto exterior, como tal, no enseña si la propiedad debe ser transmitida (1); en efecto, puede la tradición implicar, según la diversidad de las circunstancias, la transmisión, bien sea de la propiedad, bien de la posesión, o bien de la tenencia. Para averiguar la intención de la transmisión de la propiedad cuando no resulte expresa, es preciso, pues, acudir a un elemento que no esté contenido en el acto exterior mismo (2), y he ahí por qué llamo a este método *relativo*. Encuéntrase la forma absoluta de la prueba, con relación a la voluntad, en la transmisión de la propiedad, en la *mancipatio* y en la *in jure cessio*. La voluntad de transmitir la propiedad resulta ahí del acto mismo, que tenía

---

(1) V. la conocida regla de La L. 31, pr. de A. R. D. (41-1): *nunquam nuda traditio transfert dominium.*

(2) Continuación del texto citado en la nota anterior: *sed ita si venditio aut* ALIQUA SUSTA CAUSA PROECESSERIT.

exclusivamente tal destino. El fin perseguido en esas formas hállase contenido en el acto mismo: en la tradición está situado fuera.

La individual.—La he presentado antes en el *animus novandi* y *donandi*. Análogamente a la forma del método relativo, encuéntrase frente a varias fases posibles de los actos, entre los cuales ella elige; pero mientras aquélla, para responder a la cuestión del fin, tiene el recurso de acudir a la *causa*, ésta debe responder únicamente por el acto mismo, esto es, por las circunstancias que ofrece éste para interpretar o descubrir la voluntad.

Con respecto a las dificultades que puede ocasionar la cuestión de la voluntad, el método de prueba individual ocupa el *primer* lugar, el relativo el *segundo* y el absoluto el *tercero*.

No he hecho esta indicación final acerca de los tres métodos de prueba de la voluntad, sino con el objeto de poner de relieve fácilmente el contraste que existe, con relación a la voluntad de poseer, entre la teoría posesoria reinante y la mía; según, mi teoría, la prueba de la voluntad de poseer tiene la forma *absoluta*, es decir, la relación posesoria implica la voluntad de poseer; según la reinante, tiene la forma individual, es decir, que debe ser probada en cada caso particular.

X

La prueba político-legislativa

La prueba a que hemos sometido la teoría subjetiva en el anterior capítulo desarróllase ante el Juez; ésta ante el legislador. No se ha practicado jamás hasta ahora. Ninguno de los partidarios de esta teoría ha intentado, que yo sepa, justificar, desde el punto de vista político-legislativo, la oposición entre la posesión y la tenencia, ni con respecto a la idea fundamental por la cual se ha dejado guiar, según se cree, el derecho romano; la dualidad de la voluntad de poseer, ni con respecto a la aplicación que ha hecho de ella a las relaciones aisladas. Los casos mismos en los cuales se admite que ha prescindido de esta idea, es decir, los de la posesión derivada, no han procurado a la teoría reinante la ocasión de tocar la cuestión más de cerca; antes bien pasa de largo añadiendo la frase desprovista de sentido, según la que tales casos han sido producidos por causas práoticas o históricas, pero sin exponer estas últimas.

El punto de vista en que se coloca en esta teoría, no es, pues, más que un puro y frío *positivismo*.

Tal es la disposición del derecho romano. ¿Qué motivos ha tenido para ello? Cosa es que no preocupa a la teoría; su misión limítase a la exposición de las reglas positivas del derecho romano. Sólo una vez, algunos partidarios de la teoría subjetiva, se han separado de esta línea de conducta intentando deducir *a priori* la posesión romana de la naturaleza de la voluntad (1).

(1) Examinaré los detalles en la ojeada acerca de la historia literaria (XII).

Se ha acudido aquí, como en tantas otras ocasiones, a la lógica del derecho para explicar y justificar las disposiciones positivas, pero en realidad todo se ha limitado a deshacer el camino propio de la idea político legislativa, única en situación de desempeñar esa tarea. ¿Por qué, se dice, buscar la justificación o la necesidad legislativa de una disposición positiva, cuando se ha sentado que ésta no puede ser más que lo que es y que al legislador no le toca otra cosa que inclinarse ante los dictados de la lógica?

No es éste el lugar más adecuado para extenderme acerca de la pretensión de subordinar al legislador a la lógica del derecho (1). En mi concepto, su relación con ésta es sencillamente la siguiente: cuando conduce a resultados prácticos aceptables, la acoge; si no, la rechaza. El legislador no puede hacer otra cosa si quiere responder a su misión, y el derecho romano no se ha separado de esta línea de conducta. Precisamente contiene ejemplos muy notables de esto la doctrina de la posesión. En principio, la posesión hubiera debido cesar inmediatamente de producirse la locura; por motivos prácticos, el derecho romano la deja continuar. En principio, la extinción de la posesión por la muerte del poseedor, hubiera debido interrumpir la usucapión; el derecho romano deja que continúe. Teóricamente, el poseedor debería perder la posesión a consecuencia de la ocupación de su fundo en su ausencia; pero la conserva. Conforme a la teoría subjetiva, en principio debería haber tenencia en los casos de posesión derivada y hay posesión. ¿Qué es lo que ha producido todas esas desviaciones de la lógica del derecho? Sencillamente el interés práctico. Ahora bien; un derecho como el romano, que no ha vacilado en sacrificar por consideraciones prácticas los principios por él mismo reconocidos, ¿es posible que se dejase imponer por la lógica jurídica la idea fundamen-

(1) Haré esto en mi obra sobre el fin en el derecho *(Zweck im Recht)*. Encamínase ésta, según mi plan originario, a poner de relieve el elemento teológico frente a la importancia exagerada que la opinión reinante da al elemento lógico en el derecho.

tal de toda la doctrina posesoria sin atender a las exigencias prácticas? De ningún modo. Las explicaciones que siguen, demostrarán si la idea de la dualidad de poseer se presta a ser traducida en ley. La teoría de la voluntad va a ser sometida a la prueba a presencia del legislador. El legislador ve en primer término ante sí la teoría de la voluntad abstracta; ésta le indica que al establecer la distinción entre posesión y tenencia debe guiarse por la idea de la diferencia intrínseca de la voluntad de poseer, decidiendo, según ella, si hay posesión o tenencia; ¿y qué responderá aquél? Las mismas consideraciones que en tantos casos me han determinado a decidir cosa distinta de lo que teóricamente se indica, tienen para mí el mismo peso cuando se trata de saber si en la posesión derivada debo admitir la posesión o la tenencia. Si porque el acreedor con prenda no tiene la verdadera voluntad de poseer, yo le negase la posesión para concederla a quien constituye la prenda, daría a éste la facultad de tomar la cosa del acreedor, lo que es inconciliable con la seguridad de la situación jurídica del acreedor, colocándole en la extraña posición contradictoria de concederle la *in rem actio* para obtener la cosa, sin concederle protección alguna para *conservarla*. Las mismas consideraciones son también decisivas para mí con relación a los *jura in re*; caería en contradicción si quisiera concederle la protección enérgica de la *in rem actio*, y al propio tiempo negarle la más débil de las acciones posesorias. La teoría puede explicarse eso como le acomode, recurrir a una *juris possessio* o a una *corporis possessio* excepcional, dispensada de la verdadera voluntad de poseer, nada me importa; por mi parte me atengo a la regla práctica de que esas dos personas serán protegidas posesoriamente, o lo que es lo mismo, que esas personas tienen la posesión.

Algunas legislaciones modernas, por ejemplo, el derecho prusiano, han llegado más lejos aún en este camino de extender la posesión a los casos de posesión derivada, a pesar de la falta del *animus domini*. Llegan a dar un derecho real al colono y al inquilino. El derecho prusiano no ha hecho más que restaurar, con algunas modificaciones, las disposiciones del antiguo dere-

cho germánico, que concedían la *gewere* al colono del derecho común al igual que al feudatario (1). El derecho romano reconocía la posesión en materia de posesión derivada, aun para las cosas muebles, en tres casos: prenda, precario y secuestro.— ¿No podría la legislación ir más allá aún en el camino de la posesión respecto de esas cosas? Cuestión es ésta que reservo para la conclusión de esta obra. En todo caso, la legislación no debe dejarse dominar por la objeción de que el *animus domini* falte: si ha pasado por encima de tal consideración en tales casos, puede hacer lo mismo en otros. La teoría de la voluntad abstracta no resiste, pues, su prueba ante el legislador; éste la ha rechazado como inaceptable en una porción de casos. Sea, dirá la teoría, pero son casos excepcionales; en los demas, ¿la reconoce en virtud de la fuerza de la lógica? Ya hemos visto que no se ha sometido a ella en los casos de posesión derivada; y, ¿por qué? No puede ser sino porque la situación que la teoría subjetiva supone lógicamente indicada se realiza en ciertos casos y no en otros. La consideración que le ha determinado a rechazarla unas veces, le ha impulsado a aceptarla otras. Una misma idea le permite en la posesión derivada admitir la posesión o la tenencia; tal consideración es la organización práctica de esta relación.

La prueba de que el derecho romano se conforma efectivamente con lo que acabamos de indicar, se dará para las diferentes relaciones particulares en el capítulo de la Teleología de la posesión derivada. La parte que se atribuye la teoría de la voluntad en la posesión romana se reduce a cero, en cuanto se la examina más de cerca. No constituyen sino una falsa abstracción teórica, a la cual el derecho romano no ha concedido el menor influjo sobre la organización de la relación de posesión derivada, y a la cual un legislador actual, libre del yugo de las teorías tradicionales escolásticas, tampoco debe concedérsele. Es una idea absolutamente estéril para la legislación, cuyo

(1) Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, V. 2, p. 17, not. 25, Heusler. *Instit. des deutschen Privatrechts*, V. 2, p. 31.

puesto está en los libros y no en un código, y cuya última hora, hasta en los libros, espero que sonará algún día.

Desde el punto de vista del derecho romano puede admitirse o rechazarse la teoría de la voluntad abstracta, sin que de ello resulte la menor consecuencia práctica. Sólo presenta un interés exclusivamente teórico, el de saber si en la organización de la relación de tenencia contractual relativa se ha dejado guiar el derecho romano por consideraciones lógicas o prácticas. Fuera de la cuestión de la prueba, de que hemos tratado antes (IX), esta teoría no implica consecuencias falsas para la práctica.

Ocurre cosa muy distinta con la teoría de la voluntad individual. Tiene ésta por principio la libre autonomía de la voluntad, con relación a la tenencia y a la posesión. Ya hemos sentado que la teoría reinante, en la forma bajo que ella misma se presenta, no *puede* ser entendida más que en ese sentido, y así *quiere* ser entendida. Basta para demostrarlo, recordar las palabras citadas más arriba de Randa: la voluntad de poseer es cosa del *libre arbitrio* del poseedor.

Pasa con estas ideas generales lo que con los objetos lejanos. Mientras se les contempla a lo lejos, se corre el peligro de engañarse; pueden tomarse nubes por cadenas de montañas y espantajos por hombres. Sólo cuando se ven más de cerca, se desvanece la ilusión del sentido. Hagamos esta experiencia con la idea de que se trata, acerquémonos a ella lo suficiente para verla tal cual es.

La voluntad de poseer, se dice, *es cosa del libre arbitrio*. Tomemos esto muy en serio. Comencemos a este fin por admitir provisionalmente como real una hipótesis que no se realiza nunca, según veremos: las personas interesadas conocen la distinción entre la voluntad de poseer por sí y la de poseer por otro; conocen también las consecuencias que esto tiene para ellos; en suma, conocen la distinción entre la posesión y la tenencia. El derecho les dice: podéis elegir libremente entre la tenencia y la posesión, poco importa el acto jurídico; podéis elegir, declarando que queréis tener la cosa para vosotros o para otro, es decir, poseer o tener.

Veamos ahora a donde nos lleva esto, y si el legislador puede aceptar las consecuencias que implica el principio de la libre autonomía de la voluntad. Toca al derecho romano responder. Si ese derecho, que se cree guiado por ese principio, rechaza sus consecuencias, quedará probado que ha tenido tal principio por inaceptable.

Distingamós entre el *nacimiento* originario de la relación de posesión y su transformación ulterior.

I.—El nacimiento

Según la teoría de la voluntad abstracta y la objetiva, la *causa* es la que decide si en la relación de posesión derivada hay posesión o tenencia, sin que se tome en cuenta la voluntad individual divergente. Según la teoría de la libertad individual, esta última es la que decide. Según ella, pues, puede haber posesión en los casos en que la relación implica la tenencia y viceversa. Distingamos estas dos hipótesis.

1. *Posesión* en lugar de *tenencia.*—Suponemos, por supuesto, que no quepa duda alguna sobre la existencia de la voluntad de poseer; admitimos a este efecto que ha sido declarada expresamente ante testigos. Examinemos las dos formas que puede revestir la tenencia contractual: por procuración y de propio interés.

La relación de tenencia por procurador. Envío a mi criado a la estación con los documentos necesarios para recoger una mercancía facturada, o bien envío a un carretero al bosque con la oportuna factura para recoger la leña comprada en la subasta. Entregando los documentos de que son portadores han adquirido la posesión. No tenemos por qué preocuparnos de que el derecho romano decida lo contrario (1); nos limitamos a exponer el punto de vista legislativo, único que ahora nos importa.

La cuestión está en saber si en la representación directa

(1) L. 13 *De donat.* (39-5): ... *nihil agii in sua persona, sed mihi acquiret.*

(pues no se trata aquí de la indirecta) puede el legislador conceder este influjo a la voluntad contraria del representante. Plantear la cuestión es resolverla. Valdría esto tanto como minar la institución de la representación; su efecto sería en cada caso particular completamente incierto y dependiente de la voluntad del representante; esto en cuanto a la seguridad de las relaciones. Y no se objete que un representante infiel podría también arrebatar la cosa de que ha tomado posesión para su mandante, siendo esto un peligro como el otro. Eso es cierto en cuanto a la posesión, pero no en cuanto a la propiedad. De la cuestión de posesión depende aquí también para el representado la de propiedad. Si el representante ha adquirido la posesión para sí, su mandante no se ha hecho propietario por él. La situación puede tener consecuencias temibles para el representado. Imagínese, por ejemplo, el caso en que el expedidor de la cosa ha quebrado o ha muerto; en tales casos, sin transmisión de la posesión, la propiedad tampoco hubiera pasado a él (1), lo que según las circunstancias puede equivaler a la pérdida de la cosa. La situación sería aún más peligrosa en el caso de adquisición *originaria* de la propiedad, por ejemplo, por *occupatio*, especificación, que en el de transmisión de la propiedad por tradición, donde a lo menos la *propiedad* no pasa al adquirente desleal, sino que queda en el transmisor. En los casos, en efecto, donde la adquisición de la propiedad se liga al *acto exterior* como tal, el representante adquiriría al propio tiempo la posesión y la propiedad por la declaración de que realizó este acto en su propio nombre por sí mismo. Los peces pescados, los animales cazados, pertenecerían al criado del pescador, al guarda del cazadero; los cigarros fabricados, a las cigarreras, el vestido, al oficial de sastre (2). Paréceme indiscutible que, a pe-

(1) L. 9, § 1 *de J. D.* (23-3): ... *jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invicto eo.* L. 41 de *R. cr.* (12-3): ... *mortuo me... accipientis non facies.* L. 4 *pr. de man. vind.* (40-2): ... *durare oportet patris voluntatem.* L. 15, § 1, *qui et a quo* (40-39).

(2) En cuanto a la ocupación, no conozco ningún texto. Para la especificación me remito a la L. 31 pr. *de don. i. V.* (24-1): ... *quamvis uxoris*

sar de su voluntad contraria, todas esas personas, según el derecho romano, adquirirían la posesión y la propiedad para el amo. Lo que el pasaje citado antes decide respecto de la tradición, debe aplicarse también a esos casos. La misma consideración que motiva ahí la falta de influjo de la voluntad de poseer del representante aplícase a estos casos; esto es, la de la seguridad de las relaciones que no pueden prescindir de la representación.

En virtud de todo lo expuesto, creemos que la libre autonomía individual del representante, es absolutamente incompatible con lo que el legislador debe tener en cuenta en la organización de la representación para los intereses de las relaciones.

La relación de tenencia de propio interés.—Ya sabemos cuál interés tiene para el señor o dueño de la posesión en Roma el mantenimiento de la posesión en la persona. El reconocimiento del principio de la libre autonomía de la voluntad hubiera sido, en materia de arriendos, el sacrificio de la posición jurídica de aquél. El derecho romano no podía consentirlo, lo cual se comprende sin que sea necesario detenerse a explicarlo.

2. *Tenencia* en lugar de *posesión.*—El caso que suponemos no se presentará jamás; pero es preciso decir lo mismo de la mayoría de aquellos que debemos invocar para practicar la prueba a que sometemos la teoría de la voluntad individual. La responsabilidad del carácter puramente ficticio de mis ejemplos no es cosa mía; es obra de la teoría misma. ¿De qué modo podré probar yo que en la aplicación conduce a resultados absoluta-

---

cura tamen vixi esse, y L. 27, § 1 *de A. r. d.* (41-1): CUJUS NOMINE *factum sit, ejus esse.* Según Savigny (p. 306), la voluntad de poseer de parte del intermediario no está desprovista de efecto sino en caso de tradición porque aquí «la intención del transmisor» es la determinante, de tal suerte, que la adquisición de la posesión depende de esta intención; en esto ve una excepción al principio general de la L. 1, § 20, h. t., en la cual relaciona equivocadamente las palabras *cum suo nomine nacti fuerint possessionem*, con la adquisición directa por representante, en vez de referirlas a la inderecta por sustituto. Según él, el intermediario adquiriría en todos los casos más arriba citados la posesión y la propiedad.

mente inaceptables, sino ensayando por mi parte esta aplicación? ¡Una teoría *escolástica* no puede ser examinada sino con ejemplos de *escuela*.

Examinemos, pues, la voluntad individual encaminada a la tenencia en lugar de encaminarse a la posesión que implica la relación que se trata de establecer. El ejemplo de la prenda nos servirá para el caso. El acreedor con prenda es un antiguo estudiante de Derecho, desertor, que recuerda aún que el acreedor de que se trata no tiene el *animus domini*, pero que se ha olvidado que según el derecho romano obtiene la posesión, o bien son dos exjuristas, que convienen que en ese caso sólo hay transmisión de tenencia.

¿Con qué ojos contemplará el legislador esta exclusión de la posesión en materia de prenda? No la admitirá, como no admitirá la renuncia a la facultad de enajenar, declarándola nula por incompatible con el fin del contrato de prenda. Si el acreedor en su caso, no obtiene más que la tenencia, el deudor puede quitarle la cosa cuando guste; y como la prenda lo que se propone es asegurar el crédito, el legislador que admitiera eso, caería en la contradicción antes indicada, de dejar sin protección posesoria a aquel que él protege con el petitorio, mediante la *actio hypothecaria*.

II.—Transformación de la relación posesoria

Cual si el derecho romano hubiera previsto la teoría de la voluntad individual, ha procurado desde los tiempos más antiguos salirle al paso. Lo ha hecho por medio de la regla formulada por la jurisprudencia antigua (*veteres*): *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Más adelante (XV) la examinaré *dogmáticamente* al tratar de la teoría posesoria de los juristas romanos. Ahora sólo debemos tratar de la cuestión relativa a saber si *legislativamente* ha alcanzado su fin.

Son posibles dos hipótesis: transformación de la tenencia en posesión, transformación de la posesión en tenencia.

1. *Transformación de la tenencia en posesión.*—Las conside-

raciones legislativas que hemos indicado respecto al mismo punto en el *nacimiento* de la relación posesoria, valen igualmente en este caso, teniendo por nuestra parte que rechazar la misma objeción. El tenedor, se puede decir, es dueño de apropiarse de hecho la posesión: en las cosas inmuebles, impidiendo al dueño ejercer actos de propiedad, por ejemplo: reparaciones, nuevas construcciones, visitar los fundos; en los muebles, negando la restitución. ¡Conformes! Pero semejante disposición de *hecho* no se concibe sin que llegue a conocimiento del dueño, y de ese modo pueda oponerse o acudir a las vías del derecho. La hipótesis de la voluntad de poseer, por el contrario, aun cuando se manifieste en forma de declaración hecha ante testigos, puede realizarse a espaldas suyas. Si el derecho concediese a esta declaración el efecto de que el tenedor obtenga la posesión, el poseedor perdería sin saberlo la posesión; resultado legislativamente inaceptable. El derecho romano ha negado también todo efecto a la ocupación de hecho del fundo de un ausente, mientras no haya llegado a conocimiento del poseedor.

Nuestras fuentes nos ponen en situación de responder a la cuestión de saber cómo los juristas romanos han considerado esta hipótesis del *animus domini*. Con relación a las cosas muebles, se dice expresamente en la L. 3, § 18, h, t: *nec* ANIMO *furtum committitur*, y respecto de los inmuebles resulta esto de los fundamentos siguientes: El colono no puede manifestar más claramente esta voluntad de ser propietario que vendiendo el fundo. Ahora, si por efecto de un arriendo pactado con el comprador, su relación *exterior* con la cosa no cambia, no hay, respecto del arrendador primitivo, ningún hecho exterior que pueda hacerle reconocer que el colono se ha apropiado la posesión, y he ahí por qué su posesión continúa, a pesar del *animus domini* del colono, *prior locator*, dice la L. 32, § 1, h, t, *possessionem per conductorum rectissime retinet*.

Para sostener lógicamente hasta el fin esta condición de la transformación *de hecho* de la relación (*dejectio* del *dominus possessionis*) exigida por los juristas romanos, en interés de la seguridad de la posición jurídica del dueño, no concedería por mi

parte ni la más mínima importancia jurídica a la circunstancia de que el tenedor hubiera notificado al dueño que ha adquirido el *animus domini*. Como arrendador, mientras todo queda en el orden establecido, es decir, mientras que el colono no haga actos de propietario, por ejemplo, construcciones, o no me impida hacer los actos que yo mismo quiera hacer, me tendrá tan sin cuidado, como si cualquiera se acercara a decirme que mi casa le pertenece. No hay para qué acudir a las armas contra palabras vanas. No tengo para qué privar al colono del placer de gozar del *animus domini*. Según la teoría reinante, sin embargo, me privaría de ese modo de la posesión, y debería yo para cortarla intentar la *interdictum uti possidetis*. Imagínese este procedimiento. Mi demanda y la sentencia que a ello accede, deberían tender a que el demandante sea condenado a reconocer que no tiene *animus domini*, y que en su lugar tiene el *animus alieno nomine possidenti*.

2. *Transformación de la posesión en tenencia.*—He aquí ya por primera vez un caso de una importancia práctica, real. Es el del *constitutum possessorium*, el único respecto del cual se ha reconocido la posibilidad de la transformación del *animus* en el derecho romano, según una opinión muy extendida. Dos opiniones se presentan ahora.

La una (1) sostiene que ese caso supone dos actos jurídicos; el primero encaminado a la transmisión de la propiedad de B. a A., venta, donación: el segundo encaminado al abandono del uso de la cosa de A. a B., esto es, al mantenimiento de esta

(1) Yo mismo lo expongo desde hace más de cuarenta años en mis enseñanzas y contiene la consecuencia necesaria de mi teoría del *animus domini* que se remonta a esta época. Que yo sepa, ha sido expuesta y realmente justificada poco ha por Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, p. 141 (1869), y *Verhandlungen des 15 deutschen Juristentags* I, p. 5, s. Por lo demás, según advierte Exner, ya había sido expuesta por Donello. Sobre la literatura anterior, v. Windscheid, *Lehrbuch*, I, § 155, not. 8-8 c.; sobre la más reciente v. Goldsmidt, *Rechtsstudium und Prüfungsordnung* (1887), p. 328, not. 139. Bähr, en mi *Jährbucher*, T. 28, p. 328 y siguientes (1888); Kroschel, *Arch. f. civ. Praxis*, v. 72, p. 256 y siguientes (1888).

cosa entre sus manos, en *su* interés: arrendamiento, reserva de usufructo (1). Para ahorrar la excesiva lentitud de esa doble transmisión que exigiría para las casas la entrada y la salida de las dos partes, y para los muebles lejanos su expedición y reexpedición, los juristas romanos han sentado como regla que la relación posesoria se establece sin acto exterior; A, se hace poseedor; B, tenedor en su nombre. Celso, en la L. 18, pr. h. t. y Ulpiano en la L. 77 de R. v. (6-1), tratan de justificar técnicamente el resultado, colocándose en el punto de vista de la adquisición de la posesión por representante. Si Celso se puso en lo cierto, sería preciso negar la transmisión de la posesión y de la propiedad al *accipiens*, en el caso en que el propietario anterior le hubiese otorgado un arriendo hereditario en lugar de uno ordinario, porque aquí no se hace *detentor alieno nomine*, sino que queda lo que era: poseedor; y siendo así, no podría ya hablarse de transmisión de propiedad de la manera indicada antes. Ahora bien; los juristas romanos, ¿han decidido en realidad ese caso de un modo distinto a los otros? Los que conmigo se inclinan a la negativa, han juzgado desde luego el punto de vista de Celso: es una tentativa de construcción frustrada, que, como siempre ocurre, perturba más y más la inteligencia de las cosas. El verdadero motivo de esta simplificación de la operación, está en la consideración práctica indicada, siendo cierto para los casos en que el vendedor conservaba la posesión a consecuencia del segundo acto jurídico, así como para en el que se hace tenedor como consecuencia de este acto. En todos esos casos, el *animus domini* no desempeña el mismo papel; lo que efectúa el cambio en la relación posesoria es tan sólo el concurso de los dos actos dirigidos hacia dos fines diferentes: el *animus detinendi* para nada interviene aquí.

(1) V., para el arrendamiento, L. 77 de R. V. (61), arg. L. 18. pr. h. t.; para el usufructo v. L. 28, L. 35, § 5, Cód. de donat. (8-54). Entre los romanos añadíase también el *precarium* en materia de prenda. L. 15. § 2, qui satisd. (2-8). Se ha querido explicar así, fundándose en la L. 2, pro. soc. (17-2), la transmisión de la propiedad en la *societas omnium bonorum*.

La *segunda* opinión estima que la simple hipótesis del *animus alieno nomine detinendi* basta para transmitir la posesión de B. a A. Refiérese a Celso, cuando éste dice: *alium possessorem ministerio meo facio* (L. 18, pr. cit.) Si basta la simple intención de adquirir la posesión por otro como representante, ¿qué importa que la cosa se encuentre en poder de un tercero o de un representante? Lo que puede en uno lo puede en otro. La única diferencia entre los dos casos estriba en que en el primero, la representación se presenta como una operación independiente, mientras que en el otro existe ya entre las partes una relación jurídica anterior a la cual se adapta. No se advierte la razón de por qué el vendedor y el donador no han de poder, como cualquier otro, tomar la función de representantes. La necesidad de un acto jurídico especial para efectuar la restitución de la cosa del *accipiens* al *tradens*, es absolutamente imaginaria.

Lógicamente, el razonamiento es irreprochable, y sin embargo, es falso. Contra la conclusión que esta opinión saca del punto de vista de Celso, nada hay que oponer; únicamente ha cometido la falta de admitirlo inconsideradamente como exacto cuando no lo es. Es la falta misma en que ha caído la teoría subjetiva, con respecto al *animus possidendi* de Pablo, y a la cual debemos toda la doctrina del *animus domini*. Erígese en *principio jurídico práctico*, una *verdad dogmática* de un valor general, un punto de vista *constructivo* formulado por un jurista romano con el único objeto de justificar *técnicamente* cierto hecho jurídico. Antes de atribuirle ese valor, se hubiera debido preguntar si el derecho positivo lo reconoce, lo que en verdad no se ha hecho. De este modo se ha llegado a resultados que no sólo están en contradicción con el derecho positivo, sino que ni *siquiera pueden* ser admitidos por él. Como que de seguro se hubiera visto claro con un poco de circunspección. Nada se ha tenido en cuenta bajo el influjo del deseo ciego de sacar todas las consecuencias lógicas. La verdadera lógica no mira a su derecha ni a su izquierda; sigue recta sin preocuparse con los obstáculos que debería vencer en su camino, es como una bala disparada.

Voy a practicar las dos pruebas que no han practicado los defensores de esa opinión. La una, pondrá de manifiesto que el derecho romano *no ha admitido* las consecuencias que saca de la indicación de Celso, y la otra, que *no podía* admitirlas.

El derecho romano no ha admitido tales consecuencias (1).

Encuentro un argumento, que lo prueba de un modo perentorio, y que no ha sido aún utilizado, que yo sepa, en la actitud del derecho romano frente a la tradición en caso de donación de *todo un patrimonio*. Era el caso en que se podía imponer la sustitución de la tradición real por una ideal: en adelante designaré con ese nombre la tradición que resulta de la declaración hecha por el *tradens* de que quiere poseer a nombre del *accipiens*. Por tal modo se podría fácilmente ahorrar la fatigosa lentitud que implicaba la tradición de todas las cosas por separado. ¡Oh, estúpidos romanos! ¡Cómo no se les habra ocurrido, que lo que les era fácil en el caso de tradición de una sola cosa, podían también hacerlo para una porción de ellas juntas, y que lo que era cierto en singular, debía serlo también en plural! Preferían por lo visto, tomarse el trabajo de hacer la tradición de todas esas cosas una por una...

Aquellos juristas no estaban a la altura de la lógica de la ciencia actual; no les hubiera venido mal, a lo que parece, ir a la escuela de nuestros juristas modernos, para aprender que realizar la tradición en ese caso es un mero juego de niños.

Idéntica dificultad se oponía a la sustitución de un fideicomiso universal. La validez *jurídica* de éste no reclama más que la declaración del heredero de que restituye; ¿podrá creerse que esos mismos juristas romanos, que exigían en el caso antes dicho la tradición real, hayan persistido en ser consecuentes, subordinando aquí la transmisión de la *posesión* a la misma condición, y sometiendo al heredero fideicomisario a los mismos

(1) *Vat fragm.*, § 263; *si neque possessionem* RERUM SINGULARUM *tradidit... nihil egisse placuit*. L. 42 pr., de *m. c. don.* (39-6)... *cum bonis suis* TRADITIONIBUS FACTIS... *donationis causa cessisset*. Del propio modo, en la venta de una herencia, L. 14, § 2, *de her. vend.* (18-4): *res hereditarias* TRADERE *debet*.

principios que al heredero directo? ¡No! El derecho *hereditario* se adquiere por una simple declaración: la *posesión* por la aprehensión.

¡¡Cosa extraña a la verdad! ¡Qué contradicción la del derecho romano! En la SOCIETAS *omnium bonorum* reconocía el punto de vista del *constitutum possessorium;* en la DONATIO *omnium bonorum, no.* Pero, ¿es el derecho romano? Es Gayo quien ha establecido ese punto de vista; el derecho romano se ha limitado a permitir en esos casos la transmisión de la *propiedad* sin acto de tradición—sobre la posesión no se ha decidido—(L. 1, pro. socio 17 2). Cuando Gayo recurría a la tradición tácita (L. 2 ib. *tacita traditio)* ha realizado de nuevo una tentativa de construcción que, lejos de poner el *derecho* romano en contradicción consigo mismo, pone a Gayo en contradicción con el derecho romano, porque sólo conviene a la donación de todo un patrimonio. Esta tentativa es análoga a las de Celso y Paulo. Por nuestra parte, no tenemos más que atenernos a las disposiciones positivas, y éstas nos enseñan que por motivos decisivos el derecho romano ha dispensado de la tradición en un caso, exigiéndola en otro. Que el jurista se explique esto desde el punto de vista técnico, de esta o de aquella manera, es cosa que a él sólo importa y que no puede afectar al derecho positivo.

Creo haber demostrado con lo dicho, que el punto de vista de Celso no puede aspirar a ser una verdad dogmática, y que la regla de que, según el derecho romano, se puede sustituir sin más, la tradición real por la declaración antes indicada no concuerda con el derecho romano. Si este derecho le hubiera conocido, no hubiera podido persistir en exigir para la donación de todo un patrimonio la tradición de todas las cosas que lo componen por separado.

El derecho romano no podía admitir esas consecuencias.

Hubiera eso significado nada menos que la abolición en la práctica de la tradición. La regla: *traditionibus, nom nudis pactis dominia rerum transferentur* (L. 20, Cód. de pact. 2-3), se hubiere colocado en el lugar de la contraria, el derecho romano hubiera dicho a las partes: la simple convención no basta, es

preciso que ejecutéis la tradición; pero si no os conviene hacerlo, no importa, el que transmite o entrega debe declarar que quiere en adelante poseer para el *accipiens*! No debe ni hacer esta declaración expresa; en este caso como en los demás, una declaración tácita equivale a esta declaración expresa; basta, en efecto, que resulte de las circunstancias que aquel quiere en adelante poseer para el *accipiens*.

¡No es mala la perspectiva que al Juez se le ofrece!

¿Cómo se distingue la obligación impuesta al que transmite por la tradición por el pretendido pacto accesorio de la impuesta por el contrato mismo? ¿Cuándo se ha convenido en hacer la tradición más tarde, no *debe* el vendedor conservar la cosa para el comprador, aunque nada se haya convenido en cuanto a la guarda de la cosa, y no posee para el comprador durante este intervalo? Que se le califique como poseedor o como tenedor, no implica *en la práctica* la menor diferencia en cuanto a su relación con la cosa; aun cuando sea como poseedor, debe abstenerse de todo acto de disposición a título de propietario; debe respetar al comprador como a aquel a quien la cosa *pertenece*, no, en verdad, en virtud de un derecho real, sino en virtud de una obligación, lo que para el caso es lo mismo; en suma, la posición es idéntica a la del tenedor; *posee para el comprador*.

Y si lo que resulta ya del contrato de venta como tal se conviniere también especialmente, ¿revestirá la relación otro aspecto distinto? Nadie hasta aquí, que yo sepa, ha dudado todavía de que todas las convenciones que se hacen sobre la tradición, por ejemplo, acerca del tiempo, del lugar, la persona que recibirá, deben considerarse como modalidades de ejecución, contenidas dentro del cuadro del contrato mismo y que en su consecuencia deben hacerse valer por medio de la *actio emti*. Compré en Noviembre un grabado en casa de un comerciante de objetos de arte, y le doy orden de remitirlo a uno de mis amigos en Navidad; si no lo hace, no intento contra él, ni la *actio depositi*, ni la *actio mandati*, sino la *actio emti*.

En el respecto *obligatorio*, pues, la convención de que el vendedor guardara la cosa para mí, nada cambia. Pero, y bajo el res-

pecto *real*, ¿dará aquélla a la relación otro aspecto? O, de otro modo, la simple convención de guardar, ¿será insuficiente y hará falta una declaración expresa enderezada al cambio de la relación posesoria? Entonces, en efecto, la idea hubiera perdido su carácter peligroso, porque entre los millones de casos que en la vida se producen, tal declaración apenas se haría una sola vez. El juez, a lo menos, sabría a qué atenerse, viéndose libre de la necesidad de deducir de las circunstancias el cambio en la voluntad de poseer.

Poco importa, por lo demás, la actitud que se tome en la cuestión relativa a saber si la transformación del *animus domini* es *animus alieno nomine detinendi*, debe resultar de una declaración expresa o poder ser deducida de las circunstancias. Todo lo que yo exijo, es que se tome en serio la regla de que el comprador se ha convertido en poseedor y propietario. ¿Y han procedido así, los defensores de esta opinión? No; han prescindido de dos consecuencias virtuales de esta regla, que les hubiera sido difícil admitir.

La primera. Si jurídicamente se debe tener la cosa por entregada, el contrato de venta mueble resulta desde luego *ejecutado*, y por consiguiente la *actio emti* no existe. El comprador no puede, pues, reclamar la entrega de la cosa por medio de esta acción, sino por la acción resultante de la nueva relación contractual, nacida en lugar de la venta. Nadie opondrá objeción alguna para los casos antes indicados del *constitutum possessorium* que llamaré *verdaderos*. El comprador que ha dado la cosa en arriendo al vendedor, no puede ya reclamar la tradición por la *actio emti*: debe servirse de la *actio locati*. Lo mismo exactamente debe ocurrir respecto de los casos no verdaderos de que aquí se trata, del *constitutum possessorium*. El comprador que ha recibido la tradición, ha perdido la *actio emti* para reclamar la cosa: debe intentar la acción que se deriva del contrato por el cual el vendedor se ha obligado a guardar la cosa. ¿Y cuál es ese contrato, depósito o mandato? Si es un depósito, el demandado no responde más que de la *culpa lata;* si es un mandato responde también de la *culpa levis*. Pero aquí el deman-

dante no es un vendedor, sino su depositario, y como tal no tiene el derecho de retención del vendedor. No necesito insistir en lo que para el mismo resulta. Quien rechace esta consecuencia no puede tampoco admitir la tradición; una de dos, o la tradición, y entonces debe reconocer la eficacia de ésta, aun en el respecto obligatorio, o si vacila en admitir esta consecuencia, entonces no hay tradición ni aun en el respecto real. Una tradición que lo es en un supuesto y no lo es en otro, es un contrasentido.

La segunda. Tiene por objeto la tradición *forzada* (1). Según el derecho romano, la coacción es sabido que no hace nulo el acto, sino anulable; de donde resulta que en la tradición forzada la posesión y la propiedad pasan al autor de la coacción. Claro es que no importa bajo cuál forma se verifica la tradición: ya sea real o idealmente, ya por declaración de la voluntad. Así, si yo fuerzo a alguno a darme la declaración de que quiere donarme todo su patrimonio y poseer en adelante sus bienes para mí, me he hecho desde luego poseedor y propietario de sus bienes, y sólo hace falta por mi parte la misma declaración para transmitir a otro la posesión y la propiedad.

¡Qué mecanismo más ingenioso!

La posesión y la propiedad se han espiritualizado por una simple declaración de la voluntad de una manera tal, que nada deja que desear. La voluntad de poseer excede en velocidad al

---

(1) Ha sido llevado hasta aquí por la L. 23 § 2 *h. t.* de Javoleno, donde suscita la cuestión: *si vinxero hominem liberum, ita ut eum possideam: an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum?*; cuestión que, por supuesto, resuelve afirmativamente. Sin duda, no se trata aquí de la declaración de querer poseer, arrancada por la fuerza; pero si el jurista hubiese querido referir a ella el efecto de la transmisión de la posesión, no hubiera dejado de mencionar este camino abierto al autor de la coacción para procurarse la posesión. Ese pasaje obtiene una nueva prueba, no advertida hasta hoy, del hecho de que en el primer siglo del Imperio la adquisición de la posesión por representante era desconocida de los juristas. Javoleno disipa la idea por medio de esta singular razón: *neque enim* RERUM NATURA RECIPIT, *ut, per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.*

telégrafo eléctrico. Desde el momento mismo en que yo quiero poseer para otro mi finca de Jamaica o mi casa de Sidney, la tradición se ha cumplido; la cosa está ahora en el poder *físico* de otro, y aun antes de que el telégrafo haya transmitido la noticia del cambio verificado en la propiedad y en la posesión, el poder jurídico y psíquico pueden haber pasado ya por una porción de personas. Dado esto, la teoría del *constitutum possessorium* merecía, sin duda, el nombre de *mirabile mundi* que le daba Azon.

Pero basta lo dicho.

La voluntad de poseer funciona aquí, según la excelente indicación de Exner (1), «como una cantidad imaginaria empleada por el jurista para construir a su manera el resultado apetecido.» Si se resigna a no ser nada, si debe servir sólo para construir únicamente ciertos sucesos jurídicos, entonces la dejaremos. Pero no puede hacerse lo mismo si pretende presentarse como una cantidad *práctica*, según aparece en la teoría que acabo de examinar. Hemos visto que el derecho romano no le ha reconocido como buena ésta su pretensión, y yo no podía tampoco reconocérsela. Reconociéndosela hubiera sin duda renunciado en cierto modo a la tradición, arrebatando al juez un criterio cierto para ver clara la transmisión de la relación del estado obligatorio al estado del derecho real.

De las explicaciones que preceden, infiero, en conclusión, que el *constitutum possessorium* es una institución muy peligrosa, que la legislación moderna debiera reformar en los límites más estrechos, si no quiere arrepentirse amargamente de no hacerlo. Pueden verse los inconvenientes que ha producido en la práctica romana en una disposición transitoria de Teodosio, en la cual, con ocasión de la introducción de la insinuación para las donaciones, abolía la *especies traditionis quae olm retentio ususfructus (in donationibus) induxerat* (2). Lo que sin duda ha-

(1) L. c. p. 144 n 57.

(2) L. 16 Cód. Teod. de don. (8-92). En la L. 9 ib. dos años más tarde restablecía el antiguo derecho; la introducción de la insinuación había, sin duda, dado margen a la incertidumbre en cuanto al derecho señalado en el texto.

bía provocado esos inconvenientes era la incertidumbre de la comprobación de la voluntad individual. Ha debido ser necesario preguntar no pocas veces si la declaración hecha por el donante significaba sólo que tenía *intención* de donar, o bien si había querido desde luego ligarse jurídicamente y si la *promesa* de donación jurídicamente obligatoria se debía realizar inmediatamente. Para disipar toda duda en materia de donación, Teodosio ordenaba la insinuación de una manera absoluta, es decir, sin atender al cuanto de la donación, exigiendo además para dar al contrato una eficacia real, que se añadiese una *corpóralis traditio*, aun en el caso de *retentio ususfructus*. Estuvo en lo firme más tarde al derogar esta última disposición, pero la insinuación no dejaba lugar a dudas en ese caso acerca del efecto querido por las partes.

El hecho de dar en prenda las cosas muebles ha dado ocasión a nuestra legislación actual a decidirse respecto de la idea de ver una tradición en la declaración hecha por el tradictor de querer poseer en adelante a nombre de la otra parte. Impulsados por motivos prácticos concluyentes, la mayoría de los derechos modernos han exigido en ese caso la entrega de la posesión, no han admitido el empeño de las cosas muebles, sino bajo la forma del derecho de prenda; pero como no podía ocultárseles que esta condición sería eludida de esa manera, y que por tal modo la disposición legal resultaría sin valor, han evitado expresamente tal rodeo.

Con lo dicho puedo dar por terminadas mis explicaciones sobre la transformación de la posesión en tenencia, resultado de un cambio en la voluntad de poseer. Creo habrán probado que contra la autorización para cambiar la posesión en tenencia no hay menos objeciones en el respecto legislativo que contra la de cambiar la tenencia en posesión. Entregar la posesión a la voluntad individual, es tanto como producir un estado de verdadera anarquía en el derecho. La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place; puede a voluntad decidirse hoy por la posesión, mañana por la tenencia, y así discurriendo. Encuentro una cosa que creo poder considerar como

abandonada; me voy a mi lecho con el *animus domini*. Al día siguiente sé que el propietario la ha perdido y me decido a entregársela; pues me quedo con el *animus alieno nomine detinendi*. Al otro día voy a su casa para entregarle la cosa; me dice que, en efecto, la ha perdido, pero no quiere recibirla porque está deteriorada y puedo guardármela. Tercera noche: duermo con el *animus domini*. El cuarto día, el padre o tutor del interesado me dice que no aprueba la donación; cuarto sueño en brazos del *animus detinendi*. Al día siguiente un jurista me aconseja resistirme en justicia; quinta noche, ¡otra vez con el *animus domini*!

¡Qué divertida no resulta así la voluntad de poseer! ¿Y por qué quien haya llegado a conocer en un caso concreto el encanto de esta diversidad de direcciones de la voluntad en la relación posesoria—el goce ideal de la voluntad jurídica—no ha de poder también darse ese gusto independientemente de esa relación? Podría emplearla para manifestar sus intenciones y miramientos con las personas; anuncio a usted por la presente, que «durante dos días poseeré mi casa en su nombre; considero a usted, pues, durante ese tiempo como un poseedor». Dos días después favorecería a otro de sus amigos; al quinto día a otro, y así sucesivamente.

Obligado a presentar consecuencias tan absurdas, desde luego declino mi responsabilidad: corresponde ésta a aquellos que han separado la voluntad de poseer de cada relación con los hechos y con los objetos reales de la vida, a aquellos que han hecho cosa tan frívola y vana como esa.

Se dirá, acaso, que el examen que he hecho de la voluntad de poseer no ha tenido como objeto, en su mayor parte, más que verdaderas sombras chinescas, hipótesis no presentables en la vida. Cuando una teoría como la de la voluntad individual no tiene otra utilidad que la de jugar con nociones impropias y la de proyectar sombras lógicas sobre la pared, ¿cómo podríamos probar la exactitud de las censuras sino es manejando la *Linterna* mágica de la lógica y produciendo con ella las imágenes mismas que puede reflejar?

Felizmente, no son, como digo, sino sombras. La libre determinación de la voluntad de poseer que desempeña tan importante papel y función tan capital, en la teoría, no se presenta, por decirlo así, jamás en la vida, por la sencilla razón de que fuera de los juristas nadie se para en la oposición que se indica entre el *animus domini* y el *animus alieno nomine detinendi*.

No tendría a la verdad inconveniente alguno en sostener una apuesta a que en un millar de hombres extraños al derecho, no se encuentra uno solo que tenga ni idea de esta noción; la distinción de la voluntad de poseer no sale de las regiones de la teoría; en la vida no tiene importancia alguna. Concederle una realidad práctica, ofrecer en la vida la distinción que la teoría supone, sería lo mismo que entregar a un hombre cualquiera una tabla de logaritmos, para arreglar un asunto que dicho hombre arreglaría del modo ordinario, sin conocer la tabla de logaritmos. Y así como para vivir el hombre no necesita conocer esta tabla, también puede vivir perfectamente sin conocer las distinciones de la voluntad de poseer, ni por lo tanto la diferencia entre la posesión y la tenencia.

Y voy a resumir las explicaciones contenidas en este capítulo.

La teoría subjetiva no ha podido resistir la prueba político-legislativa, como no ha podido resistir tampoco la de la historia, ni la procesal. Si ella misma hubiese hecho el experimento, sus ojos se hubieran abierto para ver y saber si realmente el derecho romano, tan sensato siempre, ha dado a la doctrina de la posesión una forma tan incompleta y truncada. Cuando una comadrona recoge un monstruo, no tiene por qué no creer con sus ojos en lo que ve; pero cuando la ciencia formula una teoría, que bien considerada, con perfecta sangre fría, no es más que un aborto, debería comenzar por preguntarse dos o tres veces, si la culpa es del legislador o de ella misma. Y nada de esto se ha hecho en este caso.

XI

La prueba didáctica

Me transporto en espíritu a los tiempos en que escuchaba a los profesores que me descubrían las profundidades del saber jurídico. No recuerdo bien lo que por entonces recogía yo del *animus domini* y del *alieno nomine detinendi*, pero seguro estoy de haberme visto en la necesidad de completar mis conocimientos insuficientes, por medio de los tratados o compendios de derecho romano en uso en aquellos tiempos. Ya por entonces el *animus domini* me ha dado mucho que hacer, y no me atrevo a afirmar que lo que yo había aprendido para el examen pasara de las necesarias frases aprendidas de memoria en los manuales. ¿Era esto culpa mía, o de mis autores? Que el lector juzgue por algunos extractos de los tratados de la época. Acompañaré las muestras que de ellos tomo, con las preguntas y glosas que provocaba su obscuridad en el alumno.

He comenzado por seguir el curso de Pandectas de Thibaut. Era éste, como es sabido, el adversario de Savigny. Aun cuando cuidaba mucho de combatir sus errores, sin embargo, le seguía completamente en este punto de la teoría de la posesión. He aquí lo que yo aprendía en su *System des Pandektenrechts* (8.ª edic., V. I, § 208):

> «Se llaman *possessores* en el sentido propio, aquellos a quienes se concede, *total* y *exclusivamente* y en nombre propio, todos los interdictos respecto de una cosa corporal. La regla en este punto es la de que sólo

> aquel que posee como propietario verdadero o *supuesto* (*animus domini*), tiene derecho a los interdictos: todos los demás que *ejercen simplemente derechos sobre una cosa ajena* no se consideran como *possessores*.

«Que ejercen *simplemente* derechos sobre una cosa ajena» ¡y era necesario que ese *simplemente* entrase en la cabeza del estudiante! El que *no tiene derecho*, es decir el *supuesto* propietario, contempla desdeñoso a los que *simplemente* ejercen derechos sobre cosa ajena. Tiene los interdictos: éstos no—; era preciso explicar eso razonablemente. Y no habría más que un recurso: ¡que el derecho romano así lo ha ordenado!

«*Total*, *exclusivamente*, *en su propio nombre*».

Me explicaba que se pudiera poseer la cosa *totalmente*; pero me preguntaba el por qué de esa adición con respecto a la procedencia de los interdictos, y por qué se debía decir que le pertenecía *exclusivamente en su propio nombre*. Desde el momento en que ese derecho me pertenece, no pertenece a otro; y si me pertenece, ¿a qué añadir *en su propio nombre*? Para ordenar mis confusiones, aprendía por el pasaje siguiente que era indiferente que esos hijos desgraciados del derecho, a quienes se negaba la protección posesoria «tengan nominativamente para el propietario o tengan la cosa para ellos mismos como cosa de otro, en virtud de un derecho personal o real». Así, se puede ocupar la cosa *para sí*, pero el derecho romano no se cuida de ello; no se obtiene, a pesar de todo, más que la tenencia. Verdad es que *en el origen* debe haber sido de otro modo entre los romanos, porque «la noción de la tenencia corporal, unida a la intención de tener, es la base de toda la teoría de la posesión en derecho romano (1); más tarde, varias disposiciones legislativas han hecho algunas derogaciones, pero éstas deben considerarse como excepciones» (§ 207). En su virtud, se puede ocupar la cosa *para sí* y en virtud de un *derecho sobre la cosa*; pero eso no dice nada

(1) Idea de Savigny.

de la posesión; precisamente esas excepciones son lo que *más tarde* el derecho romano ha tenido a bien admitir por uno u otro motivo.

Afortunadamante, el derecho romano no tiene el corazón tan duro como a primera vista pareee. En efecto, no sólo concede al acreedor la prenda como *possessio* jurídica, sino que:

> «esta *possessio* puede ser concedida, expresa o *tácitamente*, a todo individuo que ejerce otros derechos sobre la propiedad de otro, por ejemplo, en el secuestro, al que ha recibido en precario... y por consiguiente, corresponde también a cualquier otro, como, v. g., el comodatario y el colono, en favor del cual renuncia el propietario a los beneficios de la posesión... es imposible dar una noción genérica del *animus* de esas personas y del poseedor a título de propietario» (§ 208).

Hay, pues, ahí dos formas especiales de la voluntad de poseer, pero que no pueden clasificarse en un género común. A lo menos, de ese modo sabía yo que todo esfuerzo en ese sentido hubiera sido perdido. Pero, ¡si al fin hubiera podido yo darme clara cuenta del *animus* de esas personas! ¿Qué idea debía yo formarme del *animus* del colono que *ocupa la cosa para sí, y en favor del cual el propietario ha renunciado expresamente a las ventajas de la posesión*? No hay *animus domini*, porque no posee como supuesto propietario. Renunciaba a explicarme el *animus*, tranquilizándome con la idea de que podía poseer a pesar de todo. La conclusión a que yo llegaba era la siguiente: la regla es que el poseedor debe tener el *animus domini*, pero si no lo tiene, no importa; el *animus domini* se acomoda fácilmente.

Es verdad que para saber si en un caso particular alguno es poseedor o tenedor, es preciso tenerlo en cuenta, siendo así necesario comenzar por investigar si el individuo posee como propietario verdadero o supuesto, o, en caso contrario, si la posesión no le ha sido concedida expresa o tácitamente, en cuyo caso es mero tenedor. Pero, y ¿qué decir si es bastante osado

para colocarse como supuesto propietario? ¿Por qué, si le basta pretenderlo?

¡Es verdaderamente extraño el derecho romano! Niega la protección posesoria a las gentes que pueden presentar pruebas de un derecho sobre la cosa y la otorga a aquellas que no tienen ningún derecho y que se atribuyen sencillamente la propiedad, sin invocar para ello motivo alguno. Parécese al centinela que preguntaba a los transeuntes: «¿Tiene usted pasaporte? ¿No? Pues entonces pase usted; si lo trajese, hubiera usted tenido que entrar para visarlo.» ¡Eran, sin duda, gentes muy singulares los romanos!

Las indicaciones de Thibaut (loc. cit.) en cuanto al secuestro y al precario también me dieron mucho que pensar.

El primero, dice, es poseedor «si la posesión se deposita en él». Pero, ¿es que se deposita la *posesión*? Yo no podía comprender que se pudiera depositar otra cosa que una *cosa;* y hoy mismo digo: ¿por qué si se puede *depositar* la posesión, no se podrá darla en comodato, alquilarla o arrendarla? La cosa, y no la posesión, es lo que forma el objeto del depósito, del comodato, del arriendo. Posible es que al depósito, en el secuestro, se junte la posesión, pero no me autoriza eso a afirmar que la posesión es depósito; sino debería decirse también: en el depositario ordinario se deposita la tenencia; en el comodatario y en el colono la tenencia está dada en comodato o en arrendamiento.

Lo más difícil de todo era el precario.

Tratábase de determinar si el cedente «concede la *posesión* o la cosa misma, o el uso meramente precario de la cosa». La *possessio*, ¿constituye, pues, una antítesis con la cosa y la una y la otra frente al uso precario? Eso es lo que jamás he podido comprender, hasta hoy, no viendo en ello más que uno de tantos ejemplos absolutamente incomprensibles, que han sido aceptados hasta por los espíritus más lúcidos—y Thibaut lo era—, por la confusión en que los ha puesto la adopción de la teoría del *animus domini*.

Fácilmente se comprenderá que ante las tinieblas en que me

dejaba sumido el curso de mi profesor Thibaut acudiría a otros tratados. Uno de los más en uso entonces, entre los estudiantes que se preparaban para los exámenes, era el de Mackeldey. He aquí lo que en él encontraba (§ 211):

> «Mas para que esa relación puramente de hecho de la tenencia pueda llegar a ser una *posesión jurídica (possessio)*, y por lo tanto, una fuente de derechos, es preciso que el tenedor de la cosa tenga al propio tiempo la intención *(animus)* de querer poseer esta cosa *como su propiedad.*»

Añadiéndose una nota:

> «Se puede tener la posesión jurídica de una cosa sin ser propietario de ella.»

Por tanto: tener la intención de poseer la cosa *como su propiedad.* Hoy sé que eso quiere decir poseer como un propietario; pero, ¿qué podía yo suponer, en aquel tiempo, sino que la intención debía dirigirse hacia la propiedad? Ahora bien: como aquel que sabe que no es propietario no puede razonablemente tener semejante intención, y como, por otra parte, no puede tener la posesión jurídica sin ser propietario, no me quedaba otro recurso que decirme que el poseedor es el que cree falsamente ser propietario.

Un poco más lejos, es cierto (§ 220), se me anunciaba, por el contrario, que el poseedor tiene la intención de «querer tratar la cosa como suya».

Pero la esperanza de haber cogido al fin la verdadera voluntad de poseer fué muy pronto nuevamente disipada.

En la nota al § 222 surge una nueva voluntad: la de ser protegido en su posesión:

> «El *animus possidendi* consiste, por regla general, en la voluntad de tratar la cosa aprehendida como la propia. Esta regla, sin embargo, tiene excepción en el caso

en que, por razones particulares, la intención del poseedor es meramente la de ser protegido en la posesión por los interdictos *(jus ad interdicta)* como en el caso del acreedor con prenda y del enfiteuta.»

He ahí, pues, un segundo *animus*, que, *por razones particulares*, puede reemplazar al *animus domini*: refiérese a la protección posesoria, no a la cosa. Para poder dar a la *animus* esta dirección, pensaba yo, el individuo debe naturalmente tener una idea del *jus ad interdicta*; si no sabe lo que es eso, no tiene el *animus* requerido, y si sin el *animus domini* no puede hablarse de posesión regular, tampoco se puede sin el *animus* especial tratarse de posesión excepcional.

¡Nuevo error!

Los §§ 296 y 316 me enseñaron que las dos personas de que se trata, el enfiteuta y el acreedor, gozan sin reservas de la protección posesoria: el primero «tiene casi todos los derechos comprendidos en el de propiedad, y especialmente... el de poseer la cosa»: el segundo «*la possessio ad interdicta*». ¿A qué debía atenerme, pues, al § 222 o a los otros? En aquél, el *animus domini* es necesario; en éstos, no. Vanamente me he torturado el intelecto. El mismo Mackeldey no había hecho otro tanto; se había limitado a olvidar lo dicho en el primero de los párrafos, al escribir los últimos.

En mi confusión, acudí a Wening Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrecht*, 4.ª edic. A primera vista me pareció que en punto al *animus* necesario para la posesión, iba a exigir el *animus domini*, porque al principio del § 109 decía que «la cuestión relativa a si hay posesión jurídica o sólo natural, se decide siempre según el *animus*». ¡Pero *in cauda venenum!* «A veces, en efecto, las leyes admiten la posesión *ad interdicta* aun en los casos donde la posesión ha sido transmitida a otra persona (derivada), donde *por consiguiente*, *el animus* no tiende hacia la propiedad, sino *sólo* hacia la adquisición de la posesión *en esas condiciones*». Y henos ahí de nuevo ante el segundo *animus* de Mackeldey, § 222, de que yo me creía libre en los §§ 296 y

316. Al propio tiempo, me enteraba de que la oposición intrínseca de los dos *animus* no era, en modo alguno, tan incontestable como hasta entonces me había figurado.

Según una opinión, el poseedor tendrá, aun en la posesión derivada, ese *animus domini* indiscutible, y según la otra, la noción del *animus possidendi* podrá ser concebida por adelantado y de una manera bastante amplia, para aplicarse a todos los casos de posesión jurídica, lo que resolvía el problema que Thibaut declaraba insoluble.

Podía, pues, escoger entre las tres siguientes hipótesis:

Primera. *Animus domini* como regla general.
Animus ad interdicta como excepción.
Segunda. *Animus domini*, presente siempre allí donde el derecho romano admite la posesión.
Tercera. *Animus possidendi* dividido en
a) *animus domini.*
b) *animus ad interdicta.*

Recordé entonces que Fritz había adicionado el *Lehrbuch* de Wening-Ingenheim, y creí que éste me iba a sacar de la confusión.

¡Ilusión pura!

El comentarista da fin a sus explicaciones, diciendo (I. página 226):

> Debo suspender todo juicio acerca de la cuestión discutida relativa a si existe un principio de aplicación general sobre el *animus* necesario para la *possessio ad interdicta.*»

¡Y se pedía que un estudiante de derecho decidiese! Por lo que a mí toca, también dejé en suspenso mi juicio, poniendo tranquilamente a un lado las *diversas especies ae animus* existentes en los diversos casos de posesión derivada (p. 232), el «*animus enphiteutae*» de Warnkönig y el «*animus superficiarii*» de Du Roi, Unterholzner y Schröder.

Después de Thibaut, seguí el curso de Pandectas de Mühlenbruch. La definición que da éste de la posesión en su Manual, está concebida en estos términos (T. 2, § 134):

> «La posesión es la ocupación exclusiva de la cosa, con el ánimo de haberla y usarla como propietario.»

Y en el § 236 dice:

> «Porque la posesión no es, en general, más que el ejercicio de la propiedad, determinado por el *animus domini.*»

Ahora bien: el poseedor qne no tiene más que la posesión derivada, y al cual falta en absoluto el *animus domini* (§ 237), ¿no es poseedor? No; «no se le concede más que la *possessio ad interdicta*; esto es lo que hoy se llama una posesión derivada». Hasta entonces, yo había creído que también era poseedor; pero desde ahora sabía que no. La definición de la posesión, que no puede estar basada más que sobre el *animus domini*, no sirve para él; ¿cómo, pues, *en la práctica* se podrá distinguir su posesión de la posesión con el *animus domini*? He ahí lo que Mühlenbruch no se ha conceptuado obligado a decirnos,—tocaba esto a su auditorio. Había, pues, *dos especies* de posesión, pero sin noción del *género*. ¿Y para qué, después de todo? Los casos de posesión derivada son «anomalías que deben explicarse por la historia» cuyos efectos subsisten, aun cuando los motivos de los mismos hayan desaparecido. ¿Qué necesidad hay de tener en cuenta tales anomalías en la definición del derecho? La posesión es la ocupación con *animus domini*: los casos que se han tomado la libertad de admitir la posesión sin *animus domini*, allá ellos: ¡la teoría no tiene por qué preocuparse con los mismos para nada!

No he consultado más tratados de esa especie: había con los indicados ya los suficientes para estar bien confuso, y sólo hubiera faltado la aparición de las Pandectas de Puchta para aca-

bar de desorientarme. Me felicito de que tal obra no haya aparecido hasta después. Conservaba, a lo menos, la creencia de que la posesión jurídica del poseedor, en las relaciones de posesión derivada, no era más desfavorable que la del bandido o ladrón. Puchta me la hubiera echado por tierra, porque dice (§ 125):

> «Como *derecho independiente*, sólo hay la posesión con el *animus domini*, en la cual, la totalidad de la relación corporal está a cubierto, por la voluntad total también, y protegida por la personalidad.»

¿La posesión derivada, no es por tanto un derecho independiente? ¿En qué se manifiesta, pues, su independencia? Puchta no da explicaciones, y me felicito de no haber tenido quebraderos de cabeza a este propósito durante mis estudios. Además, la voluntad «que corresponde perfectamente a la relación corporal, o la de haber la cosa totalmente para sí» y la voluntad, que «queda tras el contenido de la relación corporal, la cual se refiere siempre a la cosa en su totalidad, y se mantiene así limitada a un fin parcial de la cosa» (§ 123), no me hubieran proporcionado menos dificultades por aquel entonces que hoy. Creo que entonces, ya, mi desarrollo intelectual, formado un tanto en la práctica de las dificultades y problemas examinados hasta aquí, hubiera bastado para hacerme presentir el peligro de una concurrencia entre dos voluntades, de las cuales, una continúa vivamente dirigida hacia la *totalidad* de la relación corporal, después de haber dado a la otra el permiso de dirigirse hacia un fin *parcial*. Si alguna cosa se separa de la «totalidad de la relación corporal», como ocurre en el caso en que el poseedor actual da el fundo en arriendo, o la cosa mueble en comodato, la voluntad no puede en adelante dirigirse hacia el todo, hacia x, sino sólo a lo que le queda. Si A da a B el permiso para dirigir su voluntad sobre $^1/_3$ de x (fin parcial) A declara sin más que su voluntad no recaerá más que sobre $^2/_3$ de x. Las dos voluntades parciales no pueden comprender en junto más que x. Según Puchta, comprenden $[x+^1/_3$ de $x]$

Las dificultades hasta aquí mencionadas, referíanse, para mí,

al problema de la voluntad de poseer, abstracta como tal. Al lado de esas dificultades figuraban dignamente las que me oponía la posesión derivada. ¡Qué mezcla de opiniones más confusa! ¿El superficiario tiene la posesión? La cosa debía ciertamente ser muy dudosa, porque dos de mis autoridades, Thibaut (§ 773) y Mackeldey (§ 301) no decían acerca del caso ni una palabra. Limitábanse prudentemente a indicar que tenía aquél el *interdictum unde vi* y *de superficiebus*, sin referirse a su posesión; como Fritz, suspendían su juicio. Schweppe, *Rom. Privatrecht*, t. 2.°, § 326, 4.ª edición, me enseñaba que hay «muchos motivos para atribuirle una *res possessio* y no una simple *juris possessio*». En concepto de Wening-Ingenheim (§ 100) y de Mühlenbruch (§ 302) bastaba eso para admitir la posesión, mientras que en el de Savigny tenía ello tan poco valor, que no concedía al superficiario más que la tenencia y la *juris possessio*.

Todas mis autoridades estaban conformes en admitir que el enfiteuta tenía la posesión real. ¡Pero y su *animus*! ¡Si al menos hubiera yo podido darme cuenta clara de él! ¿Tiene o no el *animus domini*? No lo tiene, dice Savigny, y con él la mayoría de mis autores; sólo tiene el *animus detinendi*. De ningún modo, dicen otros, aunque no tiene el *animus domini* tiene el *animus possidendi* AD INTERDICTA. Todo eso es falso, dice una tercera opinión; tiene el *animus domini*, como todo poseedor, en las relaciones de posesión derivada. Sea, dice Puchta (1), en cuanto al enfiteuta y al precarista, pues su voluntad tiende a la apropiación completa de hecho; pero es inexacto para los demás que no tienen esta voluntad. Es también falso, dice una quinta opinión; la noción restringida del *animus domini* debe ser reemplazada por el universal *animus possidendi*; de ese modo desaparecen todas las dificultades; la voluntad no debe ser de tratar la cosa como propia, sino simplemente de *poseerla*.

Y heme aquí ya al fin.

---

(1) V. en el *Kritischeu Jahrbücheru* de Richter, 1837, p. 679 y sig. No he leído su trabajo en esta época, pero puedo citarlo aquí porque se ha publicado cuando yo estudiaba.

El lector puede juzgar por sí mismo del valor que la teoría reinante tiene para la enseñanza. En la célebre constitución donde abolió la distinción del *dominium ex jure Quiritium* (L. un Cód. de *nudo jure. Quiritium tollendo*, 7, 25), Justiniano escribe, sin perjuicio de las demás expresiones de desdén con que se consuela:

> *vacum et superflum verbum, per quod* ANIMI JUVENUM, *qui ad primam veniunt legum audientiam,* PERTERRITI *ex primis eorum cunabulis* INUTILES *legis antiquae dispositiones accipiunt.*

Me apropio esta sentencia para la teoría de la posesión, salvo que mi censura no se dirige al derecho romano, que desconocía el aspecto que presenta hoy la teoría de la voluntad de poseer, sino a la teoría romanista.

Yo he estado «perterritus» en toda la fuerza de la palabra, y lo estoy aún hoy cincuenta años más tarde. Me encuentro como K. Pfeifer (1) que caracteriza la impresión que le ha producido la teoría del *animus domini* con las palabras del estudiante en Fausto·

> Mientras tanto pierdo el tino.
> Una rueda de molino
> dá vueltas en mi magín.

El sentimiento que manifiesta Rudorff (2) por «un estado mental tan digno de compasión» está perfectamente justificado. Después de las pruebas que antes he dado de la organización psicológica particular de este autor, comprendo que no se haya dado cuenta de la rueda de molino que en su magín tenía.

---

(1) *¿Was ist und was gilt im römischen Rechts der Besitz?* (Tubinga, 1840), p. 65.

(2) En su edic. de la Posesión de Savigny. V. Ap. 30.

XII

Ojeada sobre la historia literaria

Jamás quizá obra alguna ha producido en el dominio de nuestra ciencia un movimiento tal e inaugurado un período literario tan absolutamente nuevo, como la obra de Savigny sobre la posesión, y con fundamento.

Las obras que se limitan a producir cosas substancialmente nuevas, sin penetrar en las vías no todavía recorridas por la ciencia, o sin aplicar un nuevo método de investigaciones, nunca tendrá ese éxito, por abundante y preciosa que su substancia sea. La ciencia no se ve obligada por ellas a cambiar de rumbo; continúa imperturbable, coloca en su lugar las riquezas nuevamente adquiridas, y allá pasados diez años, sólo los sabios saben todavía de quién emanan esas riquezas. La masa las contempla como todo lo que la ciencia ha reunido después de siglos, sin preocuparse con el nombre de los que las han descubierto. Unicamente las obras que abren nuevos rumbos, crean otra manera de concebir y de tratar los problemas científicos, en suma, que aplican un método nuevo, provocan, obligando a la ciencia a tomar posiciones, un profundo movimiento científico. Ese movimiento imprime carácter a su época y lo refiere todo al nombre de su autor.

Ese movimiento se produjo por la obra de Savigny. Su importancia es muy superior al objeto que trato. Ha llegado a ser el prototipo de una porción de obras. La separación entre el método que su autor sigue en ella y el seguido hasta entonces, es demasiado conocida para hablar de ella; era una ruptura com-

pleta con el pasado; sabido es también que diez años más tarde el método había triunfado en todas partes. No puede decirse lo mismo de las opiniones particulares de Savigny. La lucha estalló inmediatamente sobre puntos de poca importancia, v. g., sobre la significación de *possessio civilis* y *naturalis*. Pronto surgieron otros, cada vez más numerosos y más importantes. Parece como que hubo necesidad de tomarse tiempo para vencer la primera impresión de aturdimiento. Hoy apenas queda una sola de las proposiciones fundamentales de Savigny que no haya sido atacada, reputándose la mayoría unánimemente como insostenibles.

Un punto quedaba hasta ahora casi completamente intacto; es el que se trata en este escrito, esto es, la importancia decisiva de la voluntad de poseer para la distinción entre la posesión y la tenencia. Los ataques realizados hasta aquí referíanse, no a la idea misma, sino a su fórmula: el *animus domini*, y a la cuestión relativa a si los casos de posesión derivada pueden, todos o algunos tan solo, clasificarse desde el punto de vista del *animus domini*. Se ha partido del supuesto de que Savigny es quien ha formulado esas dos nociones: la del *animus domini* y la de la posesión derivada; yo mismo he participado de esa opinión durante mucho tiempo. Cuál no habrá sido mi sorpresa cuando en las investigaciones que he hecho sobre la historia literaria de la teoría de la posesión, y las cuales datan de fecha relativamente reciente, me encontraba con el *animus domini* y la posesión derivada en el primero de los autores antiguos que consultaba, en Lauterbach (1).

Oigámosle.

La posesión verdadera, la *possessio civilis ratione formae*, como él la llama, exige el *animus domini*; es la posesión de quienes poseen TANQUAM DOMINUS. Tales son el propietario, porque: *detinet* ANIMO DOMINI, el *inmissus ex secundo decreto: detinet enim rem* TANQUAM SUAM *i. e. dominus praetorius*, el que ha despojado jurídicamente al propietario cuando lo ha hecho *ut rem possideat* TANQUAM SUAM.

(1) *Collegium theoretico-practicum*, tomo 3.°, Tit. Pand. 4-12 § 8 a 19.

Denomina la posesión sin *animus domini*, como *poss. naturalis ratione formae;* existe en la persona de aquel que *detinet* SUO *nomine et affectione* SIBI *possidendi* CITRA ANIMUM DOMINI *propter aliquod jus in re;* coloca en esta categoría, además de los cuatro casos en los cuales Savigny admite la posesión derivada (acreedor hipotecario, enfiteuta, secuestro, *precarium*), otros tres (superficiario, usufructuario, vasallo).

Ahí está toda la teoría de Savigny. Primero, el *animus domini* con el mismo nombre y la misma definición que en Savigny: poseer la cosa real o supuestamente como suya. Luego, establecimiento de una categoría especial para los casos en los cuales el derecho romano (o moderno) concede la protección posesoria sin *animus domini*, en virtud de la *possessio corporis o juris: la possessio naturalis ratione formae*, esto es, la posesión derivada de Savigny.

El sorprendente descubrimiento que yo había hecho en Lauterbach, me impulsaba a hacer más amplias investigaciones literarias; pero la debilitación de mi vista me obligó pronto a renunciar a dar a la tarea toda la extensión que yo quería. El único punto que yo he comprobado por mí mismo, es el de que los glosadores ignoraban el nombre y la noción del *animus domini*.

A ruego mío el asesor Goldschmit, Privatdocent de la Facultad de Derecho de Goetinga, mi amigo personal, ha tenido la bondad de proseguir por mí esas investigaciones. Voy a reproducir aquí las conclusiones que yo he formulado con los numerosos materiales que me ha entregado.

Resulta que el nombre de *animus domini* se remonta en todo caso hasta *Cujas* que se sirve de las palabras ωυχῃ δεσπόζοντος de Teófilo, pero entendiendo por esto, no la *intención*, sino la creencia de ser propietario (Observ. 9, 23). Esta última concepción la combate Donello (comm., V. 6), que invoca también en su favor la autoridad de Teófilo, cuyas palabras traduce, no por *animus domini*, sino por *affectus dominantis*. La teoría actual encuéntrase aquí desenvuelta con la mayor claridad. No es necesario poseer *opinione domini*, sino tan sólo *afectu domini*. Basta

para eso: *ut quis se pro domino* GERAT, *quamvis nulla ex causa aut ex injusta causa rem teneat.* Las personas *qui rem aliquam etiam justa ex causa tenent, non tamen ut suam, sed ut alienq versantur*, entre los cuales cuenta, no sólo el inquilino, el colono, el usufructuario, sino también el acreedor, no tienen este *animus*, y por tanto, no tienen la *possessio*. No señala categoría especial de posesión derivada.

Esta última no se remonta más allá de Lauterbach, y así podemos, hasta obtener más amplias noticias, considerarle como su autor. Tuvo en verdad muy poco éxito. Los autores que siguieron no la mencionaron. El *animus domini* encuéntrase, por el contrario, muy a menudo en los escritos de los prácticos de los siglos XVII y XVIII, aunque sin definición normal. El único punto sobre el cual todos están de acuerdo, es el de la circunstancia negativa de que este *animus* falta en el tenedor, mientras que la divergencia se manifiesta en que los unos lo admiten aun en el *injustus possessor*, y los otros sólo en el *justus possessor*. Otro partido, que parece haber sido el más fuerte, pone la distinción en la voluntad de poseer exclusivamente, en el *animus sibi* o *alteri possidendi*. Lo demás no tiene interés para mí en este caso (1). Mi único objeto era asegurarme de si las nociones del *animus domini* y de la posesión derivada provenían de Savigny o si eran conocidas antes de él. Los testimonios indicados de Donello y de Lauterbach autorizan esta última opinión. Esas dos nociones se presentan en Savigny como si de él emanasen. En cuanto al *animus domini*, es verdaderamente inconcebible que haya podido tener esta creencia cuando escribía su obra. Es imposible que haya dejado de consultar la exposición de la posesión de Donello, que, por lo demás, se encontraba al alcance de todos en la última mitad del pasado siglo (2). En cuanto a la posesión derivada, me cuesta trabajo creer que

(1) Recomiendo la historia literaria de la posesión *animus domini* y de la posesión derivada a las Facultades de Derecho que deseen un buen tema para un concurso.

(2) Ayblinger, *Comm. ad Pand.*, p. 638 (1747): *cum affectu domini... habendi ut* SUAM. Heinecio, *Elem. jur.*, § 1288 (1766): *detinet* ANIMO DOMINI *et*

quien ha consagrado una tan grande atención a la historia literaria de la posesión (p. 5 a 24), haya podido perder de vista a un autor como el Lauterbach, que debe ser considerado como uno de los representantes típicos del saber jurídico de su tiempo, y que en la época misma en que Savigny escribía gozaba de alta reputación, merecida en mi concepto. Yo mismo al verlo citar tan a menudo en el curso de mi profesor Thibaut, lo he consultado muchas veces, y no sin provecho, habiendo quizá aprendido más en él que en muchos otros tratados muy estimados de la época.

La circunstancia de que Savigny no haya hecho mención alguna de su predecesor, y el olvido inmerecido en que caía la literatura de los antiguos prácticos a consecuencia del empuje de nuestra ciencia que se inicia con la aparición de Savigny, puede haber sido la causa de que una opinión de tiempo ha ya formulada se conociese en adelante por su nombre. Para ver el influjo enorme que Savigny ejerció sobre su época y sobre la siguiente, nada más característico que fijarse en el desprecio en que cayó la literatura posesoria anterior. En todas las controversias que tan fuertemente excitaron a las gentes, casi nunca, fuera de algunas cuestiones de menor importancia, se ha pasado de Savigny. Rara vez se encuentra en la literatura posesoria de nuestro siglo el nombre de un jurista de la época anterior (1). En suma, Savigny viene a ser el límite en el cual se detiene la doctrina moderna; todo lo que cae más allá no llama su atención, cual si perteneciera a un período literario completamente abandonado y sin interés alguno. Yo mismo tengo que decla-

rem sibi habendi. Berger, *Oecon. jur.*, p. 367 (1777): *sine* AFFECTIONE DOMINI. Hofacker, *Inst.*, p. 94 (1773): ANIMO *atque affectu domini*. Waldeck. *Instit.* § 238 (1800): *rem* UT SUAM *possideat*. A título de curiosidad del lenguaje, indicaré que el *animus domini* en alemán se disfraza bajo la expresión «*Gemüth, solches Ding für sich zu behalten*», sentimiento de conservar alguna cosa para sí. V. Struben, *Jurisprudenz*. aument. por Flöcken p. 449 (1706).

(1) No cabe exceptuar la obra de Bruns: *Das Recht des Besitzes in Mittelalter* porque no se refiere a la *teoría* actual, sino a la *historia* de la posesión, cumpliendo su objeto de mano maestra.

rarme culpable de esta omisión. En mi trabajo sobre el *Fundamento de la protección posesoria* no he pasado de Savigny; la idea de examinar las opiniones de los juristas anteriores no se me ocurrió por entonces.

Sólo de este modo puedo yo explicarme el haber expresado la opinión errónea de que el *animus domini* y la posesión derivada son creaciones de Savigny. Los que hablan de ellas no citan sino a él: los que la combaten, sólo a él atacan. Y esto está perfectamente justificado, porque el representante más importante de una opinión o de una tendencia debe resignarse a la lucha. Pero, como acabamos de ver, el supuesto a que me refiero no es exacto. Si se ve en el establecimiento de la noción del *animus domini* y de la posesión derivada un *mérito* de Savigny, tal mérito ha desaparecido después de las pruebas expuestas; si ello es motivo de censura, la censura resulta muy apagada y se reduce a decir que, por excepción, Savigny ha desmentido completamente en este caso su independencia habitual frente a las opiniones tradicionales. Si, sin dejarse llevar demasiado de las concepciones ya hechas, hubiera acudido directamente a las fuentes, probablemente no se hubiera encontrado aprisionado en los lazos de aquéllas.

Tengo que renunciar a seguir paso a paso la lucha que Savigny ha desencadenado en nuestra ciencia. Fácil es enterarse de ella en otras obras. Voy a limitarme a indicar a grandes rasgos la posición que nuestra ciencia ha tomado frente a la teoría de Savigny.

No diré una palabra acerca de la estéril controversia sobre la presencia o la ausencia del *animus domini* en los casos de posesión derivada (1). Tiene esto para mí el mismo interés que la cuestión de saber si la serpiente marina vive bajo los trópicos o

(1) El único curso de derecho romano, que yo sepa, que rompe con él y de un modo fuerte, es el de Dernburg. t. 1.°, pág. 394 (1884): «La posesión derivada es una construcción jurídica artificial y extraña a las fuentes. Por su causa la teoría de la posesión romana no ha podido aclararse durante largo tiempo». En cuanto a la opinión del autor sobre el *animus domini*, véase luego.

en los mares polares: si pone huevos o si es vivípara. Quien, como yo, no ve en el *animus domini* más que una serpiente marina de la ciencia, no puede estimarse obligado a consagrar su pluma a referir las vanas controversias que sobre su existencia se agiten.

Creo poder limitarme a decir, en cuanto a la posesión derivada, que ha sido conservada como una consecuencia inevitable del *animus domini* de la teoría reinante (1). Nada nos dice en conclusión sobre los motivos *prácticos* que han ocasionado esta pretendida singularidad; conténtase con decir que los romanos han llegado a ella por razones prácticas e históricas. La objeción hecha (2) contra la supuesta singularidad de la posesión derivada, que los romanos trataban como cosa completamente normal, no se encuentra por lo común en las obras sobre la posesión. En todo caso, la teoría reinante no ha cumplido la misión que le incumbía respecto de la posesión derivada. En lo tocante a la posición tomada por la ciencia frente al *animus domini* de Savigny, creo pueden distinguirse tres sistemas o posiciones diferentes:

La primera. Adopción pura y simple de la teoría de Savigny. Caracterízase porque los autores que la sostienen se limitan a invocar en favor de la noción del *animus domini* la autoridad positiva de las fuentes, sin detenere a justificar por motivos intrínsecos, la necesidad del *animus domini.* Otros han procurado o han intentado hacer semejante justificación, y de ahí ha resultado la segunda posición.

La segunda. Puede distinguirse de la anterior, denominán-

---

(1) El único autor de la época anterior que debe exceptuarse es K. Pfeifer, *Was ist und gilt im römischen Recht das Besitz?* Tubinga, 1840. Lo que dice (pág. 72) de la posesión del enfiteuta y (pág. 79) de la del acreedor con prenda, es excelente. La teoría reinante no se ha fijado en su obra. Entre los autores contemporáneos debe citarse sólo Dernburg. Véase luego.

(2) Por ejemplo, por Pfeifer, pág. 65: «Nuestras fuentes hablan como si fuese cosa corriente que el enfiteuta, etc., posee jurídicamente». Meischeider. *Besitz und Besitzesschutz,* 1.ª part., Berlín, 1875, p. 27.

dola en breves términos: *racional* y *positiva*. Trata de dar a la posesión romana una base racional, esto es, dialéctica. Es, según ellos, tan poco romana, específicamente, que más bien puede considerarse exigida por la naturaleza necesaria de las cosas, por la esencia de la voluntad y otras frases semejantes. Si los romanos no la hubieran reconocido, la ciencia actual lo habría hecho. La fuerza atractiva y seductora de esta idea se produce sobre todo por la circunstancia de que se la encuentra hasta en algunos positivistas de los más conspicuos, que en toda su vida no se han hecho culpables de la más leve tendencia hacia una concepción filosófica del derecho, tal como Schweppe y Göschen. El primero (1) dice: algunos casos, *en sí* y *para sí*, no implican más que la tenencia, y el segundo (2) *en sí* y *para sí*, sólo puede ser tenido como poseedor quien une a la tenencia la intención de disponer de la cosa, exclusiva y arbitrariamente. *¡En sí* y *para sí!* ¡Ni que hablase Hegel!

En Puchta (3) la cosa toma el aire de una oposición entre la *naturaleza originaria de la posesión* y las *modificaciones jurídicas* que la han violentado.

En el protoplasma dialéctico que contenía en germen el mundo del derecho, la posesión y la tenencia estaban ya separadas por la diferencia intrínseca de la voluntad: «La diferencia del *animus crea* dos especies diferentes de la posesión». Como Castor y Pollux, estaban en el mismo huevo; pero, como ellos, también tenían una naturaleza esencialmente diferente. Cuando hubieron salido del huevo luego, todo era ya obra de su «naturaleza originaria»; y entonces vino la maldición del derecho positivo, la arbitrariedad del mundo con sus «modificaciones jurídicas» y las «adiciones al puro hecho de la posesión». La posesión hubo de resignarse a ver tratar como a su igual a la posesión derivada, que, según su naturaleza originaria, no es

---

(1) *Römischen Privatrechts*, II, § 215.

(2) *Vorlessungen über das gemeine Civilrecht*, I, p. 604.

(3) *Pandekten*, Epígrafes de los §§ 123 a 125, *Vorlessungen* y *Cursus der Institutionem*, § 226.

más que una simple tenencia. Pero el hombre inteligente sabe que «cuando alguno ocupe una cosa sin el *animus domini*, su voluntad no abarca el cuerpo enteró de la posesión, y *por consiguiente* no le da, *en sí*, un contenido jurídico».

En Bruns (1) es la filosofía en persona quien toma la palabra para abrirnos la comprensión íntima de la voluntad de poseer. Ha añadido a su obra, perfectamente clásica, en lo relativo a las investigaciones históricas, un capítulo que hubiera podido suprimir sin grave daño. Su título es: *La filosofía del derecho de posesión*. El punto en que se fija es el de la «necesidad interna de la posesión» (página 468), y su examen refiérese, por consiguiente, a lo que la misma implica. Ahora bien; todo ello está en la diferencia de la voluntad de poseer, y la *consecuencia natural* resultante es que sólo posee quien tiene el *animus domini*. No se puede considerar como tenedor completamente para sí, y por tanto, como verdadero poseedor, sino al que posee *animo domini*, siendo incomprensible que se haya querido hacer uso de la gran extensión de la enfiteusis para probar que el enfiteuta posee para sí (p. 470).

Claro es que si los que tienen en virtud de un *derecho real* no pueden ser considerados como poseedores para sí propios, mucho menos se podrán considerar tales los que no tienen sino en virtud de un *derecho personal*. Esas personas no pueden siquiera ser consideradas ni como poseedores incompletos; es preciso rechazar la concepción contraria del derecho prusiano. «En virtud de la *naturaleza* de esos derechos no se *puede* imaginar esa relación sino en el sentido de que el extraño posee *en sí y, en general, de una manera absolutamente completa* (!) para el propietario; y que la tenencia en la persona no es más que una reducción especial de la posesión en general del propietario, correspondiente a la extensión y el carácter del derecho ejercido sobre la cosa. Síguese eso *necesariamente* de la naturaleza de los derechos sobre la cosa de otro» (p. 471).

---

(1) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (1848) p. 463 y siguientes.

La opinión que queda expuesta es una de esas ilusiones científicas, en las cuales aprisiona uno mismo la razón para figurarse que las cosas *deben* ser tal como son. Constituyen tales ilusiones, en mi concepto, una de las aberraciones más peligrosas en que la ciencia puede caer. Iniciadas con la intención de romper los lazos de lo positivo, nos atan con tanta más fuerza, cuanto que en lugar de la dependencia *exterior* de una regla positiva, ponen la *interior*, mucho más peligrosa, de la creencia en su necesidad. El positivista puro que se inclina ante lo positivo, como ante un hecho brutal, al cual debe someterse, sin preguntarse si es o no justo, no está atado más que de una manera puramente exterior; limítase a decir: *las cosas son así;* pero sabe que *podrían* ser de otro modo, y en su virtud conserva su libertad interna. El dialéctico, por el contrario, que se persuade de que la cosa *debe* ser así, sacrifica su libertad interna; el yugo que lleva, no se apoya, como para el otro, en la coacción exterior, sino sobre la propia voluntad libre. No tiene, pues, esperanza de sacudirlo nunca; parécese a aquel que se ha hecho esclavo por convicción, a sabiendas de su destino, y a quien por tanto, no se le ocurre romper sus cadenas.

Tal es, en verdad, el fruto de esta dialéctica que se vanagloria de librarnos del peso de lo positivo. En rigor, lo que hace es forjarnos cadenas más estrechas. La supuesta libertad de lo positivo no es en realidad, sino el peor de los servilismos, el del pensamiento que se ha impuesto por base probar más de lo que es necesario. Si lo positivo tuviera el aspecto directamente opuesto, probaría aún que es necesario. En realidad, la idea que ha pretendido adquirir y cree haber adquirido por vía especulativa para justificar lo positivo, está tomada de lo positivo mismo. Su pretendido *apriorismo*, no es, en verdad, más que un simple *aposteriorismo*; recuerda el derecho natural del pasado siglo, que refería a «la razón natural», entre otros, los *jure in re aliena* del derecho romano. Si Paulo no se hubiera dejado arrastrar hacia la idea absolutamente falsa, como se demostrará a su tiempo, de poseer la distinción de la posesión y de la tenencia, en relación con el *animus*, convencido estoy de que jamás se hubie-

ra oído sostener que esta distinción resulta necesariamente de la naturaleza misma de la voluntad. Luego (XIV) demostraremos que la aureola de la necesidad lógica con que esta opinión ha querido rodear a la teoría subjetiva, es tan sólo una nube que se disipará por sí sola.

La tercera reemplaza el *animus domini* por el *animus possidendi*. No se trata, por supuesto, del nombre sólo, sino de la idea que se le supone. Savigny ha creído encontrar el punto de apoyo que las fuentes romanas le niegan en el *animus* (2, 9, § 4: 3, 29 § 2), no sólo en la palabra, sino en la cosa, en Teófilo, que exige en la persona del poseedor la ωυχη δεσπόζοντος. Pero ωνχη δεντόζοντος, no quiere decir *animus domini*, sino *animus* DOMINANTIS (1). Teófilo se limita a indicar la expresión latina *animus possidendi*, insistiendo particularmente sobre el poder exterior del poseedor. Tal es, en mi concepto, el progreso más importante que la teoría subjetiva ha hecho en nuestro siglo. De ese modo desaparecía la relación contraria a la naturaleza, establecida entre la posesión y la propiedad (XIV) y la anomalía de la posesión derivada.

La teoría subjetiva ha dado un paso hacia adelante con la disertación de Mandry (2). Trata éste la cuestión de si es preciso atribuir la posesión o la tenencia al inventor (de buena fe) y al *negotiorum gestor*. Según la teoría reinante, sería incuestionable decidirse por la tenencia, porque ambos tienen la intención de adquirir la cosa, no para sí, sino para el dueño de la posesión. Mandry resuelve la cuestión en un sentido opuesto, y como resultado, estoy plenamente de acuerdo con él (XVII), salvo que yo

---

(1) El mérito de haber señalado el primero en nuestros tiempos este punto, corresponde, que yo sepa, a Böcking, *Pandekten*, 2.ª edic. (1853), I, p. 449-450. Entre los juristas antiguos, Donello (p. 209), había hecho semejante traducción: el mérito de haber combatido por primera vez toda la concepción del *animus domini* y de haber puesto de manifiesto la contradicción que en sí entraña, corresponde a Kierulff, *Teoría del derecho civil común*, t. I (1839), p. 347-353: casi al propio tiempo en (1840), pero con independencia de él hacia lo propio Pfeifer, l. c. p. 65.

(2) Archiv. für civil. Praxis, t. 63, p. 1 26 (1880).

llego a donde él llega partiendo del punto de vista de mi teoría, mientras él parte de la teoría subjetiva. Cuando leía yo las primeras páginas de la disertación, creía que iba a encontrarme con mi propia teoría, porque el punto de vista que mantiene, para su opinión, es que en la opinión contraria, la cosa podría quedar quizá, añade, sin posesión, puesto que no se le puede atribuir al *dominus possessionis*, que nada sabe de la aprehensión hecha por el intermediario; ese punto de vista «de la inadmisibilidad de toda protección posesoria» o de la falta de concordancia entre las exigencias de la oportunidad y los resultados aparentes de la lógica jurídica, no es otra cosa que el punto de vista teleológico que determina, no sólo toda esa concepción del derecho, sino también la de la posesión, y que explicaré respecto de las diversas relaciones en el cap. XVI que trata de la Teleología de la posesión derivada.

Cuando pienso en la inadvertencia completa de este punto de vista por parte de la teoría reinante, en la cual hasta aquí sólo Pfeifer ha tenido el acierto de no caer en este respecto, no puedo menos de designar la consideración invocada por Mandry, aun cuando se haya restringido a las relaciones discutidas, como un progreso importante. Me ha llamado la atención como un soplo de aire fresco y benéfico en la atmósfera sofocante y mefítica de la lógica. Si el autor hubiera perseverado en el camino emprendido, necesariamente hubiera llegado a mi teoría, renovando así de arriba a abajo la teoría de la voluntad.

No lo ha hecho. La mantiene y afirma, pero la obligación que tenía de conciliar con ella la decisión que había dado para los dos casos indicados, le condujo a demostrar la compatibilidad de la voluntad de poseer con la intención de ocupar la cosa para otro. También aquí toca con una de mis ideas, salvo que yo me sirvo de ella para *refutar* la teoría de la voluntad (XV) y él para *apoyarla*. Esta idea de su parte es también muy sana; también señala un progreso decidido en la teoría subjetiva, y quien quiera que se proponga en adelante mantenerla en forma, hará muy bien en apropiarse esta mejora preciosa de la noción de la voluntad de poseer.

Por lo demás, yo no puedo detenerme más tiempo en esta disertación: bástame consignar que el autor no se ha libertado aún de la teoría subjetiva. Transcribiré a este efecto el pasaje siguiente: es uno de los últimos párrafos en los cuales resume los resultados de su trabajo (p. 26): «Si se entiende la voluntad de poseer *(animus possidendi)* por oposición con la *voluntad de tener*, la distinción no está fundada más que sobre la *intención* de erigirse *a sí propio en poseedor jurídico.*» La teoría objetiva no conoce oposición entre la *voluntad de poseer* y la de *tener;* no conoce sino la voluntad de poseer en el sentido expuesto antes en el cap. II[1]; la existencia de la tenencia, según ella, descansa siempre y sin excepción, tanto en la tenencia relativa, como en la tenencia absoluta, únicamente en la disposición jurídica que niega excepcionalmente, a la reunión completa de las condiciones legales, el efecto que de ordinario tiene.

Después de Mandry, Dernburg ha expuesto su opinión sobre la voluntad de poseer en dos obras recientemente publicadas (1). Al principio creí haber encontrado en ellas una aproximación hacia mi teoría, y en cierto modo la hay, a saber, en la apelación al punto de vista teleológico para explicar la tenencia del colono y del inquilino (B. 69), así como la posesión del sustituto (p. 409) (2). Pero en lo demás, Dernburg se mantiene en el terreno de la teoría subjetiva. Lo que a primera vista me desorientaba, era la circunstancia de que en él, al lado del *animus*, entrase en escena la *causa possessionis* (B. 67, nota 2, p. 406). Lo que hay es que la significación que Dernburg le da, no es la de un *principio* imperante y dominador de la organización de toda la teoría posesoria, sino la de un *elemento de prueba* para establecer la voluntad de poseer en un caso particular (3). «La voluntad de poseer, dice (p. 406), debe inducirse del estado de

(1) *Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (1883) y *Pand.* T. I, § 172-174 (1884). Cítanse estas obras por B. y P., respectivamente.

(2) Me remito en este punto, sin interés ahora, al cap. XVI que trata de la teleología de la posesión derivada.

(3) La misma manera de ver que hemos señalado antes en Barón.

hecho, resulta *sobre todo* del motivo—la causa—por el cual se toma posesión . Se atiende igualmente a la doctrina de la dualidad de la voluntad de poseer, y he ahí precisamente el punto distintivo que pone mi teoría en oposición con la reinante. «Todas las especies de *possessio jurídica*, dice, tienen de común el *animus possidendi*, es decir, la intención de dominar la cosa de hecho y para sí exclusivamente» (p. 392). Con ocasión de la posesión a título de propiedad (id. 393), se ve aún figurar el *animus domini*, al cual, por lo demás, niega el valor que Savigny le reconocía, lo que indica al propio tiempo su actitud frente a la posesión derivada, sobre la cual emite el juicio perfectamente exacto antes referido. Los demás poseedores (prestamista, enfiteuta, superficiario, inventor, secuestro), tienen también el *animus possidendi*. «Sin embargo, eso no borra la diferencia en principio de esos diversos géneros de posesión, porque radica en la *naturaleza de las cosas*, quedando por ello independiente en absoluto de la circunstancia de que los romanos le hayan o no acentuado o hecho resaltar» (B. 67).

Hay, pues, en el seno de la posesión jurídica *diversos géneros* de posesión, producidos por la diferencia genérica de la voluntad de poseer obrando en la *naturaleza de las cosas*.

Si la posesión jurídica se caracteriza por la voluntad de poseer para sí, la tenencia se caracteriza «como posesión de la cosa *para otro—alieno nomine possidere*. El representante tiene la tenencia porque *quiere* poseer para el representado» (P. 396).

No creo necesaria otra prueba para demostrar que Dernburg no está aún libre por completo del influjo preponderante de la teoría de la voluntad de poseer, para organizar la institución de la posesión.

Después de la publicación de la primera obra, creía yo poder admitir que a lo menos se había separado de la opinión que más arriba he señalado como teoría de la voluntad *individual*, y cuyo carácter insostenible he sentado ya anteriormente. Encontraba en B. 67, nota 2, esta indicación:

«Los romanos no han investigado si el *animus possidendi* existe subjetivamente en un caso particular, según la concep-

ción particular del poseedor autorizado; hubiera sido eso caer en vaguedad e indefinición; se juzgaba, *principalmente*, según la *causa possessionis*. Aquél, que comenzaba a poseer, sin pretexto alguno aparente (?), como ladrón o bandido, tenía la posesión en virtud de un simple *animus*, sin que pudiera hablar de una *causa*.»

Ya he indicado antes lo raro del resultado práctico que resultaría de ahí, a saber: que la gente honrada tuviera que alegar una *causa* y probarla si fuese combatida, mientras los ladrones vencerían con su mero *animus*. Cuando decía el autor que el *animus possidendi* no debe ser investigado en un caso individual, rechazando enérgicamente la opinión contraria, creí encontrar una repudiación completa en Dernburg de la teoría de la voluntad individual, y me felicitaba grandemente del buen sentido práctico de que daba muestra. La segunda obra vino a hacerme ver que me equivocaba; la teoría de la voluntad individual se preocupaba muy poco con el pasaporte que se le expidiera en la primera, porque en la segunda obra se reinstalaba nuevamente. Primero, con ocasión del *constitutum possessorium* (P. 412). La *causa*, dice aquí, no es necesaria; la simple declaración hecha por el que enajena de que en adelante quiere poseer para su cocontratante, tiene la misma significación. Así, la voluntad de poseer puramente individual, puede muy bien dar a la relación posesoria otro aspecto; lo que, en rigor, equivale a decir que la teoría de la voluntad individual persiste. Manifiéstase por segunda vez, a propósito de la adquisición de la posesión por representante (P. 410) bajo la forma de la condición que el representante debe tener la *intención* de adquirir la posesión para el principal. Según la teoría de la voluntad abstracta, esta intención nada tiene que ver en el asunto; si la relación implica la adquisición de la posesión para el principal, el representante puede tener la intención contraria y declararlo ante testigos; la *causa* hace su papel; la voluntad contraria no tiene fuerza. Según Dernburg, el representante, al declarar que quiere adquirir la posesión de la cosa para sí o para un tercero, puede impedir la transmisión de la posesión y de

la propiedad a su principal, a pesar de la voluntad contraria del que verifica la tradición. Según él, una administración de un ferrocarril, a la cual un criado presenta un talón resguardo con declaración de que quiere adquirir la posesión para sí, puede negarse a entregar la mercancía, porque sería responsable de la entrega hecha a quien no tiene derecho. Por mi parte, creo que no se preocuparía gran cosa con semejante declaración.

No puedo terminar mi examen de las dos obras de este autor, sin mencionar dos opiniones históricas por él emitidas, y que considero falsas.

Según la una (B. 67, nota 2, P. 406, nota 1), la cuestión de saber si se posee se determinaba en la época antigua según la *causa possessionis*, esto es, según el motivo que conducía a la adquisición del poder de hecho. Más tarde se admitió que era preciso para la adquisición de la posesión el *animus possidendi*. Espero sentar luego (XV) que no ha habido en ese respecto jamás el menor cambio. *Prácticamente*, lo que siempre ha hecho inclinarse la balanza, es la causa, sin que el *animus* contrario fuese tomado en cuenta para nada; por de pronto, sabremos inmediatamente (XIII) lo que en todo rigor vale el *animus possidentis* de Pablo.

Según la otra opinión (P. 392, nota 1), la distinción entre la posesión y la tenencia no databa «sino de la época imperial. En los últimos tiempos de la República, Quinto Mucio Scaevola no la conocía, o a lo menos, no la admitía». A este efecto se cita la L. 3, § 23, *h. t.*, en la cual Paulo rechaza con soberano desprecio *(ineptissimum est)* la opinión de ese jurista que había querido considerar la relación posesoria del *inmissus in possessionem* como una posesión. La censura que dirige a su eminente predecesor no es más que uno de tantos asertos ligeros nada considerados, de que ya daré más adelante bastantes ejemplos (XIII), y que recae con más fuerza sobre él. Desde el punto de vista del jurista práctico que juzga la cuestión de la existencia de la posesión según la protección concedida, se podría invocar para justificar la posesión del *inmissus* la circunstancia de

que estaba unida a una protección posesoria (1). Si la jurisprudencia posterior se decide por lo contrario, podría haberse guiado por motivos importantes, dictados por la consideración de la construcción armónica de la teoría posesoria; pero, a mi ver, si Paulo ha podido tratar con semejante desprecio una opinión que, desde el punto de vista anterior de la teoría, parecía como perfectamente justificada, todo ello no es más que una buena prueba de su extraordinario doctrinarismo.

No tiene eso importancia para la cuestión única que aquí nos interesa: Quinto Mucio, ¿conocía ya la distinción de la posesión y de la tenencia? No hace falta probar que la conclusión que saca Dernburg del hecho de que aquél admitiera la posesión para el *inmissus* no es fundada. Porque uno clasifique un objeto equivocadamente en una determinada categoría falsa, ¿puede inferirse que no conozca la verdadera? Si nada más se sabe, sólo podrá decirse: es posible que no la haya conocido, pero puede ocurrir que no la haya estimado aplicable. Ahora bien: en el caso presente, lo exacto es esto último: creo haberlo puesto fuera de duda con mis anteriores explicaciones acerca del desenvolvimiento histórico de la noción de la tenencia (VIII). El conocimiento de la distinción entre la posesión y la tenencia es en Roma tan antiguo como el pensamiento jurídico. En los labios del sabio de que se trata, esta opinión me ha sorprendido tanto más, cuanto que no tiene relación alguna con lo que dice del motivo social y económico de la tenencia y del arriendo (B. 69). Los motivos que aquí invoca: «porque los colonos respectivos suelen pertenecer a las clases pobres; porque los arrendadores no creen poder mantener el orden más que si unos y otros quedan bajo su dependencia absoluta; porque el derecho romano ha sido formado principalmente por los intereses de las clases ricas», ¿no han logrado su valor propio hasta el comienzo de la época imperial? La época antigua estaba, sin duda, también en posición de apreciar su peso y valor como la época imperial, y sería difícil que se hubiera esperado tantos

(1) Lenel, *Das edictum perpetuum*, p. 341, 364.

siglos para hacer lo que implicaban, tanto más, cuanto que la tendencia del derecho, señalada por Dernburg mismo, a favorecer los intereses de las clases ricas, es mucho más cierta para la época antigua que para la posterior (1). Creo haber sentado en el pasaje antes citado con qué gran facilidad la transmisión de la relación de tenencia se efectúa en Roma de los hijos y de los esclavos a los colonos y a los inquilinos.

Mi estudio acerca del desenvolvimiento literario de la voluntad de poseer se termina por la conclusión siguiente: el dogma de la dualidad de la voluntad de poseer y de la distinción que determina entre la posesión y la tenencia, desde la época de los glosadores hasta el momento presente, no ha sido puesto en duda por nadie. Es una de las verdades mejor sentadas del derecho romano, y sea cual fuere la fuerza de la lucha que se ha producido sobre la fórmula exacta de la voluntad de poseer, la oposición existente entre ésta y la de tener no ha sido discutida por nadie, que yo sepa; figura hasta hoy en todos nuestros manuales como uno de los principios fundamentales de la teoría posesória romana (2).

Y sin embargo, esta doctrina es absolutamente falsa; el derecho romano no conocía en realidad más que una sola voluntad de poseer. La diferencia entre la posesión y la tenencia no es el resultado de una diferencia genérica en la voluntad de poseer, sino de una disposición jurídica que niega en ciertas circunstancias a las condiciones positivas legales de la posesión sus efectos ordinarios.

¿Cómo ha podido producirse esta falsa doctrina?

Las explicaciones que siguen nos lo dirán.

---

(1) Véase mi *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 175-232.

(2) Arndts, § 135; Baron, § 112, Böcking, § 123, nota 22; Brinz (segunda edición), § 125, Dernburg, l. c., Keller, § 115; Kierulff, p. 343, nota, Puchta, § 123; Seuffert, § 105; Sintenis, § 25; Wächter, § 122, Winscheid: § 148-149. En el capítulo XI he citado las obras pertenecientes a los autores de la época anterior.

XIII

El «animus possidentis», de Paulo

Ya antes he indicado brevemente que el objeto del presente capítulo y el del siguiente consiste en la prueba *intrínseca* a que es preciso someter la teoría subjetiva. Tiene por fin seguir esta teoría en su construcción, ya visto en el capítulo VI, y a la vez examinar si el cimiento sobre el cual se edifica su doctrina es seguro y si los materiales empleados son sólidos.

Todo ello es, cuando menos, muy discutible, según los resultados obtenidos por las pruebas *histórica* (VII-VIII), *procesal* (IX), *legislativo-política* (X) y *didáctica* (XI). Preciso es admitir que se ha cometido en la construcción alguna grave falta. Cuando un edificio, después de su terminación, resulta que es inhabitable, debe ser porque en él hay algo que no está en orden: los cimientos, los materiales, la construcción, o acaso todo ello a la vez. Procuremos, pues, descubrir en dónde está el defecto.

Empecemos ante todo por los cimientos.

La gloria discutible de haberlos sentado corresponde a Paulo, quien en dos pasajes: L. 1, § 20, *h. t.*; L. 37, *de ping. act.* (13, 7), señaló el *animus possidentis* como condición de la posesión negando la posesión en aquél al representante, y en éste al colono a causa de su ausencia. Si los compiladores de las *Pandectas* hubieran obrado con estos dos textos como los de las *Basílicas* (25, 1, 36; 50, 2, 1), que se limitan a citar la regla: el representante y el colono tienen la tenencia, sin reproducir el motivo de Paulo: *quia (procurator, tutor, curator) nom habeat animus possidentis quia conducenti non sit animus possesionem*

apiscendi, la teoría subjetiva jamás se hubiera producido. En efecto, en parte alguna, en nuestras fuentes se trata del *animus possidendi*; por supuesto, en el sentido de Paulo. Por mi parte, afirmo que jamás he podido descubrir la más leve huella. ¿La omisión de las *Basilicas* obedecía al sentimiento exacto de sus autores, de que no se trataba más que de una opinión puramente individual de Paulo, inconciliable con la teoría de los demás juristas romanos? ¿o es que esta época había aprendido ya a conocer a su costa el *animus possidenti*, o es, quizá, que la práctica no lo ha tenido en cuenta? No me detendré en estas cuestiones; en todo caso, creo deber señalar el hecho, no advertido hasta hoy, que yo sepa, de que los autores de las *Basilicas* no han estimado digno de ser incluído en su recopilación el *animus possidentis* de Paulo.

Trátase, pues, de una opinión individual de Paulo. Tal es la primera tesis que yo siento y formulo sobre el *animus possidendi* y que los defensores de la teoría subjetiva tendrán que recoger. Luego veremos si los partidarios de la teoría subjetiva han logrado mejor que yo descubrir en los demás juristas *huellas ciertas* (1) del *animus possidentis*.

Mi segunda tesis, que es decisiva, es la siguiente: El *animus possidentis*, de Paulo, no tiene el valor de un *principio de derecho*, sino que es sólo un punto de vista *constructivo*.

La falta cometida por la teoría subjetiva, y que es el punto de partida de todo lo demás, consiste en una confusión por virtud de la cual se ha considerado como una *verdad dogmática un punto de vista exclusivamente constructivo*.

Para que la demostración de esta segunda tesis implique, como yo espero, la convicción del lector, me será preciso desenvolver numerosas consideraciones, que deberá perdonarme. Me veré obligado a ir mucho más allá de la cuestión que nos interesa inmediatamente, haciendo entrar en la esfera propia de mi examen consideraciones generales, tales como la actividad

(1) No puede considerarse como tal la L. 28, *h. t.*, de Tertuliano: *possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus.*

construtiva de los juristas romanos y el carácter científico de Paulo.

Examinemos, ante todo, más de cerca los dos textos de Paulo.

De atenerse a ellos exclusivamente, es imposible no llegar a la conclusión a que ha llegado la teoría subjetiva.

Si el representante y el colono son poseedores porque les falta el *animus possidentis*, resulta que para ser poseedor es preciso tener este *animus*. Desde el punto de vista de estos dos textos la teoría subjetiva es completamente inatacable. No hay duda alguna.

Pero esos dos textos no son los únicos que tratan de esta cuestión; nuestras fuentes nos ofrecen también otros varios, que, lejos de confirmar el aserto de Paulo, lo contradicen radicalmente (XV), y, lo que más importa, contienen decisiones de casos concretos.

Aun cuando la decisión de Paulo tuviera la forma de un *principio abstracto*, no podría prevalecer contra el derecho, tal cual lo aplicaba la práctica romana, no siendo más que una construcción jurídica frustrada proveniente de un jurista aislado. Paulo mismo nos dará armas para combatirla en su tan conocida decisión de la L. 1, *de R. J.* (50, 17), sobre la relación de las abstracciones teóricas (*regula juris*) con el derecho realmente vigente: *nom ex regulas jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*

Paulo hubiera sido infiel a sus propias recomendaciones si hubiera querido establecer como regla que la naturaleza de la voluntad de poseer decide de la posesión y de la tenencia, porque esta regla no está tomada al *jus quod est.*

Ahora bien: si Paulo no ha tenido la intención de expresar una *regla de derecho*, ¿qué ha pretendido entonces?

Los dos textos no permiten dudas a este propósito. No tenía otro fin que justificar racionalmente la regla de derecho positivo, según la cual los representantes y los colonos no tienen más que la tenencia; es decir, de deducirla de la voluntad particular de poseer de esas personas; en suma, era un *ensayo*

de construcción jurídica, al cual no debemos dar mayor valor que a los demás ensayos de construcción jurídica de los juristas romanos. Si tales construcciones están de acuerdo con el derecho positivo, las aceptamos; si no, las rechazamos como frustradas. Y aun cuando haya concordancia, no debemos darles más que un valor puramente técnico y formal: no exigen más; no son sino *formas* dadas a la concepción jurídica para hacer accesibles y comprensibles por el pensamiento, ciertos hechos aislados, que sin ellas, se estimarían como meros hechos de derecho positivo haciéndolos así entrar en lo que yo llamaré el aparato lógico del derecho. Pero esas construcciones de lógica jurídica no tienen significación *real* como elemento material o de fondo del derecho. La forma puramente lógica no puede en verdad engendrar consecuencias extrañas al derecho mismo. Las construcciones no tienen más que un valor formal técnico, y no en modo alguno un valor real y material o de fondo.

He ahí el punto saliente de toda la teoría del *animus domini:* viene a ser la transformación ya indicada de la significación puramente técnica del punto de vista de Paulo, en un valor dogmático y práctico.

Ya antes hemos visto otro ejemplo de una transformación semejante, relativa también a la teoría de la posesión; no se trata, pues, de un caso aislado: el ejemplo anterior referíase al uso dogmático hecho por varios juristas modernos del punto de vista puramente técnico sentado por Celso para el *constitutum possessorium*. ¿A dónde iríamos a parar si estimásemos utilizables todas las tentativas de construcción jurídica, tan a menudo frustradas, de los juristas romanos? Por muy alto que yo ponga el valor de esos juristas, no puedo menos de decir que sus ensayos constructivos rayaban muchas veces en lo absurdo.

Así, la *usucapio libertatis* de la *servitus ne prospectui officiatur*, no puede ser basada sobre la existencia de un árbol, *quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris* (L. 7, *de S. P. U.*, 8-2); ahora bien: el verdadero motivo consistía en que la construcción de

un muro contiene una protesta del propietario contra la servidumbre, y en que un árbol no implica semejante protesta. Ocurre lo mismo con la pérdida de la servidumbre que con su adquisición; una y otra suponen disposiciones tomadas o actos realizados que implican y anuncian a la parte contraria la *pretensión* bien sea de librarse de la servidumbre o bien de adquirirla. Las circunstancias de puro hecho, tales como el paso del agua por canales defectuosos, la extensión de las ramas de los árboles, el paso de mis patos, o de mis gansos, o de mis gallinas, por el fundo vecino, no forman la base de una servidumbre por mucho tiempo que hayan durado.

Por otra parte, vemos al autor de la especificación adquirir la propiedad, porque la cosa nueva es *res nullius* (L. 7, § 7 *de A. R. D.*, 41, 1), por ocupación. Sería necesario inferir de esto que el ladrón que hubiera tenido la habilidad de colocarse en el lugar del especificador en la aprehensión de la cosa, en el último período de la obra de especificación, se haría su propietario.

Paulo ocupa el primer lugar en cuanto a ese género de ensayos de construcción jurídica frustrada, y como es preciso poner al lector en situación de poder juzgarle, citaré a este propósito algunos de los referidos ensayos a título de ejemplos.

La idea que ellos nos darán de Paulo nos lo hará ver como un fanático desenfrenado de la construcción; no puedo servirme de otro término. En su ciego ardor, se deja llevar por explicaciones de tal naturaleza, que está uno tentado a preguntarse si acaso tenía en firme su buen sentido. Reconozco que mi apreciación es severa; jamás, quizá, se ha formulado otra igual respecto de un jurista romano. Yo hubiera podido formularla en términos no tan duros, evitando así el escándalo a que me expongo; pero lo hago con intención, a fin de destruir por su base la fe tradicional en la autoridad de los juristas romanos, en virtud de la que se pone en la misma línea todo cuanto de ellos proviene y que tan pernicioso ha sido para nuestra doctrina actual. Yo quiero someter a Paulo a una crítica rigurosa. Si no es fundada la crítica, recaerá sobre mí con mayor fuerza;

pero si lo es, nos abrirá los ojos, permitiéndonos así contemplar su *animus possidentis* tal cual en realidad es.

Tomaré todos mis ejemplos de la teoría de la posesión. Parece haber sido ésta su materia favorita: era como el terreno en el cual se creía el hombre llamado a ser reformador. Para sentar de la mejor manera el contraste que le distingue de los demás juristas, opondré frente a cada uno de sus ensayos de construcción jurídica, la solución dada a la misma cuestión por otro jurisconsulto.

Sabido es que la *lex Scribonia* había abolido la prescripción de las servidumbres. Era ésta una disposición puramente positiva, con la cual nada tenía que ver la construcción jurídica. No puede, en efecto, haber sido exigida sino por la experiencia del peligro que la prescripción de las servidumbres ofrecía en la práctica. Si Paulo quería indicar algún motivo, hubiera debido mencionar ese motivo práctico. ¿Y qué ha hecho? En la L. 14 pr., *de serv.* (8-1) presenta esta prescripción como jurídicamente imposible, sin parar mientes en su existencia anterior; ¿por qué imposible? *Quia tales sunt servitutes (praediorum rusticorum), ut non habeant* CERTAM CONTINUAMQUE POSSESSIONEM, *nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* No se le ocurrió siquiera la idea de que de ese modo la posesión de los fundos lejanos sería también imposible, porque el poseedor tampoco puede *tam perpetuo, tam continenter ire (arare, serere,* etc.) *ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* ¿Y qué decir después de las *servitutes praediorum urbanorum?* Sin duda, aquí hay ejercicio continuo, *continua possessio.* Paulo lo ve, y sale del paso diciendo: *idem et in servitutibus praediorum urbanorum* OBSERVATUR; lo que equivale a decir, que sin duda los puntos de vista por él tomados no nos sirven en este caso, pero prácticamente no por eso dejan las cosas de ser lo mismo.

¡Qué bancarrota tan clara!

Si la idea de Paulo hubiera sido exacta, la prescripción debería aplicarse también a las servidumbres urbanas; pero no, se

la rechazaba, luego la idea era falsa. ¡Magnífico espectáculo! La menor rechaza ante nuestra vista a la premisa.

Si un jurista actual diera un ejemplo semejante de irreflexión, incurriría con justicia en la burla y en el desprecio. ¿Es que las cosas deben pasar de otro modo cuando una deducción como esa brota de labios de un jurista romano?

Comparemos esta decisión de Paulo con la de Ulpiano, en la L. 10, § 1, *de usurp.* (41-3). Tampoco indaga éste el motivo legislativo, cosa que en general los juristas romanos hacen rara vez (1); pero señala con exactitud la situación, diciendo: *hoc jure utimur*; esto es, se trata aquí de una disposición *positiva* no más, reconociendo, aun implícitamente, que podría ser de otro modo, mientras Paulo declara eso imposible.

En la L. 31, § 3, *de usurp.* (41-3), Paulo toca en la continuación de la posesión un caso de locura producida en el representante. Desde el punto de vista de la teoría posesoria, era esa una singularidad, y Papiniano lo reconoce así en la L. 14, § 6, *ibid.*, dando este excelente motivo: *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat.* ¿Y qué hace Paulo? Como en el otro caso, trata de sentar que la disposición puramente positiva es *teóricamente necesaria.* Apenas puede creerse, aun leyéndola, su demostración. Cuando los representantes duermen, dice, la posesión no se pierde; ¡luego... tampoco se pierde la posesión cuando se vuelven locos! He ahí la sutileza, como siempre, camino del absurdo cuando se empeña en traspasar ciertos límites: lo sublime toca en lo ridículo.

Para adquirir la posesión por personas intermediarias, libres o no, es preciso, nos dice la jurisprudencia y el mismo Paulo (Sent. Rec., V, 2, 1), la voluntad en la persona del representante. ¿Cómo armonizar con eso la adquisición por los esclavos de

(1) He aquí algunos ejemplos: la declaración tan conocida sobre el fin de la usucapión, en la L. 1, *de usurp.* (41-3); sobre el destino de las estipulaciones para los intereses propios de los estipulantes, en la L. 37, § 19, *de V. O.* (45-1); la continuación de la posesión en caso de locura, en en la L. 44, § 6, *de usucap.* (41-3); la función económica del dinero, en la L. 1, pr., *de C. E.* (18-1).

la posesión de su peculio a espaldas de su señor? Papiniano responde en estos términos, en la L. 44, § 1, *h. t.*: UTILITATIS CAUSA *jure* SINGULARI *receptum, ne cogerentur domini par momenta causas et species peculiorum inquirere.* La explicación es perfecta, exacta, puesto que aquí falta la *scientia domini.* Paulo trata nuevamente de poner a un lado la singularidad. No debe sorprendernos eso, dice *(nec movere nos debet, quod... etiam ignorantes possidemus, quas servi peculiariter paraverunt);* el esclavo representa a su señor en el *animus* como en el *corpus* (*viaemur eas eorumdem et* ANIMO *et corpore possidere).* Pero si cabe la representación del esclavo, ¿por qué no ha de ser ésta posible por un *hombre libre?* Paulo comete aquí la misma falta que en el caso antes indicado de las servidumbres prediales; fúndase en un punto de vista que, si fuese cierto, debería valer no sólo para la relación que invoca, sino para todas y siempre. En la L. 1, párrafo 5, *h. t.*, refiere la opinión de juristas anteriores que habían querido reparar singularidad semejante, diciendo: *quia* NOSTRA VOLUNTATE *intelligentur possidere, qui eis peculium habere* PERMISERIMUS, sin decir lo que por su parte piensa. Esta opinión era también errónea, porque por la muerte del amo no era hecho de la *nostra voluntas.* Y sin embargo, en nada cambia la posesión del peculio; ésta continúa y es adquirida de nuevo, aun sin capacidad de querer en la persona del amo (*hereditas jacens, infans, furiosus* L. 1, § 5, *h. t.*, cit.).

Papiniano había estado en lo firme: tratábase en verdad de una singularidad que tenía su razón de ser en las relaciones de la casa romana y que se limitaba solo a ellas.

¿Cómo es posible que se llegue a adquirir la posesión por personas libres? Paulo contesta, en sus *Sententiae receptae* (V. 2, 2): trátase de una *singularidad: per procuratorem acquiri nobis posse* UTILITATIS CAUSA *receptum est;* y en la L. 1, § 20, *h. t.*: eso no es una *singularidad;* puede deducirse racionalmente como *necesario.* Me reservo para hacer más tarde la crítica de este último intento de construcción jurídica de Paulo; por el momento basta esta indicación que debemos anotar.

El recorrido que acabamos de hacer a través de los ensayos

constructivos de los juristas romanos, y especialmente de Paulo, habrá justificado mi opinión respecto de ellos y demostrado al propio tiempo cuán equivocados estaríamos si quisiéramos concederles otro valor que un valor puramente técnico y formal. Los juristas romanos, según mi saber y entender, no han corrido jamás este peligro; no recuerdo haberles visto jamás sacar consecuencias prácticas de un punto de vista puramente constructivo: su fino tacto les preservaba de este escollo. Sus construcciones, como tantas otras cosas, corresponden a la gimnástica de la enseñanza; su destino es modesto: un destino simplemente académico. Varias de ellas han sido hechas, sin duda, para los principiantes sólo; parécense a las explicaciones que damos a los niños cuando no podemos mostrarles claramente el verdadero estado de las cosas o las desconocemos; explicaciones para ellos suficientes, porque no pueden penetrarse de la falta de consistencia de las mismas.

Y vuelvo a Paulo, para acabar, con otros rasgos nuevos, el retrato de su personalidad científica.

En la L. 153, de R. J. (50, 17) (1), nos ha conservado la regla formulada sobre la pérdida de la posesión:

> *Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis acquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest. ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

Esta regla forma digno contraste con su *animus possidenti*: como él, es en absoluto una invención, hecha con un desprecio completo del derecho realmente aplicado en la práctica romana. Es una abstracción doctrinal, en la cual ha desconocido torpemente la buena doctrina que enseña en la L. 1, de R. J. (50, 17): *non ex regula jus sumatur, sed ex jus quod est, regula fiat.* No es esta ni la primera ni la última de sus contradicciones según

(1) Reproducido en resumen en la L. 8, *h. t.*

veremos. Como su *animus possidentis*, esta regla ha dificultado no poco la doctrina moderna. Por muchos que sean los medios empleados para darle un sentido aceptable (1), no cabe duda que contiene uno de los peores ensayos de abstracción, si no el peor, de cuantos ha podido intentar un jurista romano, siendo yo en esto por completo de la misma opinión que Piniski (2). Papiniano, el maestro de Paulo, puede ser responsable de esto en parte. Este, para motivar, en la L. 46, *h. t.*, la regla de que no se puede perder, *corpore*, por la *occupatio* de otro, la posesión que se tiene en *animus* sobre los fundos lejanos, invoca la analogía de la extinción de las obligaciones: *ut enim eodem modo vinculum obligationis solvatur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae* SOLO ANIMO *tenetur*.

La idea que por su espíritu flotaba era, en mi concepto, la siguiente: la *possessio quae solo animo tenetur* tiene, como la obligación, una existencia puramente ideal, que no depende en su duración de las condiciones de hecho; los acontecimientos de puro hecho no pueden, pues, resolverse ni en una ni en otra; el poseedor y el acreedor están protegidos contra el peligro posible de experimentar pérdidas a espaldas suyas. En esos límites la comparación era perfectamente exacta, siendo eso todo lo que Papiniano debía decir. Pero el paralelismo que admite tácitamente en el establecimiento y la disolución, tanto para la posesión como para la obligación, es erróneo. En primer lugar, la posesión no puede ser adquirida *animo*, como la obligación; para que nazca es preciso el *corpus*, pero no hace falta para continuarla. Además, la disolución de la obligación exige un acto de voluntad positiva, mientras que cuando el poseedor ha obtenido el conocimiento de la *occupatio*, la posesión puede también perderse por inacción. De ese lado, pues, el ensayo constructivo de Papiniano resultaba indudablemente frustrado. Por otra parte, no podemos concederle valor alguno en lo tocante al ele-

(1) No puede sostenerse con el sentido que Savigny, p. 331 y siguiente le atribuye. Así creo haberlo demostrado cumplidamente en *El Fundamento de la proteccion posesoria* (trad. esp.)

(2) En *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*, p. 156.

mento indicado de su idea. ¿Qué conclusiones, en efecto, pueden sacarse para la posesión del aspecto de las cosas en las obligaciones? ¿Es acaso la analogía de la obligación la que ha determinado a los romanos a dar a la posesión su fisonomía? Muy al contrario, se han determinado por consideraciones prácticas, y así, invocar la analogía de las obligaciones equivale a perturbar, más que a favorecer, la exacta comprensión de las cosas.

La idea de Papiniano no era, pues, feliz.

Paulo se había *cogido* a esta idea, que había sido formulada exclusivamente para un aspecto particular de la relación posesoria, para la posesión *animo;* después la ha generalizado, erigiéndola en regla para la pérdida de la posesión. El principio de la correspondencia entre el establecimiento y la extinción de las relaciones jurídicas, por el cual se ha dejado guiar la doctrina antigua, únicamente en el respecto de la *forma del acto jurídico* (1), toma en él el aspecto de un principis *fundamental* del derecho. Los *actos contrarios (in contrarium actus)* que se verifican para disolver una relación posesoria, deben corresponderse con las condiciones reales exigidas para establecerla. Esta idea es del principio al fin tan falsa, tan insana, tan absolutamente insostenible, que sería perder el tiempo insistir acerca de ella todavía. Mas para el efecto que aquí persigo, tiene un valor inapreciable, en cuanto pinta de un solo rasgo a todo el hombre. Que las concepciones que en él se producen respondan o no al derecho realmente en vigor, le tiene sin cuidado; el derecho, en su opinión, está en el error, o no ha llegado aún a tener conciencia de sí mismo; la misión y la tarea del jurista está en trazarle el camino que debe recorrer, o en aclarar de un modo adecuado las ideas aún confusas que en él palpitan.

En otro asunto, el mismo jurista da una nueva prueba de esta soberana presunción del pensamiento jurídico que se afirma frente al derecho positivo, y del cual acabamos de citar el ejemplo más sorprendente. Las personas jurídicas pueden poseer. Eso estaba fuera de duda en los tiempos de Ulpiano, se-

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, pág. 625.

gún él mismo lo atestigua en las L. 2, *h. t.*, y L. 7, § 3, *ad exhib.* (10, 4); siendo cierto que cuando menos se remonta hasta esa época. Inútil es decir por qué era eso necesario. Pero no encajaba ello en la teoría de la voluntad, de Paulo, y no vacila, en la L. 1, § 22, *h. t.*, en negar la posesión a las personas jurídicas, y no (lo que no dejaría de tener algún sentido) porque no era posible el *corpus* en ellas, como seres incorporales, sino porque no tienen el *animus: ¡quia* UNI CONSENTIRE *non possunt!* ¡Como si una persona jurídica existiese sin *voluntad*, y como si todas las resoluciones que toma no revelasen la existencia de esta voluntad! Pero la voluntad de poseer es, en su opinión, algo muy especial, y como no lo encuentra tal cual se imagina en las personas jurídicas, les niega sin más la posesión: «lo que no puedo construir, lo suprimo».

El juicio injurioso que emite sobre Quinto Mucio Scaevola, y que antes ya reprodujimos, es también muy propio para completar la fisonomía del hombre. El, para quien el dogma nuevo de la escuela se había convertido en una verdad absoluta, no comprendía la consideración concluyente que el jurista había citado en apoyo de su opinión. Estimar la relación del *immissus* como posesión, cuando fácilmente podía aprender en la escuela de sus maestros que era una mera tenencia, he ahí la falta más grave que puede concebirse en verdad, ¡una falta contra los *principios!* Formular falsas reglas del derecho; negar toda obediencia al derecho, como él hace, y como su gran predecesor jamás ha hecho, ¿qué vale al lado de una falta contra los *principios del derecho*?

Creo con esto haber colocado al lector ya en situación adecuada de formarse un juicio sobre la individualidad científica de Paulo. Me recuerda por entero a Puchta: Paulo es el Puchta de la antigüedad romana (1). Hay efectivamente en ambos el mis-

(1) No creo rebajar el gran respeto que siento por Puchta, a quien tanto debo en mi desenvolvimiento anterior, y a quien pongo muy alto, si caracterizo francamente lo que había de falso en su dirección, la cual yo mismo seguí un tiempo con gran fe. No puedo hacer aquí una demostración completa, y me remito al *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, págs. 310 311,

mo fanatismo de construcción jurídica, que, en su ardoroso entusiasmo, no advierte las lagunas de sus puntos de vista, y que llega en Paulo hasta el paroxismo ciego. Hay en ambos el mismo hervir de la lógica que declara, sin fijarse, imposible lo que le conviene y necesario también lo que le conviene, sin permitir la hipótesis de otra explicación; la misma intolerancia con las opiniones ajenas (1) cuando no se armonizan con las nociones tal cual por ellos se han formulado. Paulo y Puchta son ambos espíritus superiores, pero de naturaleza violenta y despótica en materia científica; verdaderos doctrinarios inflexibles. Si nuestro derecho teórico actual quisiera buscar un patrón entre los juristas romanos, lo encontraría en Paulo. La parte de ese derecho que se relaciona con la teoría de la voluntad de poseer, pesa toda sobre su conciencia.

Ya he dicho antes que la posesión ha ejercido sobre Paulo con gran fuerza un atractivo especial. Ningún otro jurista se ha consagrado a ella con tanta predilección, ni la ha examinado con tanta intensidad, ni ha procurado introducir en ella de un modo tal sus propias ideas individuales. Y no es esto una casualidad. 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 posi-

---

y a *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, páginas 328 y siguientes. Hago iguales reservas respecto de mi juicio sobre Paulo. No se me ha pasado por las mientes desconocer el rango que entre sus contemporáneos le toca, pero eso no impide exponer francamente cuanto hay de falso en su doctrina.

(1) Un digno compañero del *ineptissimus* de Paulo encuéntrase en Puchta, *Pandekten*, § 135, donde, refiriéndose a Justiniano y al derecho canónico, designa la noción de la *actio spolii* en la práctica como una «opinión que se aniquila por sí misma como absurda».

ble; 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 llamarla 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 puede darse las formas que se quieran.

Después de los ejemplos que acabo de exponer de los ensayos de construcción jurídica violentos y frustrados de Paulo, abordaré ya el último, para el cual han debido prepararnos convenientemente todos los ejemplos anteriores: el de su *animus possidentis*.

Ningún otro jurista romano se ha ocupado tanto como él con la voluntad de poseer. En todos los demás juristas no se tropieza con ella tantas veces como en él solo. Dejaré hablar a los textos.

1. Para adquirir la posesión es preciso el *animus* y el *corpus*.—L. 3, § 1; L. 8, *h. t.*; L. 153, de R. J. (50, 71); Sent. Rec. V, 2, 1. Paulo *es el único jurista de quien proviene esta regla.*
2. El *animus* falta en los *infans* y en el loco.—L. 1, §§ 3, 9, 10; L. 32, § 2, *h. t.*
3. En las personas jurídicas.—L. 1, § 22, *h. t.*
4. En el: *qui jure familiaritatis amici fundun ingrèditur, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.*—L. 41, *h. t.*
5. En la adquisición de la posesión por el representante directo, el *animus* radica en la persona del representado, el *corpus* en la del representante.—L. 3, § 12, *h. t.*
6. En la posesión del peculio, el *animus* del esclavo sustituye al del dueño.
7. El pupilo no obtiene la posesión sin su tutor, sino cuando tiene el *animus possidendi*.—L. 4, § 1, *de usurp.* (41, 3).

8. El colono no posee: *cum conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*—L. 37. *de pign. act.* (13, 7).
9. El representante no posee tampoco: *quia non habeat animum possidentis.*—L. 1, § 20, *h. t.*
10. El sustituto usucapia: *quamvis possis videri non protuo possideri, cum nihil intersit quod mandati judicio tenearis.*—L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3). Es decir, le falta el verdadero *animus*.
11. El acreedor posee la prenda, pero no tiene la *opinio domini.*—L. 22, § 1, *de nox. act.* (9, 4). *Possidet pro alieno.*—L. 13 pr., *de usurp.* (41, 3).
12. En la adquisición de la posesión por los esclavos, el *animus* de éstos es determinante, aun cuando han obrado por orden de sus amos; si tuvieren la intención de adquirir por otro, éste obtiene la posesión. L. 1, § 13, *h. t.*
13. La posesión se guarda por el *in contrarium actum*, con relación al *corpus* o al *animus*.
14. Se puede enajenar la posesión por la mera renuncia al *animus possidendi.*—L. 3, § 6, *h. t.*
15. La locura que sobreviene en el tenedor no extingue la posesión: equivale al sueño.

Con esto paréceme haber presentado la prueba que me incumbía. El *animus* desempeña un papel en Paulo, más grande que en todo otro jurista; no se cansa de examinarlo en todas las aplicaciones concebibles, y más de una de las reglas formuladas son cosa suya exclusiva; no se presentan en ninguno de los demás juristas. Ya hemos demostrado, en parte, a qué violentas manipulaciones, claramente falsas, ha tenido que recurrir; lo demostraremos luego también para las reglas 10 y 11. La 12, ¿ha sido bien acogida de parte de los contemporáneos? No puedo concebir que se acogiese bien consecuencia tan falsa de su teoría del *animus*. Un jurista de la época antigua no hubiera podido comprender una regla tal, que destruía hasta en sus cimientos el poder dominical, poniendo al señor en manos

del esclavo. Para concebirla hubiera debido empezar por aprenderla con Paulo, que le enseñaría esa y otras cosas más sorprendentes; y además hubiera debido reconocer el influjo que la voluntad de poseer ejercía sobre la relación posesoria, según Paulo; con lo cual llegamos nosotros después de tan largo rodeo, a nuestro tema verdadero. Cuanto precede no ha tenido otro objeto que prepararlo.

Si se hubiera preguntado a un jurista de la época antigua: ¿cómo es que el colono sólo tiene la tenencia? ¿es porque su voluntad tiende a esta última?; hubiera contestado: la voluntad del colono no tiene nada que ver en el asunto: obtiene la tenencia porque el derecho lo ha dispuesto así, por motivos muy buenos. Los mismos contemporáneos de Paulo no pensaban de otro modo, según veremos (XV). ¿Cómo, pues ha podido Paulo concebir la idea de poner el motivo en la voluntad de poseer? Sin duda ha debido apoyarse en algo. La explicación que sigue va a decírnoslo. Un error queda por completo en situación de no perjudicar, no solamente cuando se ha refutado, sino cuando se ha logrado agotar la fuente de donde mana.

¿A qué debe tender la voluntad en el cumplimiento de un acto jurídico, hacia este acto mismo o hacia las consecuencias que la ley le atribuye? Plantear la cuestión, es resolverla. Si la voluntad debe dirigirse, no hacia el acto *(a)*, sino hacia las consecuencias *(c)*, la ignorancia de éstas, esto es, el *error de derecho*, anularía el acto. El heredero que ha aceptado la sucesión sin saber que responde de la deuda *ultra vires*, podría declinar esta responsabilidad por ignorancia. Del propio modo el delincuente podría rechazar la pena, o la pena grave, por ignorarla. El juez, según eso, debería en todos los casos investigar previamente si el que ha obrado ha conocido las consecuencias de sus actos. Lo cual sería ir contra la seguridad del derecho, que descansa en la certidumbre de que se sufrirá inevitablemente las consecuencias de *(c)*, resultando su áplicación insoportable llena de obstáculos y de complicaciones.

De ahí se origina la regla que para determinar el alcance de la voluntad en los actos jurídicos, es preciso conside-

rar *a* y no *c* (1). La realización de *c* se cumple, en efecto, sin la intervención de la voluntad individual, en virtud de la *ley* que ha referido *c* a *a* como cosa inevitable. Si no cabe *cambiar* esto por el motivo de que no se *ha querido*, tampoco cabe justificarlo porque se ha *querido*.

Paulo ha cometido esta última falta en la cuestión de la posesión. Ha referido a la voluntad las consecuencias que el derecho romano da a ciertos actos jurídicos con relación a la posesión. Según el derecho romano, el colono y el representante tienen siempre la tenencia, sépanlo o no, y quiéranlo o no; la tenencia es la *c* que se refiere como consecuencia inevitable a la *a* del acto jurídico (2), y respecto del cual, por consiguiente, la dirección de la voluntad individual es perfectamente indiferente.

La falta que Paulo ha cometido no es única, se ha repetido: nuestra doctrina actual la ha cometido no pocas veces: por ejemplo, con relación al establecimiento de las relaciones patrimoniales referidas por la ley a la celebración del matrimonio. Para dejar a salvo el mantenimiento de las relaciones existentes entre esposos que han cambiado de domicilio, a pesar de la ley diferente del domicilio nuevo, se ha recurrido a la idea de que esas relaciones descansan en la voluntad de las partes. El fin perseguido es perfectamente exacto, pero el medio es malo. Los efectos del matrimonio, en cuanto a los bienes de los cónyuges, constituyen nuestra *c*, que se enlaza inevitablemente con la *a* del matrimonio, siempre que no haya mediado convención contraria para excluirla. La circunstancia de que esos efectos hayan *podido* ser excluídos por una voluntad contraria, no autoriza en manera alguna a atribuir su realización a la voluntad de

(1) Véase una oposición formal de esos dos elementos en la L. 13 § 2, *Com.* (13, 6): *nec obstat, quod non* HAC MENTE... *contraheremus, quasi eum obligatum habituri,* PLERUNQUE *enim id accidit, ut extra id quod* AGERETUR (nuestra *a*) TACITA *obligatio nascatur* (nuestra *c*).

(2) Me limitaré a citar la L. 21, *de usurp.* (41, 3):... *nullius momenti locatio est...* SEQUITOR ERGO, *ut ne possessionem quidem locator retinuerit.* Para las otras pruebas, véase el cap. XV.

los cónyuges (1); en no pocos casos, éstos no habrán tenido siquiera noticia de ello.

El razonamiento indicado descansa en la hipótesis de una oposición entre *a* y *c*. Fuera de ella no tiene consistencia. En efecto, cuando yo ejecuto *a*, ¿qué es lo que yo tengo en cuenta? No es sólo ese acto jurídico, sino sus consecuencias; cuando yo quiero *a*, quiero por lo mismo *c*. ¿Toda *c*? El jurista no duda; quiere todas las consecuencias legales, porque las conoce; pero ¿y el hombre lego en derecho? No tiene la menor idea de la mayoría de ellas: llegan a él como una fatalidad. Sin duda, en un pequeño número de actos jurídicos, tiene plena conciencia de *c;* por ejemplo, en el préstamo; sabe que recibe el dinero para disponer de él libremente y que debe devolverlo; la voluntad dirigida hacia *a* implica por completo *c*. Pero en la mayoría de los actos jurídicos, *c* excede del conocimiento del hombre en general, pudiendo decirse sólo que no ha querido más que la *c* de que se da cuenta. Mas la ley ha fijado *c* a su manera, y el único medio que se procura de lograr la *c* de que se da cuenta, consiste en tomar todo la *c* legal. Si no quiere no puede hacer *a;* si hace *a*, la *c* legal se verifica en todo caso. De esta manera puede obtener, ya *menos*, ya *más* de lo que ha querido. Es indiferente que el inventor del tesoro sepa que le pertenece, que la caución sepa que tiene el *beneficium divisiones* o que la mujer intercedente sepa que tiene la *exceptio Scti Vellejani.*

El conocimiento de la existencia de las *condiciones* del acto no es menos indiferentes que el de sus *consecuencias* (2). Si el *tradens* es realmente propietario, mientras que el *accipiens* cree lo contrario, no por eso este último deja de adquirir la propiedad. Si el que se obliga es en realidad capaz de obrar, aun cuando equivocadamente se considere incapaz, queda obligado. También en estos casos, si la validez del acto dependiera de la voluntad individual, debería ser discutida, porque en el primer

(1) *Non* VELLE *debet, sed* NON NOLLE L. 1, § 3, *de trib. act* (14, 4).

(2) Véanse las pruebas de lo que sigue en mi *Abhandlung* en mi *Jahrbücher*, II, págs. 157 y siguientes.

caso hay quien no tiene voluntad de adquirir la propiedad, por considerar la adquisición imposible; y en el segundo no hay voluntad de obligarse, porque se ha reconocido el sujeto sin capacidad para ello. Pero la validez del acto jurídico *a*, es decir, nuestra *c*, es tan independiente de la creencia de las partes, tanto en lo referente a sus *condiciones*, como en lo relativo a sus *efectos*. La creencia errónea en la no existencia de las condiciones, que al propio tiempo implica la creencia errónea en la no realización de las consecuencias, no aniquila la voluntad dirigida hacia *a*.

La *affectio auctoris*, según la L. 2, § 2, *pro emt.* (41, 4), existe aún: *cum rem putat alienam quae sit venditoris*. Cabe aplicar aquí la conocida regla de los juristas romanos: *plus est in re quam in existimatione mentis*, que por mi parte sostengo en el sentido aceptado hasta el día, a pesar de las objeciones recientemente formuladas; esto es, es preciso atenerse a la existencia *objetiva* de las condiciones de *a*, y no a la existencia *subjetiva* de la creencia y del conocimiento de las partes.

Acabo con lo dicho de exponer un resumen de la teoría de los juristas romanos sobre la voluntad en los actos jurídicos. Es uno de los hechos más notables de la antigua jurisprudencia de Roma, la concepción de esta teoría de una manera que yo llamaría abstracta, sin conceder influjo alguno a las desviaciones de la voluntad individual.

En la jurisprudencia posterior se dibujaron aquí y allá ciertas tendencias, que estimo poco acertadas, encaminadas a tener en cuenta la voluntad individual (1).

---

(1) Citaré, a título de ejemplo, *animus contrahendae societatis*, en la L. 44, *pro soc.* (17, 2), que, según aquí se ha invocado, forma digno juego con el *animus possidentis*, y con el *animus revertendi* de los animales, en la L. 5, § 5, *de A. R. D.* (41, 1). Sin embargo, es de notar que este último, que se presenta también en los esclavos (*L. 47 i. f. h. t.*), no es lo que a primera vista pudiera parecer. Cabe preguntarse lo que significa la regla que hace depender la conservación de la propiedad sobre el animal doméstico de su *animus revertendi*, que no podrá probarse y que prácticamente está reemplazado por la *consuetudo revertendi*. ¿Por qué ésta no se señala sola, y por qué se insiste sobre el *animus*, que en la práctica no

Refiérese a las propensiones individualizadoras de la jurisprudencia nueva; fenómeno éste que me he propuesto describir de una manera detenida en la parte tercera de mi *Espíritu del Derecho Romano*, y que no es posible hacer aquí.

Con lo expuesto termino el largo rodeo dado para llegar por fin al *animus possidentis*, de Paulo, en las L. 1. § 20, *h. t.*, 37, *de ping. act.* (13, 7). No creo, sin embargo, que este rodeo

---

tiene la menor importancia? La indicación del *animus* de parte de los juristas romanos contiene una idea completamente exacta y hasta ingeniosa. La etimología nos muestra el *dominus* como el que ha domesticado seres vivos (animales y esclavos).—(Sansc.; *dom. domay;* Grieg: δαμ *av*; Lat.: *dom are, dom inus*; Alem. antig.: *zam.;* alem. moderno: *zähm, zahmen* Vaniceck *Griech. latein etym. Wörterbuch*, I, p. 34). – La domesticación es el hecho que ha llevado la noción de propiedad al conocimiento de los pueblos arios. No había entre ellos propiedad privada, en el origen, sobre cosas inmuebles, sino propiedad común. La idea de la relación *exclusiva* del individuo con la cosa ha sido reconocida primeramente con el *animal* y ha recorrido diversas fases, que nos representan los tres modos conocidos de la vida de los pueblos: pueblos que viven de la caza y de la pesca; pueblos pastores que avanzan con sus rebaños cuando los pastos se agotan; pueblos agricultores que se fijan en un lugar dado a causa del trabajo que han consagrado al suelo. Así como en las dos primeras fases lo que en el animal se buscaba era la *substancia*, en la tercera se atendía al aprovechamiento de su *fuerza* para la explotación (*a*).

La domesticación, y en su virtud la propiedad, toma en los animales un triple aspecto diferente, que designaré para abreviar, con los nombres de *domesticación mecánica* y *domesticación psicológica*, aplicada al individuo *aislado* o aplicado a la *especie*. La primera aplícase a los animales salvajes que el hombre tiene *exteriormente* en su poder (*custodia:* L. 3, § 2, *ibid.*). Con su poder cesa la propiedad. La segunda se aplica a los animales salvajes que aquél ha puesto *intrínsecamente* en una relación de dependencia respecto de él. En este caso se ha domado por el hombre, no sólo el cuerpo, sino el alma del animal - el *animus* . Manifiéstase esto

---

(*a*) Las brevísimas indicaciones que el ilustre Ihering hace en esta interesante nota, pueden verse respecto de los arios y de la condición primitiva de la humanidad pastoril y agrícola, ampliamente desarrolladas en su obra póstuma, *Prehistoria de los indoeuropeos* (trad. esp. del que esto escribe. Madrid, Suárez), uno de los libros más geniales y más hermosos, de corte más simpático y hasta agradable, que ha brotado de la pluma del autor de la *Teoría de la posesión* y del *Espíritu del Derecho romano*.—(N. DEL T.)

resulte inútil; debémosle cosa de tanta importancia, cuando se trata de decidir el valor de un aserto aislado de un autor, como el conocimiento de su personalidad, de su método y de sus tendencias: pasemos ahora a los textos de Paulo. No examinaré de cerca más que el primero de los dos. El segundo trata de la falta de *animus possessionem apiscendi* en la persona del colono, y la situación es la misma que en la del representante, a que el primero se refiere.

Ese texto se presenta como un miembro aislado de una construcción. Paulo trata en la L. 1, § 20, de la adquisición de la posesión por intermediarios, y distingue dos formas: la adquisición por un representante *indirecto*, en el cual este último adquiere la posesión *(si* SUO NOMINE *nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent)*, y la adquisición por un representante directo *(si* NOSTRO NOMINE *accipiunt)*, en la cual el representado obtiene la posesión. Esta

---

en que, a pesar de la libertad exterior que le es concedida, el animal, sin embargo, sigue en la casa, vuelve a ella (*animus revertendi*). Con la dependencia intrínseca del animal, o del poder físico que ejerce sobre él el propietario, cesa también el jurídico—la propiedad . La tercera refiérese a los animales domésticos. En este caso no es solo el individuo, sino que a través de la historia, la especie resulta domada, el animal nace así: hállase jurídicamente entre las cosas muebles, cuya propiedad no cesa con la pérdida de la posesión. La cosa mueble *animada* no ejerce más resistencia contra el propietario que la cosa mueble *inanimada*.

Síguese de ahí, que la relación del animal en la segunda categoría se indica de una manera muy excelente con el *animus*, es decir, con la dependencia psicológica respecto del hombre. Y, sin embargo, no es esto exacto. Verdadero desde el punto de vista en filosofía del derecho, es falso para el jurista. Este no conoce el ANIMUS *revertendi*, sino la CONSUETUDO *revertendi*, única que puede ser objeto de la prueba, y he ahí por qué en la L. 5, § 5, cit., la concepción filosófica referida al estado del alma *interior* se completa por la dogmática práctica, encaminada hácia el hecho exterior de la vuelta. Si, a pesar de esto, la primera se toma por base de la *tatis regula comprobata*, creo poder estimar eso como una prueba del aserto hecho: pasa con el *animus revertendi* lo que con el *animus possidentis*, de Paulo: la tendencia subjetivamente individualizante de la jurisprudencia posterior ha puesto en el lugar del elemento *práctico*, único decisivo, el elemento interno.

última forma no se conocía en el derecho romano antiguo, y un jurista de principios de la época imperial, *Javoleno*, declara imposible también la adquisición de la posesión por una persona que no se tiene bajo su potestad: L. 29, § 2, *h. t.*:

> *Neque enim* RERUM NATURA *recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.*

Es esto característico a la vez de él y de las ideas de su tiempo, así como de los compiladores de las *Pandectas*, que han acogido una opinión tan completamente caída en desuso.

Lo que el jurisconsulto Javoleno declara *imposible*, Paulo trataba de demostrarlo como necesario. El mismo Paulo es quien declara en otra parte (*Sent. Rec.* V., 2, 2): *per procuratorem acquiri nobis possessionem posse* UTILITATIS CAUSA *receptum est.* Así, según él, unas veces puede obtenerse la regla por vía de deducción jurídica, y otras se caracteriza como una disposición positiva contraria a la *ratio juris*.

Más hubiera valido que Paulo se abstuviera de intentar esta deducción. No le ha resultado mejor que la relativa a la exclusión de la prescripción en las servidumbres prediales y de la que más arriba hemos hablado. Tampoco aquí se ha preocupado con la circunstancia de que el derecho anterior ha dispuesto precisamente lo contrario de lo que él deduce como necesario. Si el representante no debe tener la posesión porque le falta el *animus possidentis*, ¿cómo la alcanzaba en la época anterior? ¿Tenía entonces quizá el *animus possidentis*, perdiéndolo después? Y si no lo tenía entonces tampoco, y, a pesar de todo, se le concedía la posesión, ¿no es esto una prueba de que el *animus* nada tiene que ver con ella? Pero admitamos que la jurisprudencia antigua no tuviera una idea exacta del *animus*, y que la época nueva haya llegado a reconocerlo de un modo exacto, siendo éste el motivo de negárselo al representante: ¿qué tiene eso que ver con la regla que Paulo quiere deducir, a saber, que el representado adquiere la posesión por el representante?

El que realiza la tradición dice no posee: *quoniam cesserit possessionem;* el representante no posee tampoco: *quia non habeat animum possidentis*; luego... ¡el representado debe tener la posesión! En virtud de que uno pierde la posesión y que no un tercero no la obtiene, resulta que esta posesión la adquiero yo. Un esclavo roba una cosa; la posesión del robado se extingue, el esclavo no la adquiere: ¿la adquiere por eso el amo? No, según la L. 24. *h. t.* Paulo pierde de vista la posibilidad de una tercera hipótesis: que la cosa resulte no poseída por nadie. A título de ejemplo, citaré la tradición a un loco. Según la L. 18, § 1, *h. t.*, la posesión del que entrega se pierde, el loco no la adquiere, la cosa no está así en posesión de nadie.

El argumento de que Paulo se sirve en la L. 1, § 20, citada, es el mismo que aquél mediante el cual trató de probar en la L. 1, § 4, *h. t.*, que la mujer debe adquirir la posesión de la cosa que le ha sido donada por su marido.

Dice aquí:

> *¿Nam quid adtinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?*

Y allí dice:

> *Alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.*

La misma deducción hubiera podido servirle para probar que el amo debía obtener la posesión de la cosa robada por el esclavo.

Lo menos que puede pedirse a una deducción lógica es que sea consecuente consigo misma. La de Paulo es falsa, aun en este respecto; no tiene, en verdad, conclusión intrínseca.

No ha probado que el representado debe obtener la posesión, ni que la prescripción de las servidumbres prediales es

imposible; la tentativa de probar que lo que existe es necesario se ha frustrado por entero en ambos casos en virtud de la misma bancarrota de la lógica.

El *animus possidentis* no resulta, sin embargo, con lo expuesto refutado. Aun cuando la legación hecha por Paulo de la falta de este *animus* en la persona del representante, no basta para justificar la posesión de la adquisición por el representado, puede, no obstante, este último aserto ser exacto. Un argumento no pierde por completo su verdad por haber sido empleado falsamente.

¿Por qué niega Paulo el *animus possidentis* al representante? Lo que puede haberle movido a ello es, a mi ver, que el derecho de su tiempo aprecia dos formas para procurarse la posesión por un intermediario: la forma antigua de la representación indirecta y la forma moderna de la representación directa. Ahora bien: supongamos esta diferencia de *resultado* concebida como objeto de la *intención* de las partes, el *animus subjetivo* armonizado con el derecho *objetivo*, y obtendremos en la persona del uno el *animus possidentis*, y en la persona del otro la falta del referido *animus*.

La deducción sería incuestionable si fuese cierto que la decisión del representante para cualquiera de las formas, dependía del conocimiento y de la voluntad de las consecuencias atribuídas a la *relación posesoria*. Pero ahí está precisamente el error: la confusión de nuestro *a* con *c*. Aun cuando el intermediario no llegue a tener la menor idea de la existencia de esas dos formas ni de sus efectos obligatorios y reales diferentes, aquella de las dos, cuyas condiciones legales deben, según las circunstancias, admitirse como existentes, no por eso dejará de realizarse. La intención del intermediario limítase exclusivamente, a realizar por el mandante un acto determinado, circunscribiéndose a eso su voluntad. Ignora si ha asumido una obligación o adquirido un derecho, si ha adquirido la posesión o la tenencia, si puede obrar o si se puede obrar en contra suya. Las consecuencias vienen sobre él, como tantas veces ocurre en derecho, no a causa de su voluntad, sino de la disposición legal

que refiere a tal aspecto de la representación la responsabilidad y el derecho que le son propios, y a tal otro la exclusión completa de todas las diversas consecuencias jurídicas.

Más tarde (XVI) tendré ocasión de explicar las condiciones legales decisivas en esta materia; bástame consignar aquí el principio jurídico de que la realización de las consecuencias que la ley atribuye a una y a otra forma de la representación, son tan independientes del saber y querer del representante, como la realización de las consecuencias jurídicas de la adición de la herencia o de la conclusión de un contrato de venta, lo es del saber y del querer del heredero o del vendedor, según los casos.

Aplicando lo que precede a la adquisición de la posesión por representante, es preciso advertir que el conocimiento y la voluntad del intermediario con respecto a la posesión posesoria que se atribuye a su acto de aprehensión, son perfectamente indiferentes aun en los casos en que quiera adquirir para sí. El representante indirecto adquiere la posesión para sí, aun cuando crea que el representado se convierte por él inmediatamente en poseedor y en propietario. El derecho objetivo es completamente independiente de la creencia de las partes. Niega la posesión a quien creía adquirirla para sí; en cambio, la concede a quien creía adquirirla para otro. Y hace bien, como veremos en el capítulo XVI al examinar la relación de representación.

Dos palabras no más para caracterizar la falta que Paulo ha cometido al motivar la tenencia del representante directo por la ausencia del *animus possidentis*. Confundía los factores *a* y *c*. El intermediario no quiere sino *obrar para otro;* no necesita decidir en cuál de las dos formas posibles de la representación se verificará este *acto*, y no sabe de seguro si adquiere la posesión o la tenencia. Paulo ha hecho de esta voluntad indeterminada de representar, perfectamente suficiente en derecho, una voluntad de adquirir, ya la posesión, ya la tenencia. Si hubiera estado en lo firme al especializar así la voluntad de representar en materia posesoria, la regla de derecho resultante, sería una de las reglas más detestables que pueden concebirse. ¿Cuál es, en efecto, fue-

ra de los juristas, el hombre que sabe distinguir entre posesión y tenencia? Ahora bien: este hombre, extraño al derecho, sería el llamado a decidir si perseguía una u otra, si ha tenido el *animus possidentis* o no. Trátase, sin duda, de una de las ideas más falsas en que se ha obstinado ese doctrinario empedernido, el más empedernido de todos los juristas romanos.

El representante directo, según Paulo, no tiene la intención de poseer para sí. ¿Qué pensar entonces, del representante indirecto? ¿Tiene la intención de poseer para sí? En rigor, no, dice Paulo en la L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3); pero... a pesar de eso: *diutina possessione capis, quambis possis videri* NON PRO TUO POSSIDERE, *cum nihil intersit cum mandati judicio tenearis.* Según esto, el hombre no tiene la intención de PRO SUO *possidere*, y sin embargo, posee y usucapia. Un jurista con menos prejuicios que Paulo hubiera comprendido con esto lo que vale el *animus;* pero a Paulo la cosa no le preocupa absolutamente nada.

Creo que con lo expuesto hay bastante para demostrar cuán insostenible es la concepción del *animus possidentis*, de Paulo. En este caso Paulo ha persistido siendo el hombre que ya conocíamos: un doctrinario de buena cepa, que sustenta sus ideas fijas hasta el último extremo y a toda costa. Y tal es el hombre a quien la doctrina moderna, discípula de la jurisprudencia malsana por él inaugurada, ha seguido fielmente, sin previo examen y sin tener en cuenta para nada el derecho positivo.

Veamos ahora lo que dicha doctrina moderna ha hecho de su *animus possidentis.*

XIV

Crítica de la teoría subjetiva desde el punto de vista interior

La teoría subjetiva tiene su origen en dos palabras de Paulo. Si al transcribirse los textos de Paulo en las *Pandectas*, esas palabras se hubieran suprimido, como se hizo en las *Basílicas*, dudo que tal teoría se hubiera formulado nunca. Las demás decisiones de las fuentes de Justiniano y de los Bizantinos, en las cuales, una vez puesto en autos, se ha creído poder descubrir huellas de la *animus possidentis*, por sí solas no la hubieran producido.

¿Dos palabras tan sólo?... Son más que suficientes. Para descifrar un enigma basta una sola, como para abrir un gran almacén basta una llavecita. Sin duda; pero cuando menos, bueno sería que la palabra y la llave fuesen buenas. Ahora bien: ¿la llave de Paulo era buena? Un examen imparcial hubiera permitido convencerse muy pronto de que no, y que la diferencia que él establece entre la voluntad de poseer y la de tener, no concuerda con la diferencia que nuestras fuentes admiten entre la posesión y la tenencia. Pero la idea de Paulo se presentaba *a priori* tan natural, tan evidente, tan fecunda, tan preciosa, que no se ha conceptuado necesario examinar su exactitud. Se ha creído ver con ella la llave de toda la teoría de la posesión, bastando al efecto sólo usarla.

¡Tarea envidiable! Daba a la doctrina una ocasión que rara vez se presenta: la de crear a partir de su propio fondo. En la mayoría de las materias del derecho romano, nuestra doctrina

actual está condenada a reproducir las teorías de los juristas romanos, y a lo más, a colmar ligeras lagunas, corregir defectos e inexactitudes, resolver contradicciones; en suma, sin poder crear nada por sí misma; para casi todo encuentra al jurista romano que le quita ese placer. La ocasión de crear por sí misma se le ha ofrecido ampliamente en la teoría de la voluntad de poseer.

A su tiempo hemos visto (VII) al tratar de la construcción dialéctica de la teoría subjetiva, de qué modo ha realizado esta tarea, y qué construcción ha levantado apoyándose en los cimientos ofrecidos por Paulo.

Vamos ahora a someter su obra al examen crítico. A este fin sigámosla en su labor, examinando los diferentes materiales que ha empleado. Son éstos las ocho reglas reproducidas en el capítulo VI. En el capítulo anterior hemos examinado la primera, y ahora nos toca examinar las restantes.

Segunda regla.—El animus possidendi debe definirse como *animus rem sibi habendi.*

Cuando Paulo niega el *animus posidendi* al representante, no puede ser sino porque dicho representante no quiere tener la cosa para sí, sino para el representado. La consecuencia de esto es que la voluntad del poseedor debe ser la de tener la cosa para sí; allí donde falta esta voluntad no puede, según esto, haber posesión, sino tenencia.

Consecuencia: la posesión es *inconciliable* con la voluntad de tener la cosa *para otro*. Tal es la idea fundamental y al propio tiempo el error fundamental de toda la teoría subjetiva. Examinemos esta idea.

¿Tiene alguna importancia para x que A la adquiera para sí o para B? Seguramente, no. ¿Sería de otro modo si nos figuramos x, no como una cosa, sino como un derecho? Seguramente, tampoco. El fin que se propone A es un elemento puramente interno, un movimiento de su alma que no importa a x, siendo igual que se trate de una cosa o de un derecho; x es siempre x, lo mismo que A tenga la intención de adquirir para sí o que tenga intención de adquirir para B.

Desde el punto de vista *lógico* es, pues, inexacto decir que la relación posesoria *debe* revestir un aspecto distinto según que la persona quiera adquirirla para sí o para otro, o que quiera ejercer la posesión que le ha sido dejada por el dueño para sí o para él: la lógica pura entraña más bien la consecuencia contraria.

Pero acaso el derecho romano no se ha preocupado con la regla lógica: x es siempre x, lo mismo si A quiere tenerla para sí, que si quiere tenerla para B; ¿no pudo estatuir en un sentido inverso? Posible es que por motivos de cualquier clase haya concedido al fin puramente *subjetivo* un influjo *objetivo*, esto es, alterando el derecho.

Mas el derecho romano no ha dejado sin la debida respuesta tal cuestión, y su respuesta es la misma que la dada por la lógica: *El fin subjetivo no ejerce influjo alguno en las relaciones jurídicas.*

El derecho romano antiguo había ya tenido ocasión de decidirse en este punto. Ofrecíase ésta en la representación indirecta, única forma de representación que por entonces había a disposición de las relaciones. El sustituto (*Ersatzmann*), como yo le llamo, realizaba el acto jurídico para el representado; pero éste no influía en la relación jurídica así establecida. El intermediario adquiría el mismo derecho que si hubiera obrado para sí; podía, por tanto, si quería, transmitir el derecho adquirido para sí a un tercero. Lo mismo ocurría con el representante en materia de obligaciones, aplicándose también al representante *principal* que contrataba en lugar del mandante, y al *accesorio* que contrataba a su lado, haciendo una *adstipulatio*. Tenía el mismo poder que él de disponer del crédito, y podía, por ejemplo, remitir fraudulentamente la deuda al deudor (1). Pasaban las cosas de otro modo con el fiduciario, al cual el propietario había transferido por *mancipatio* o *in jure cessio* la propiedad de una *res mancipi*, a fin de realizar un acto jurídico cual-

(1) Esto fué lo que daba motivo, como es sabido, al segundo capítulo de la *lex Aquilia*.

quiera, por ejemplo, para adquirir o establecer servidumbres, para libertar un esclavo. Se hacía plenamente propietario; la circunstancia de que su propiedad no era sino por procurador, y no debía durar acaso más que un día, no implicaba el menor atentado a su posición jurídica.

En la posesión, ¿pasaba esto de otro modo? No. Antes de la introducción de la representación directa en la adquisición de la posesión, la indirecta era la única forma admitida por el derecho, habiéndose mantenido por buenas razones al lado de la primera (XVI) (1) hasta en el derecho nuevo. Adquiere entonces el intermediario mismo la posesión, aun cuando tenga intención de adquirirla para el representado. Los romanos no han encontrado, pues, nada de inconciliable en la posesión con la intención de tenerla para otro, y no sólo en la época antigua, sino que ni en el período de su más alto desenvolvimiento jurídico.

He ahí la prueba de la falta absoluta de fundamento de la idea antes enunciada.

No es verdad que el elemento puramente subjetivo del fin del acto jurídico, para otro, entrañe necesariamente en la relación posesoria la tenencia. No es esto exacto, ni desde el punto de vista abstracto de la lógica, ni desde el punto de vista del derecho positivo romano: la voluntad de poseer para otro se armoniza perfectamente con la posesión en su propia persona. El motivo por el cual el representante directo no obtiene la posesión, no puede, pues, encontrarse, como Paulo quiere, en su voluntad imperfecta de poseer. No ha sido esta concepción puramente doctrinal lo que ha determinado a los romanos a negarle la posesión, sino los motivos prácticos, esto es, el interés que presenta para las relaciones la adquisición directa de la posesión. Como una *compossessio plurium in solidum* no era posi-

(1) Se ha conservado también en el derecho nuevo para el tutor que antes de la introducción de la representación directa en la posesión, no podía adquirir la posesión para el pupilo como sustituto; véase, por ejemplo, la L. 2, *quando ex facto* (26, 9); L. 1, § 20, *h. t.*

ble, según las ideas de los romanos, resultaba forzosamente que para conceder la posesión al representado, se debía negarla al representante. No consistía, pues, la cosa, para servirnos de nuestra fórmula, en la falta de + *a* en su persona, sino en el — *n*, en la persona del dueño de la posesión: esto era lo que se oponía a la posesión, poniendo en su lugar la tenencia.

La venta nos presenta el mismo fenómeno que acabamos de estudiar en materia de representación indirecta. Vuelvo a repetir aquí las mismas preguntas hechas ya antes. ¿Para quién posee el vendedor? ¿Posee para sí o posee para el comprador? A fin de evitar la objeción de que aún tiene aquél interés en conservar la cosa, supongo que el comprador ha entregado ya el precio.

Ahora bien: ¿en interés de quién posee el vendedor, a quien el comprador ha dejado la cosa para recogerla a la primera ocasión? Sin duda, en interés del comprador. No tiene frente a éste otra posición que la del mandatario a quien se le entrega una cosa para su guarda. Aun cuando sea todavía el propietario, debe abstenerse de todo acto de disposición, estando obligado a la misma diligencia que el mandatario. En el respecto obligatorio, la situación es exactamente la misma que si la cosa perteneciese al comprador; en tal sentido puramente obligatorio, el vendedor tiene en su poder una cosa *de otro*.

En la L. 21, *de her. vend.* (18, 4), el mismo Paulo, que argumenta para deducir la tenencia del representante, dice, hablando del vendedor de un fundo que ha omitido: *si neglexisset* UT ALIENUM, *nihil et imputari possit.* ¡UT ALIENUM! Esta palabra pinta para él la relación del vendedor con la cosa, y esa relación, es también para él, la del sustituto, en la L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3): *possis videri non* PRO TUO POSSIDERE. El motivo con que trata de justificar su opinión respecto de este último: *cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis*, se aplica también al vendedor: *cum nihil intersit, quod emti judicio tenearis;* ni uno ni otro tienen la intención de tener la cosa para sí; no

tienen, pues, en el sentido de Paulo, el *animus possidentis*. ¡Y sin embargo de eso, tienen la posesión!

En la venta de una herencia, como el mismo Paulo advierte en la L. 21 cit., la obligación del vendedor se agrava; se le asimila al administrador del patrimonio ajeno: *cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori*, QUASI ILLIUS NEGOTIUM AGAM.

Y sin embargo, el heredero conserva la posesión. Si el destino para otro tuviera influencia, el heredero hubiera debido hacerse tenedor, y el comprador poseedor para sí. Pero no, el heredero sigue siendo poseedor, y el mismo Paulo dice en la L. 14, § 1, *ibid.*: *venditor res hereditarias* TRADERE *debet*. No deja siquiera margen para un *constitutum possessorium*.

Concluyo del examen de esta segunda regla afirmando que no es verdadera en derecho romano, siendo inexacto decir que la posesión no se concilia con la intención de ocupar para otro, y que esta intención pide necesariamente la *detentio alieno nomine*. La base entera de la teoría subjetiva cae así por tierra, pudiendo decir por adelantado ya, que todo lo que sigue es puro error y pura ilusión.

Tercera regla.—En todos los demás casos de tenencia, la voluntad de poseer es la misma que la del representante.

Para prevenir toda salida falsa, haré notar que se trata de saber, no si el tenedor tiene voluntad de tener la *posesión*, sino si la tiene de tener la *cosa* para sí o para el *dominus*.

La necesidad de su voluntad de *haber* no puede deducirse sino de la relación de su voluntad con la *cosa*.

He dicho antes lo que se debe juzgar del aserto de que los colonos, inquilinos, etc., tienen sólo la tenencia, y que *por consiguiente*, no pueden tener más que la voluntad de tener. Ya he dicho también todo lo que me ha parecido del paradojismo que consiste en afirmar que el que ha querido *a*, a la que la ley atribuye *c*, ha querido *c*. No se trata aquí del razonamiento, tan falso como desprovisto de valor, que hace resultar el *animus detinendi* de la tenencia concedida por la ley, sino del que conce-

de a la diferencia en la manera de querer la *cosa*, un influjo sobre la especie de la relación posesoria. Pónese como base la regla absolutamente falsa, según acabamos de sostener, de que el que quiere la cosa para otro, tiene, y se trata de probar que en la posesión por procurador, como en la posesión personal interesada, el tenedor tiene la intención de haber la cosa para el dueño de la posesión.

Este punto era digno de ser incluído en el programa de las escuelas sofistas de la antigüedad. Cuanto más insensato era el aserto, más de frente rompía con la verdad, y mayor la sagacidad del sofista pára probarle, para hacer ver de lo blanco negro y de lo negro blanco, y merecer el elogio.

La diferencia entre el sofista y los defensores de la teoría objetiva, a los cuales incumbe probar qué colonos, inquilinos, comodatarios, usufructuarios, colonos hereditarios, superficiarios, quieren haber la cosa, no para sí, sino para el dueño de la posesión, consiste sólo en que aquél conocía la falsedad de sus deducciones, mientras que a éstos se les ha metido en la cabeza la verdad de lo que deducen. Y quien alimenta la idea de que una cosa *debe ser*, llega fácilmente a creer que *es*. Trátase de una forma conocidísima de la servidumbre del pensamiento humano: «*Si la proposition du carré de l'hipotenuse*, dice uno de los escritores franceses más distinguidos de nuestro tiempo (1), *choquait nos habitudes d'esprit, nous l'aurions refutée bien vite. Si nous avions besoin de croire que les crocodiles sont des dieux, demain sur la place du Carrousel on leur éleverait un temple*».

A mi modo de ver, la doctrina jamás ha alterado de un modo más violento la simple realidad de las cosas, jamás ha dado prueba de una sofística más insana, como en la teoría de que aquí se trata. No conozco ejemplo en que tan de frente se haya roto contra la verdad. ¡El colono—para no referirnos más que a él—quiere tener el fundo, no para sí, sino para el dueño!

(1) H. Taine, *Les philosophes clasiques du XIX^e siècle en France*; edic., París, 1882, p. 220.

El hombre, extraño al derecho que oyese eso de labios de un jurista, creería que pretendía éste burlarse o que no estaba en sus cabales; el jurista sería el primero en verse confuso si la discusión surgía.

Para sí o para otro—hasta el niño percibe la diferencia; sabe que la manzana que debe llevar a su hermano, se la ha dado para este último; sabe qué la que puede comer se lo han dado para él—: la diferencia es una de las primeras y más sencillas que se revelan al hombre.

No hay dialéctica en el mundo capaz de echar abajo la proposición de que el colono celebra el contrato de arriendo para sí, en su interés propio, y que, por tanto, el fundo objeto de aquél lo obtiene para sí, para trabajarlo, sembrarlo y recoger el producto, mientras en el arriendo ocupe económicamente el lugar del propietario, pagando por ello el precio del arriendo. Si el derecho romano no hubiera atribuído al colono la tenencia, no sé yo a qué jurista se le hubiera ocurrido sostener que el colono quiere tener los fundos, no para sí, sino para el dueño. Todos los juristas del mundo hubieran rechazado esta idea como absurda, indigna de ser refutada. El derecho romano, según hemos visto, ha tenido muy buenas razones para negar al colono la posesión, no debiendo imputarse a los romanos antiguos el supuesto motivo de que el colono no quiere haber el fundo para sí, sino a una teoría malsana que no se detiene ante los asertos más absurdos, cuando se trata de comprender en los cuadros jurídicos, que estima impuestos por razones técnicas, sus relaciones.

Un hombre hipnotizado toma un nabo por una manzana; quien no se encuentre en ese estado sabe que es un nabo. Pasa lo mismo con el indicado aserto. Un hombre de buen sentido sabe que el colono quiere tener la cosa para sí; es preciso hipnotizarse con la ciencia para sostener lo contrario.

¿Con qué fin, en efecto, se tiene una cosa? Con el único fin de usar de ella económicamente: recoger los frutos del fundo, habitar la casa, leer los libros prestados, colocar el dinero, beber el vino... Una propiedad a la cual se privase definitivamen-

te de esta aptitud para el uso económico, sería un sobre vacío, una cosa sin valor. Todo depende del contenido: *tener*, en el sentido del derecho, es la facultad reconocida por éste de utilizar económicamente la cosa. Que esta facultad sea continua o intermitente, no implica diferencia para el tener en ese sentido. El hombre que debe tener momentáneamente la utilidad de la cosa, *tiene* ésta durante ese tiempo, y el propietario a quien falta la cosa durante ese tiempo, no la tiene. Este punto de vista del *tener* real ha llevado al derecho germánico a atribuir al colono la *Gewere* (1); en mi concepto, esta manera de ver es más exacta que la romana que niega la posesión al colono; más adelante volveré sobre el asunto (XIX). La *Gewere* (2) de un bien existe, según Heusler (3), en la persona de quien la *usa* y recoge los frutos. El uso no es el *efecto*, sino el *signo distintivo* de esa relación; no se tiene el derecho al uso por tener la *Gewere*, sino que se tiene ésta porque se recogen los frutos. He ahí, dice Heusler, un signo muy real, muy práctico, cuyo valor se advierte claramente teniendo en cuenta la circunstancia de que la *Gewere* implica la representación del bien. El que retira la utilidad de una cosa, se ofrece de un modo inmediato, en relación con ella.

Los pueblos modernos jamás han podido comprender la falta de protección de los tenedores, según el derecho romano, y eso que debían atribuir a esta circunstancia una parte esencial en el desenvolvimiento de los dos medios jurídicos destinados a eliminar los rigores de la manera de ver los romanos, a saber: el *summariissimum* y la *actio spolii*.

No hace falta añadir que cuanto queda dicho del colono aplícase también a todas las personas a las cuales la cosa ha sido entregada para sí; el aserto de que dichas personas no tie-

(1) Stobbe: *Handbuch des deutschen Privatrechts*; 2.°, 2.ª edic., p. 17, n. 25.—Heusler: *Institutionen des deutschen Privatrechts*, tomo 2.°, p. 31.

(2) Acerca del significado de la *Gewere* en el derecho germano, ver en el *Fundamento de la protección posesoria* (trad. esp.), pág. 6.ª nota (N. del T.)

(3) Obra citada, p. 22.

nen el *animus rem sibi habendi*, es tan falso para ellas como para el colono. El siguiente cuadro (1) indica la actitud tomada por el derecho romano respecto de las mismas:

POSESION	CUASIPOSESION	TENENCIA
Enfiteuta.	Usufructuario.	Colono.
Acreedor con prenda.	Superficiario (2).	Inquilino.
Precarista (2).		Comodatario.
Superficiario (2).		Precarista.

A modo de contraste, he aquí una indicación de los casos de posesión por procurador:

POSESION	TENENCIA
Sustituto comisionado para la venta, tutor (2).	Representante (tutor) (2), criados, cocheros, bateleros, correo, etc.
Vendedor.	
Negotiorum gestor e inventor de buena fe.	

El mismo lector puede hacer la aplicación de esos dos cuadros. Según la teoría subjetiva, la columna *posesión* debería quitarse por completo en ambos cuadros; en realidad, hay equilibrio perfecto entre ésta y la de la tenencia. Si los romanos se hubieran dejado guiar por la idea de que la posesión y la tenencia se determinan según la voluntad de tener la cosa para sí o para otro, hubiera debido haber posesión en todos los casos del primer cuadro, y tenencia en todos los del segundo, siendo así que en ambos hay al propio tiempo, casos de posesión unas veces y casos de tenencia otras. Síguese de ahí, que esa antítesis no debió de tener para los romanos fuerza completamente decesiva; según su concepción, la posesión se armoniza tanto con

(1) No he mencionado la relación del *immistus in possessionem*, porque no tiene la cosa en su poder. Ya la he citado antes: era una relación de tenencia *protegida por el derecho*.

(2) Según las circunstancias. V. caps. XVI y XVII.

la voluntad de poseer la cosa para otro, como la tenencia se armoniza por su parte con la voluntad de poseer para sí.

He de decir, por último, algunas palabras acerca del pretendido carácter doble de la relación de tenencia, alegado a propósito de esta tercer regla, la cual sería, ya el *ejercicio* de la posesión de otro, ya la *representación* en materia de posesión.

Nada tengo que objetar respecto del primero; armonízase perfectamente con la voluntad de tener la cosa para sí. Ofrécesenos al efecto un paralelo entre la venta del usufructo y la cesión del crédito. Como el derecho mismo no desaparecía, la relación jurídica que nace en este caso, no puede caracterizarse más que como ejercicio de ese derecho. Lo mismo ocurre con la relación posesoria. Al igual que en la relación de tenencia derivada, el derecho quiere conservar la posesión para el dueño; respecto de la relación posesoria del tenedor no queda más que el punto de vista del ejercicio de una posesión ajena.

Por el contrario, estimo el punto de vista de la representación en materia de posesión, tan inexacto como peligroso. Su objeto es expresar la idea muy exacta de que el dueño de la posesión posee *por* el tenedor; que la tenencia de éste se cuenta como posesión en el dueño. Pero la forma bajo que esta idea se expresa es errónea; implica una violencia en la noción de la representación tal cual el lenguaje la ha concebido, eso de aplicarla a los casos en que no hay idea alguna de representación. El jefe de familia adquiere por sus hijos y por sus esclavos, quiéralo o no, designándose en otros tiempos por esta razón como representantes necesarios o legales. Pero modernamente se ha rectificado adecuadamente este conflicto; son instrumentos de adquisición del jefe de familia y no representantes. Del propio modo que se puede en persona adquirir *por* o *sin* su voluntad, es decir, por la *ley*, así también se puede adquirir por intermediarios por o sin su voluntad, es decir, por la ley. En un caso como en otro, es falso referir la segunda especie de adquisición a una voluntad ficticia. En ambos casos la adquisición es obra de la ley.

Aplicado esto a la relación posesoria, quiere decir: el dueño

de la posesión puede adquirir y mantener ésta *por* la voluntad del intermediario (representante) o *sin* su voluntad (ley). Hay en ambos casos una mediación, pudiendo por consiguiente calificar la posesión del *dominus possessionis* como *indirecta* (1), por oposición a la directa que ejerce en persona.

No es, pues, correcto decir que la tenencia constituye una representación en la posesión; debiendo evitarse, por tanto, tal designación, porque se presta a creer erróneamente que el tenedor, en la tenencia personalmente interesada, no quiere tener la cosa para sí, sino para el dueño o *dominus possessionis*.

Cuarta regla.—La voluntad del poseedor es tener la cosa *definitivamente*; la voluntad del tenedor, es tener la cosa *temporalmente*.

Convencidos de que la voluntad del tenedor es diferente de la del poseedor, se han buscados otros signos distintivos, diferentes de aquellos de que acabamos de hablar: poseer para sí o poseer para otro, creyendo encontrar los dos siguientes: la voluntad de tener la cosa *definitiva* o *temporalmente*, y el indicado en la regla quinta: reconocer o no reconocer el derecho superior de un derechohabiente. Ni uno ni otro resisten al examen.

Es imposible percibir qué influjo puede ejercer sobre el carácter de la relación posesoria la circunstancia de que la cosa no esté confiada sino temporalmente a quien la tiene: ¿*x* cambia por no haber sido entregado definitivamente y sí de un modo temporal tan sólo? Si no ha sido alterado por el elemento subjetivo del fin, tampoco puede serlo por *el elemento temporal de la duración*. La duración pasajera de una relación no es más que una parte, un fragmento, de su duración total, y no se comprende por qué en una décima o en una centésima de esta duración, no ha de poder *x* afirmarse por entero, y en nuestro caso, por qué la posesión no ha de permanecer siendo posesión.

(1) Desde hace años empleo esta expresión en mis enseñanzas para designar el lado de la posesión derivada relativo al dueño de la posesión; el relativo al *tenedor* lo designo como *ejercicio* de la posesión de otro.

Sin duda, ciertas relaciones jurídicas, por ejemplo, las del derecho de familia, no implican el establecimiento temporal, contándose entre ellas en el derecho antiguo la propiedad y las servidumbres prediales. Pero allí donde la ley no pone obstáculo alguno al acuerdo de las partes sobre la relación pasajera de una duración, como en el derecho nuevo ocurre con la propiedad y con las servidumbres prediales, esa relación produce, si dura temporalmente, el mismo efecto que si durase perpetuamente. La posición jurídica del propietario no ha disminuído en nada porque la duración de su propiedad esté limitada a un lapso de tiempo determinado, ni la del titular de una servidumbre predial, porque en lugar de haberse establecido de por vida la servidumbre, dure sólo algunos años. Todas esas personas gozan de la misma protección jurídica que aquella a quien el derecho pertenece sin limitación de tiempo.

Ahora bien; ¿la posesión deberá regularse de otro modo? Si la corta duración convenida se concilia con la propiedad, debe conciliarse también con la posesión y si en la primera el derechohabiente temporal goza de la misma protección jurídica que el derechohabiente definitivo, ¿por qué no ha de ser lo mismo en la segunda?

Y cuenta que no se puede invocar aquí la lógica: $x-10$ no se distingue de x sino por la *cantidad*, no por la *cualidad*.

De este modo consideraban precisamente los romanos la posesión desde los tiempos más remotos. Tenemos la prueba en el *precarium* y en la *pignoris capio*, que daban ambas la posesión, aun cuando el propietario pudiera en cualquier momento concluir con ella por el pago en el segundo caso. Con el transcurso del tiempo han llegado a unirse al *precarium* los demás casos de posesión derivada: la prenda, la enfiteusis temporal y el secuestro. La teoría subjetiva trata de capitular ante esos casos, diciendo que no tienen el carácter verdadero de relaciones posesorias normales; pero ya veremos en la regla 7.ª cómo este aserto no se armoniza de ningún modo con la concepción romana.

Añadiremos, por lo demás, que la regla de que se puede

transmitir la posesión transitoriamente y, por supuesto, independientemente de la transmisión de la propiedad (1), está expresamente enunciada en nuestras fuentes, a saber, en la L. 17, § 1, *h. t.*: *...si quis igitus ea mente tradidit, ut possessio postea ei restituatur, dessinit possidere.*

Resulta, pues, que el motivo por el cual hay tenencia en ciertos casos de posesión derivada, no puede consistir en la circunstancia de que el tenedor no debe tener la cosa sino temporalmente.—*Los romanos deben de haber tenido otros motivos para negarle la posesión.*

Quinta regla.—El tenedor reconoce el derecho superior de un derechohabiente; el poseedor, no. La tenencia se caracteriza como una relación de dependencia jurídica reconocida por el tenedor mismo; la posesión como la aspiración a la autonomía, a la independencia.

El tenedor reconoce que el dueño tiene un derecho superior al suyo. ¡Perfectamente! Pero ¿síguese de ahí que no puede ser poseedor? Basta remitirnos a los casos de la posesión derivada para hacer ver el vicio de esta conclusión. El aserto de que esos casos implican una singularidad, descansa en una petición de principio (regla 7.ª). Pero esos casos no son los únicos; hay otros que la teoría subjetiva no tiene en cuenta y en los

(1) Con respecto a la propiedad, Juliano dudaba, en el caso de que uno ha dado dinero con la orden de colocarlo en préstamo. Véase la L. 20, *de reb. cred.* (12, 1). En rigor, creo que no puede admitirse aquí una transmisión de propiedad, pues no ha habido ni donación ni préstamo: *sed haec*—añade—*intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignus tamen est utrumque valere.* Hermogeniano, en la L. 33, § 1, *de don.* (39, 5), lo presenta como incontestable; *non impeditur dominii translatio ac propterea iisdem nummis donatori credetis novum dominium in his quaeritur.* Según la L. 67, *de solut.* (46, 3), de Marcelo, Servio había propuesto ese sistema de entrega y restitución reiteradas de las mismas monedas, como medio de remitir al deudor una parte de su deuda: *qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, posse saepiens aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere.* Marcelo añadía: *etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur.* La operación era, en realidad, un simple acto aparente, una pura comedia o simple simulación de pago.

cuales se reproduce la misma situación. El sustituto no es otra cosa respecto del mandante que el representante; lo reconoce como el derechohabiente al cual debe restituir la cosa, y, sin embargo, tiene la posesión, mientras el representante no tiene más que la tenencia. El vendedor está, respecto del comprador, en la misma relación de dependencia que un tenedor cualquiera, lo cual no disminuye en nada su posesión.

¿Y por qué? ¿Qué es lo que la posesión tiene de común con el derecho de otro? La idea fundamental de toda la institución de la posesión descansa precisamente sobre *la independencia de la posesión frente al derecho.*

Pueden, en verdad, existir las más variadas relaciones jurídicas respecto de una misma cosa sin que entre sí se excluyan. La ley ha trazado para cada una de ellas su esfera particular, dentro de cuyos límites es completamente independiente, evitando así el conflicto de derechos. Es como el movimiento de una máquina, en la cual cada rueda se mueve sin ser obstáculo a la rotación de las demás. Todas las personas concurrentes pueden reconocerse viéndose cada una dentro de su esfera y todas como derecho-habientes: el propietario reconoce al acreedor como prenda, al usufructuario, al tenedor de una servidumbre predial, etc., y recíprocamente.

Ahora bien: ¿es que acaso la posesión estara sometida a ley distinta? ¿Deberá excluirse sólo porque el tenedor reconozca a otro *superior a él*, como falsamente se dice, en lugar de decir a su lado, como derechohabiente? Si la posesión del ladrón se armoniza con la propiedad en la persona del robado, ¿por qué no ha de conciliarse cuando el mismo estado aparente, consecuencia del robo, se establece de una manera legal por la entrega de la cosa por el propietario? El propietario reconoce al poseedor y éste al propietario. La situación es idéntica a aquella en que el propietario reconoce como derechohabiente al tenedor de un *jus in re* y recíprocamente. En ambos casos se trata de esferas jurídicas diferentes y compatibles.

No es, pues, exacto decir que la posesión implique necesariamente el elemento de la autonomía, de la independencia, se-

gún lo entiende y sostiene la teoría subjetiva, es decir, como protesta de derecho o de hecho contra el derecho de otra persona cualquiera.

Detengámonos un instante en esta supuesta autonomía del poseedor, y para convencernos de su falta de fundamento, comparémosla con la posición del tenedor.

Esta posición puede ser considerada de hecho o en derecho. En el primer sentido tiene por objeto lo que el poseedor *puede hacer* efectivamente; en el otro, lo que tiene el *derecho* de hacer.

El poseedor *puede* disponer de la cosa a voluntad. ¿El tenedor, no? En este respecto son perfectamente iguales.

Pero el tenedor no tiene el derecho de hacerlo; debe mantenerse en los límites trazados por su contrato: ¿es que hace otra cosa el poseedor? Hagamos la prueba con el poseedor típico de la teoría positiva, con el propietario. ¿Tiene el derecho de disponer a voluntad de la cosa? Sí, si al hacerlo no lesiona los derechos de terceros. He aquí el cortejo de los que pueden impedírselo: son muchos; en primer término, aquellos en quien debe respetar los derechos de *propiedad:* los copropietarios y los que tienen un derecho eventual a la propiedad (legado sucesivo, condición resolutoria, etc.); luego los que tienen un *jus in re;* por último, los que sólo tienen un derecho de *obligación:* comprador, colono, inquilino. En todas las empresas relativas a la cosa que impliquen ataque de hecho a esas personas, es responsable para con ellas, del mismo modo en absoluto que el tenedor lo es respecto de él en el mismo caso. Su posición respecto del comprador no es diferente de la del colono respecto de él; debe respetarle como «derechohabiente» por encima de él, del propio modo que el colono debe respetarle a él. Su pretendida independencia jurídica, su autonomía, no existe, pues; el contrato le ata las manos como al colono o como a cualquiera otro tenedor.

En conclusión, la quinta-tesis es tan insostenible como la cuarta; si la circunstancia de que la cosa no ha sido entregada sino temporalmente, no implica obstáculo para admitir la

posesión, tampoco lo implica la de que el derechohabiente reconozca otro derechohabiente superior, o más bien a su lado. La posesión en la persona del poseedor, se armoniza perfectamente con el respeto debido al derecho del propietario.

Sexta regla.—La posesión se caracteriza como *pretensión* a la posición del propietario; la voluntad del poseedor debe ser la de poseer la cosa como *propia;* esto es, *como* propietario *a la manera* de un propietario. Esta voluntad no existe en el tenedor, y así no obtiene la posesión, sino tan sólo la tenencia.

Tal es la teoría del *animus domini*, y en adelante me dirigiré exclusivamente a Savigny, según ya antes dejo dicho.

Ya hemos visto que Savigny ha encontrado perfectamente formada la noción del *animus domini.* Se ha limitado a recogerla sin criticarla, para erigir sobre ella toda su teoría de la distinción entre la posesión y la tenencia. Dicha noción era para él una verdad adquirida, y de tal modo se hallaba bajo el imperio de esta ilusión, que ha llegado a sostener (pág. 110, nota 2), que el *animus domini* está admitido tácitamente en todas partes en las fuentes, habiéndolo percibido hasta en un texto que ni siquiera se refiere a él, mientras prescindía por completo de los dos textos de Paulo, los cuales, cuando menos, hubieran podido darle un cierto apoyo, toda vez que en ellos se afirma la necesidad del *animus possidentis.*

La necesidad del *animus domini* era, pues, cosa admitida por adelantado para Savigny; sólo se trataba de justificarla en principio. A este fin se requería, después de haber invocado la propiedad, tomar en la relación de la posesión con la propiedad la prueba de que el poseedor posee como un propietario.

Esta relación consiste, según Savigny, en que la posesión es el *ejercicio de la propiedad*; «siendo la propiedad, dice en la página 29, la facultad jurídica de obrar sobre una cosa libremente y de impedir a cualquier otro usar de ella, la tenencia implica el *ejercicio de la propiedad:* constituye el estado de hecho que corresponde a la propiedad como estado *jurídico*». Más adelante refiere a esto la siguiente conclusión: «*por consiguien-*

te, el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer el derecho de *propiedad*». Pero el que tiene la tenencia puede tener esta intervención de dos maneras diferentes: puede querer ejercer el derecho de otro o el propio. Si tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad de otro que por lo mismo reconoce, no tiene el *animus possidendi* necesario para que la tenencia se transforme en posesión; no hay posesión sino allí donde el tenedor tiene la intención de ejercer *su derecho de propiedad.* No puede considerarse como poseedor sino el que trata la cosa como propietario; o en otros términos, el que pretende disponer *de hecho* de ella, como el propietario, tendrá la *facultad legal* de hacerlo *en virtud de su derecho;* lo que implica también la negativa de reconocer en la persona de otro un derecho superior al suyo» (pág. 110). «La voluntad debe consistir, por tanto, en la intención de tratar *realmente* la cosa como *propia*» (página 205).

La plena demostración del error de una opinión que se mantiene en las regiones de la abstracción, resultando así tan poco clara, no es raro lograrla más fácilmente recurriendo, no al medio de una dificultosa deducción, sino al de un paralelo tomado de las cosas menudas de la vida diaria, y el cual permite sustituir las ideas abstractas por consideraciones sensibles. De ese medio voy a servirme por de pronto.

¿Cómo debe uno disparar para cazar?—pregunta un individuo que no tiene el derecho de caza y que pretende ir a cazar.

Dispare usted como el derechohabiente, se le dice.

¿Tiene usted la intención de dirigirse contra la caza de otro, ingiriéndose, cual derechohabiente, a ejercer su derecho de caza como si fuese el suyo? Pues bien, es preciso disparar exactamente como el dueño: mire usted cómo lo hace, y así sabrá lo que tiene que hacer.

Las instrucciones que Savigny da al poseedor con respecto al *animus* no son mejores.

En lugar de decir—Dispare usted como el derechohabiente; le dice—Posea como el propietario. Ahora bien: ¿cómo tira el

derechohabiente? Si no sabe apuntar, si apunta demasiado alto, poco importa que tenga o no derecho. El poseedor no debe aprender del propietario cómo debe poseer, del propio modo que el que no tiene derecho de caza no tiene por qué aprender cómo dispara y apunta el derechohabiente. En ambos casos se trata de operaciones de puro hecho, que en sí llevan su dirección: es preciso *apuntar* bien, es decir, dirigirse adecuadamente al fin, en un caso con la escopeta, en otro con su voluntad. Ese fin es lo que se quiere obtener: en un caso la caza, en el otro la posesión.

Dirigir su voluntad hacia el fin; he ahí todo.

En la posesión, el fin consiste en el poder físico sobre la cosa. Si a pesar de haber apuntado bien, siguiendo la comparación, el tenedor no obtiene la posesión, dependerá esto, no de que él no haya tocado el objeto, sino de que por motivos que nada tienen que ver con su persona, el derecho le niega la posesión; su situación no es otra que la del cazador a quien la ley niega la propiedad de la caza que ha matado. Podría decirse en este último caso: es necesario que este individuo no haya disparado bien, porque no ha obtenido su propiedad; lo mismo que se dice en el primero que, cuando no ha obtenido la posesión, es porque no ha tenido la voluntad de poseer. Sin duda, el que parte de la idea fija de que la caza pertenece al que ha disparado sobre ella y que posee quien tiene la voluntad de poseer, cuando ve que la caza se niega al cazador y la posesión al tenedor, no tiene otro recurso que decir: el cazador no puede haber alcanzado a la caza, el tenedor no puede haber tenido la voluntad de poseer; es preciso negar el hecho para armonizar el resultado con la idea fija.

Enviar al poseedor a la escuela cerca del propietario para aprender de él cómo debe poseer, es trastornar la relación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión es más antigua que la propiedad. Puede imaginarse la posesión sin la propiedad, pero no al contrario. En la posesión, no encontramos en parte alguna la propiedad, ni en la *definición,* ni en el *nacimiento,* ni en la *extinción,* ni en la *protección;* pudiendo, si fuere

preciso, exponerse toda la teoría de la posesión sin emplear una sola vez la palabra *propiedad*. Que no se intente hacer lo mismo con la propiedad. No podemos separarnos jamás de la posesión: nos sigue constantemente en toda la teoría de la Propiedad.

Desde el primer paso, en la *definición* de la propiedad se presenta aquélla como elemento *contenido* en ésta. La posesión forma la condición de hecho de la utilización económica de la propiedad; no tiene valor en sí, pero debe existir para que, de hecho y de derecho, el propietario pueda disponer de la cosa. De donde resulta que el postulado inevitable de la propiedad es el *derecho a la posesión* (*jus possidendi*). Sin él la propiedad sería una vana palabra: pareceríase a una cosa colocada tan alta, que no está al alcance de quien debiera cogerla.

La posesión aparece *otra* vez en el *establecimiento* de la propiedad. Tres de los modos de adquisición más importantes de la propiedad: la *ocupatio*, la *traditio*, la *usucapión*, presuponen la posesión.

Muéstrase por tercera vez en la reclamación judicial de la propiedad bajo forma de *rei vindicatio*. Tiene por *condición* la falta de la posesión, y por *fin* la vuelta de la posesión. La utilización económica de la propiedad en forma de *uti*, *frui*, *consumere*, no da casi nunca margen a procesos: la materia de las contiendas sobre la propiedad proviene casi exclusivamente de la posesión.

Que se compare si no la acción petitoria con la posesoria. En el posesorio, no sólo no es necesario invocar la propiedad, sino que está en principio *prohibido*, tanto al demandante como al demandado. Cuando se quiera formar una idea de la dependencia recíproca de las diversas nociones, basta examinar la acción. Su relación relativa se manifiesta con una claridad perfecta, haciendo comprender cómo los juristas romanos han podido llegar para los derechos, a poner el acento decisivo sobre la acción.

Para la posesión, la propiedad no se muestra jamás en la acción: lo que en principio quiere decir que la posesión es in-

dependiente de la propiedad y que no tiene el más leve punto de contacto con ella. Para la propiedad, la posesión se muestra en la acción: lo que equivale a decir que la propiedad presupone en principio la posesión. En la acción por un *jus in re*, el demandado debe sostener que su derecho ha sido establecido por el propietario; es decir, que la propiedad forma en principio la condición del *jus in re*. El acreedor con prenda debe además invocar su crédito, lo que significa que la propiedad y el crédito son condiciones de principio del derecho de prenda (1).

Independencia teórica de la posesión respecto de la propiedad: dependencia teórica de la propiedad respecto de la posesión.—Tal es la conclusión que nos ha dado la comparación hecha entre las mismas. Ahora bien: si la propiedad presupone en principio la posesión, equivale esto a decir: la noción de la posesión es el *prius teórico;* la de la propiedad, el *posterius teórico—prioridad lógica de la noción de posesión respecto de la noción de propiedad* (2).

Tiene cierto atractivo el preguntarse, si a esta prioridad lógica no responde también la histórica. Si cedo a la tentación de este atractivo, es dándome clara cuenta de que me lanzo en terreno inseguro y de que la opinión que profeso habrá de encontrar oposición. Si no me he equivocado, habré echado en la balanza un segundo argumento contra la teoría del *animus domini:* de otro modo el peso del argumento lógico no disminui-

(1) Si la relación de prioriad teórica debiese prevalecer en materia dialéctica, lo que no debe ser, en mi concepto, tendríamos el orden sistemático siguiente: posesión, propiedad, los *jura in re*, a excepción del derecho de prenda. Este último, como forma combinada del *jus in re* y de la *obligatio*, encontraría su lugar propio al fin del derecho de obligaciones.

(2) En lugar de *teórico*, el lector puede poner aquí *práctico;* me he servido de la primera expresión para mostrar, desde su mismo punto de vista puramente teórico, el error de principio que comete la teoría del *animus domini* tomando de la propiedad el elemento determinante de la voluntad de poseer; pero todos los elementos teóricos de que ahí se trata tienen su realidad práctica.

rá, a pesar de todo. Para refutarme sería preciso probar que el primer argumento no se sostiene: desde luego declaro que no doy gran importancia al segundo.

En la naturaleza, los seres inferiores han precedido a los superiores; porque éstos tienen a aquéllos por condición de su existencia. El mundo inorgánico ha precedido al orgánico, la planta al animal, el animal al hombre. Esta marcha de lo imperfecto a lo perfecto, de lo que es condición a lo que depende de ésta, de lo inferior a lo superior, se reproduce también en la historia del derecho. ¿Y ha seguido la historia también esta marcha en el dominio del derecho de las cosas en Roma? Si así fuese, las instituciones de ese derecho se colocarían según su prioridad teórica antes señalada en el orden siguiente: posesión, propiedad, *jura in re*. Entre estos últimos, las servidumbres prediales, como formaciones de derecho real exclusivo, ocuparían el primer puesto, y los demás, como combinaciones de *jus in re* y de obligaciones, el segundo.

Tendríamos así el orden sucesivo siguiente:

1. Posesión.
2. Propiedad.
3. Servidumbres prediales.
4. Las demás *jura in re*.

Sabido es que este orden es exacto para las tres últimas formaciones: ¿qué diremos de la posesión? No se trata, por supuesto, de la aparición de hecho de la posesión—de hecho ésta ha sido la primera relación que se ha establecido entre el hombre y la cosa—: trátase de saber bajo cuál aspecto se ha presentado por primera vez al hombre la idea de *tener jurídicamente* una cosa, si bajo el aspecto restringido de la defensa de la cosa contra quien trata de arrancársela o que se la ha arrancado, o si bajo el aspecto ilimitado, absoluto, de un derecho contra todo individuo en quien encuentre esta cosa.

En mi concepto, la respuesta no puede ser dudosa: el primer aspecto es el verdadero. Ahora bien: bajo esas dos formas de la idea de tener jurídicamente, no hemos hecho más que presentar en su esencia la idea de la posesión y de la propie-

dad. Por tal modo tendríamos la regla siguiente: la idea de la posesión ha precedido a la de la propiedad (1).

Sea lo que fuere de esta prioridad histórica de la posesión sobre la propiedad, la lógica, sistemática y práctica, queda sentada, yo creo, de un modo indiscutible. La falta que comete la teoría subjetiva sentando el *animus domini*, puede ahora designarse en breves términos; es un υστεον πρωτον lógico. Invócase una noción posterior, la de propiedad, para procurar el establecimiento de otra anterior, la de posesión. Trátase de un préstamo hecho por la posesión a la propiedad antes de que exista ésta, y cuándo debe decidirse sobre la voluntad necesaria para ello. La voluntad necesaria para una relación, de cualquiera naturaleza que sea, puede y debe ser siempre tomada de sí misma, si se dirige a x, x es quien decide.

La teoría del *animus domini* designa, en lugar del x de la posesión, el z de la propiedad.

Al error que por sí solo implicaría el cambio de la mera no-

---

(1) Tal es también la opinión de los juristas romanos. Véase la L. 1, § 1, *h. t.*: *dominium rerum ex naturali possessione coepisse.* Tengo que renunciar a ir más lejos en la historia del desenvolvimiento de la propiedad, que nos lleva mucho más allá de Roma en los tiempos prehistóricos en la época de la emigración aria (*a*) He citado antes el primer germen, revelado con el auxilio de la etimología, de la idea de propiedad; me he explicado de pasada sobre la distinción de las *res mancipi* y *nec mancipi*, en mi *Jahrbuch* (F, 23, p. 204, nota 2). La propiedad primitiva ha sido la de las *res nec mancipi* (sin reivindicación); la de las *res mancipi (dominium ex jure Quiritium*, con reivindicación) no emana sino del período de fijeza territorial; las tribus nómadas no la conocían. Sólo en una época relativamente reciente (después de las XII Tablas), fué cuando en Roma el *dominium ex jure Quiritium*, es decir, la propiedad reivindicable, fué transportada a las *res nec mancipi*, y hasta ese momento la protección del derecho para esas cosas restringíase a las acciones por robo, pero dirigibles también contra terceros. Gayo, III, 126 *aput* ALIQUEM *furtiva res quae sita et inventa.*

(*a*) Para ver completas las investigaciones sobre el desenvolvimiento jurídico de Roma, que Ihering ha hecho, es de sumo interés consultar su citada obra: *Prehistoria de los indoeuropeos* (trad. esp.).—(N. DEL T.)

ción decisiva con otra, júntase ahí también el de que esta otra es más reciente y que hasta presupone por su parte lo que debería explicar. Es el error mismo cometido por Vangerow, cuando explicaba la libertad como propiedad en el cuerpo humano. La persona debe existir, no sólo en lo físico, sino en el sentido jurídico; es decir, debe ser reconocida como sujeto jurídico, antes de que en principio pueda tratarse de la propiedad: la propiedad, como todo otro derecho, presupone el sujeto del derecho. En ambos casos la relación teórica encuéntrase trastornada; la noción más antigua resulta la más reciente, y viceversa: una noción que no existe aún se emplea para explicar otra que ya existe.

Y vuelvo a Savigny, para examinar más de cerca la manera cómo establece la relación entre la posesión y la propiedad que es necesaria para deducir el *animus*.

«La tenencia es el *ejercicio de la propiedad*, el estado *de hecho* que corresponde a la propiedad considerada como un estado *jurídico*.»

Pueden hacerse ahora las siguientes indicaciones:

1. No es exacto decir que la posesión contiene el *ejercicio* de la propiedad. El ejercicio de la propiedad consiste en la aplicación económica de la cosa a los fines que el propietario persigue; consiste, según las cosas, en el *uti, frui, consumere*. La posesión sólo contiene la *condición* de la realización de estos actos. La posesión, como tal, no tiene ningún valor económico. En el momento de emprender un largo viaje, coloco mi caballo de silla en las cuadras de A., disponiendo que B. podrá usarlo. ¿Cuál de los dos ejerce mi propiedad? B., a quien he dejado el *uti*, y no A., a quien sólo he dejado el *possidere*. El primero tiene el goce de la cosa; el segundo no obtiene ningún beneficio económico.

No puede, pues, designarse la posesión como ejercicio de la propiedad, al modo como no puede designarse el derecho de prenda como ejercicio del derecho de crédito. La posesión no tiene otra importancia para la propiedad, que la que tiene el derecho de prenda en el derecho de crédito; es,

en definitiva, un simple *medio de asegurar* el ejercicio del derecho.

2. Sea cual fuere, por lo demás, la importancia de la posesión para la propiedad, tiene siempre y en todo caso esa importancia por el mismo motivo que en la propiedad, pudiendo decirse que para hacer posible de hecho la realización del fin de la cosa, la ley ha reconocido al interesado un derecho de posesión. Para el acreedor, para el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario, y hasta para el colono y el inquilino, la posesión de hecho de la cosa tiene el mismo valor que para el propietario; el ejercicio asegurado de su derecho es imposible sin ella. Y la base en que apoyan su derecho a la posesión es exactamente la misma que en la propiedad, esto es, la ley. Para ellos la posesión constituye también «el estado de hecho que corresponde a la propiedad (o bien al derecho de que se trate en cada caso), considerada como estado jurídico».

3. Aun cuando se demostrase que hay concordancia perfecta entre esos dos elementos, ¿qué habríamos ganado desde el punto de vista de la posesión? Absolutamente nada. La relación que Savigny establece de ese modo entre la posesión y la propiedad no tiene importancia alguna y se agota, como él mismo reconoce (p. 27), en esta proposición: el propietario tiene el derecho de poseer. La posesión no adquiere, por ese lado, una importancia jurídica, así como tampoco cualesquiera otros hechos, actos o cosas que son el objeto de un derecho. Así como el propietario tiene el derecho de poseer, el concesionario de caza tiene el de cazar, el titular de una servidumbre de paso, el de pasar. La posesión no ha adquirido una importancia jurídica verdadera, sino después que ha participado como tal de la protección del derecho. Desde entonces, saliéndose de la serie de los diferentes sucesos y de los demás estados de hecho, ha llegado a ser una relación jurídica independiente sobre la cosa. Todos los demás estados de hecho no son más que el *objeto*, el *contenido* de un derecho; la posesión, por su parte, es la *base* de un derecho.

Savigny, en lugar de atenerse a este último punto, único de

interés al considerar la importancia jurídica de la posesión, insiste y toma acta de su relación absolutamente indiferente entre ésta y la propiedad. Ya sabemos por qué *debía* hacerlo. Necesitaba dar ese rodeo hacia la propiedad para procurarse a su tiempo un punto de apoyo para el *animus domini*. Basta citar algunas definiciones de la misma calidad, para mostrar lo que vale, desde el punto de vista del saber en esta materia, el reflejo de la posesión en el espejo de la propiedad que Savigny presenta en esta definición: la posesión es el estado de hecho que corresponde a la propiedad considerada como estado jurídico, o en otros términos, es el ejercicio del derecho de propiedad:

Uti: aquel estado de hecho que corresponde al *usus* considerado jurídicamente.
Frui: aquel estado de hecho que corresponde al *fructus* considerado jurídicamente.
Cazar: ejercicio del derecho de caza.
Nacimiento: acto que corresponde al comienzo de la personalidad.
Muerte: acto que corresponde al fin de la personalidad.

Quien no posea por adelantado la intuición de esos estados y de esos actos, no la obtendrá de este modo, y para quien la posea, la relación jurídica indicada por Savigny no tiene valor alguno, donde quiera que, como en la posesión, se trata sólo de esta intuición.

Y voy aún más allá.

Admito que todas las críticas hechas hasta aquí contra Savigny no resisten al examen, admito que la posesión sea el ejercicio del derecho de propiedad, y hasta que esta consideración sea decisiva para la definición de la voluntad de poseer, como *animus domini*. Eso nos lleva a formular la proposición de que el poseedor debe tener la intención de ejercer la propiedad.

Pero esta definición no es más exacta que la precedente, porque se aplicaría por igual manera tanto al colono y al in-

quilino, que tienen indudablemente la intención de ejercer el derecho de propiedad perteneciente al dueño, aunque, como tenedores, *no puedan*, según Savigny, tener *animus domini*. Para excluírlos se necesita, en verdad, modificar la definición propuesta.

Esta modificación la realiza Savigny, distinguiendo la voluntad de ejercer su *propia* propiedad, de la voluntad de ejercer *la propiedad de otro*. El *animus domini* alcanza de ese modo lo que desde el principio perseguía: los tenedores no tienen la intención de ejercer su propio derecho de propiedad, sino el derecho de propiedad de otro. Pero esto es aún insuficiente para la posesión, porque la voluntad de poseer debe tender a ejercer su propio derecho de propiedad. Esta voluntad no pertenece más que a los propietarios verdaderos, putativos o presuntos: todos en su posesión se apoyan sobre sí mismos: no reconocen a nadie como derechohabientes sobre ellos. Esta voluntad, por el contrario, no pertenece a quien reconoce a otro como propietario, de quien su posesión se deriva. Sólo en virtud de una nada afortunada consecuencia, le reconocía a él también el derecho romano la posesión en ciertos casos.

En vano es que busquemos en Savigny un motivo en pro del influjo que esta diferencia de la voluntad de poseer está llamada a ejercer en la relación posesoria. Limítase a decir en la página 109: «Si tiene—el tenedor—la intención de ejercer la propiedad de otro, no hay, sin embargo, no hay ahí el *animus possidendi* que es necesario para que el hecho de la tenencia se transforme en posesión». ¿Por qué no? Nada responde y le hubiera sido difícil a Savigny responder, porque el influjo que ejercerá sobre la posición jurídica del tenedor esta intención de ejercer su propiedad o la de otro, no está en modo alguno justificado y no encuentra el más ligero punto de apoyo en el derecho romano. Muy al contrario, ese derecho nos coloca en condiciones de probar de una manera positiva, que la diferencia entre el ejercicio del derecho propio y el ejercicio del ajeno es indiferente por completo para otras relaciones jurídicas.

El cesionario, según el derecho romano, ejerce el derecho

de crédito del cedente: sin embargo, la protección jurídica que se le concede no es otra que aquella de que el cedente goza. El *alieno nomine agere* no tiene en este caso influjo sobre la posición jurídica del cesionario. ¿Por qué, pues, el *alieno nomine possidere* lo ha de tener sobre la posición del tenedor? No se explica esto. Si yo puedo ejercer el crédito del cedente y ser protegido como él, ¿por qué, como colono, no he de poder ejercer también la posesión del arrendador y ser protegido como él? ¿Será acaso, porque el cedente cede el crédito *definitivamente*, mientras el que arrienda no cede la posesión sino de un modo *temporal*? Ya antes he respondido a esta consideración.

La venta del usufructo nos proporciona otro ejemplo. El comprador no obtiene más que el ejercicio del usufructo, y no el derecho mismo; y, sin embargo, está tan protegido como el usufructuario mismo. Se puede, pues, ejercer el derecho *de otro*, y a pesar de ello, gozar de la protección como quien ejerce ese derecho como un derecho propio.

Síguese de aquí, que la idea de que la relación posesoria en la persona de quien ejerce la propiedad de otro debe revestir el carácter de tenencia, no tiene fundamento alguno.

Si para el cesionario y el comprador del usufructo no obsta el ejercicio del derecho de otro para gozar de la protección jurídica de que gozaba su autor, no hay razón para que las cosas pasen de otro modo en la posesión. Todavía hay más: de todas las relaciones jurídicas, la posesión sería siempre más apropiada para participar de la protección jurídica en los casos en que se deriva de otra persona; porque en todas las demás relaciones, el que quiera ejercer el derecho de otro, debe prevalerse de ese derecho, lo cual no es un requisito en la posesión. La posesión descansa en sí misma: el poseedor no necesita decir de dónde tiene la posesión: la simple exterioridad basta. Ahora bien: ¿y ha de ser precisamente respecto de él, el influjo de una circunstancia de su posición jurídica, contrario, cuando no lo es respecto de los derechos en los cuales la protección del ejercicio está subordinada a la invocación del derecho de otro? Esto

es tan notoriamente absurdo, qué no hay para qué insistir en refutarlo.

¿Y qué queda del *animus domini*?

Nada. No es cierto que la posesión contiene el ejercicio de la propiedad; la posesión no es más que un medio de alcanzarlo, y la misma función que le corresponde para la propiedad. la reclama también para todos los derechos que exigen la posesión en su ejercicio. Y aun cuando contuviera tan sólo el ejercicio de la propiedad, no puede decirse que para la posesión, es decir, para la protección jurídica de la posesión, importe la cuestión de saber si se ejerce su propia propiedad, real o supuesta, porque el derecho romano en otras materias reconocía a quien ejerce un derecho ajeno, la misma protección jurídica que al derechohabiente.

Y termino el examen crítico del *animus domini*. Quizá he puesto a prueba la paciencia del lector. En todo caso, el *animus domini* ha abusado de la mía.

Este trabajo es el menos entretenido que creo haber realizado en mi vida, siendo la causa de que mi teoría de la posesión tardara tanto en salir de mi pluma, la profunda repugnancia que yo experimentaba ante la idea de publicarla. Si únicamente se tratase aquí de sentar que la condición del *animus domini* no tiene fundamento, hubiera podido aligerar considerablemente mi tarea. Bastábame el hecho de que las fuentes no lo mencionan en parte alguna, y que el derecho romano admite la posesión aun en los casos donde esta condición falta (regla 7.ª). No he creído, sin embargo, poder contraerme a eso en esta obra, cuyo objeto era agotar en todos los puntos y direcciones la parte de la teoría posesoria romana relativa a la voluntad de poseer. Era preciso llegar hasta el fondo del error, mostrar cómo ha podido ser posible, de dónde nace, qué caminos equivocados ha debido seguir, qué abismos ha debido franquear para alcanzar el fin que desde un principio se proponía: la justificación constructiva de la distinción entre la posesión y la tenencia.

Séptima regla.—En ciertas relaciones, por motivos particu-

lares, el derecho romano ha renunciado a exigir el *animus domini* (posesión derivada); pero esto es una singularidad.

Nada justifica el aserto de que la posesión derivada entrañe una singularidad. De hecho, y esto es lo que importa, hay en el derecho romano casos de posesión derivada con posesión, y otros con tenencia; no diciendo en parte alguna los juristas romanos que los primeros de esos casos constituyan singularidades. Una teoría, por tanto, que llega a esta conclusión, debe ser falsa en su punto de partida, e introducir en el derecho romano la concepción extraña a los juristas romanos mismos. Ya sabemos cómo se ha originado esta regla. La posesión derivada *debe* contener una singularidad, so pena de que la teoría del *animus domini* caiga por tierra completamente desecha. Todo está en el influjo tiránico de la idea preconcebida, influjo que ya hemos tenido ocasión de reconocer otras varias veces, y que, en este caso, como en todos los demás, acaba por tener que estrellarse contra el simple hecho.

Quiero demostrar con el auxilio de algunos ejemplos el camino que ha seguido la teoría subjetiva para llegar a definir la relación existente entre la posesión derivada y la posesión.

Afirmación: la noción de una mesa impone cuatro pies. Objeción: hay, sin embargo, mesas que tienen más o menos. Respuesta: «son éstas irregularidades que tienen sus motivos históricos o prácticos», pero que no pueden impedirnos decir que la idea de mesa implica cuatro pies».

Afirmación: el término de la usucapión es de tres años. Objeción: es de diez para los inmuebles. Respuesta: es una excepción a la regla.

Así como en este último ejemplo los tres y los diez años se encuentran en la misma línea, sin que ninguno de esos términos pueda presentarse como regla, así, en la relación posesoria derivada, la posesión no tiene más de derecho que la tenencia. En uno y otro caso, la regla se divide de antemano en dos ramas completamente iguales entre sí. Según la idea de los juristas romanos, el elemento del *animus domini* es tan indiferente para la noción de la posesión como los cuatro pies para la

mesa. El que por adelantado concibe la noción de una manera demasiado estrecha, no debe extrañarse de que ésta se estrelle con los fenómenos que en ella no encajen; la censura de contrariar los principios que aquél les dirija más bien debe recaer sobre él: y es que en realidad, el error reside no en las cosas, sino en el sujeto.

El establecimiento de la categoría de la posesión derivada, contiene la declaración en quiebra de la teoría subjetiva. Una *regla* soporta la contradicción, es decir, la excepción; una *noción*, no. Si la condición del *animus domini* se indicase sólo como regla, los casos en que falta, y, sin embargo, hay posesión, se armonizarían con ella. Pero se ha formulado como elemento teórico; la noción de la posesión, la naturaleza, la esencia de las cosas y demás modismos y expresiones, entrañan necesariamente el *animus domini* o *rem sibi habendi;* la posesión sin *animus domini* se ha declarado imposible en principio (1). Y sin embargo, existe realmente, y con esto está dicho todo.

Pero el jurista que sabe construir no tropieza con dificultad alguna para encontrar un punto de vista para la explicación de lo que resulta contrario a los principios, un punto de vista que lo justifique y sincere ante el pensamiento jurídico (2).

Y eso es lo que ha hecho Savigny. «La posesión se considera como un derecho, y a este título puede ser enajenada. He ahí por qué el poseedor verdadero y originario podrá transferir el derecho de la posesión a quien ejerce el derecho de propiedad para él» (pág. 119). «El *animus possidendi*, que en la posesión originaria es un verdadero *animus domini*, tiene por objeto,

(1) Savigny mismo (p. 120) reconocía expresamente que la posesión derivada «contiene una derogación de los principios primitivos de la posesión».

(2) Tan cierto era eso para Savigny (p. 113), que no ve en la posesión del enfiteuta más que una «inconsecuencia aparente», que promete explicar más adelante. Pero la consideración histórica que invoca después (§ 12 *a*) —*Ager publicus* y *vectigalis*—nada tiene de común con esta inconsecuencia jurídica, con la anomalía teórica de esta posesión.

cuando se trata de la posesión derivada, el *jus possessionis* transmitido por el poseedor originario».

Esta explicación excede sus propios límites, como ocurre en todos los casos análogos cuando se acude a semejantes medios de salir del paso. En efecto, si el propietario puede transmitir el *jus possessionis* a quien no tiene el *animus domini*, he ahí sin más un medio de echar por tierra toda la teoría posesoria. Por medio de la transmisión del *jus possessionis* doy fin a toda tenencia y prescindo del *animus domini*. ¿Para qué ha de dirigir todavía el propietario real, putativo o supuesto, su voluntad sobre el ejercicio de su propio derecho de propiedad? Bástale, en efecto, dirigirla sobre el *jus possessionis*.

Savigny quiere prevenir el peligro que encierra esta posibilidad de transmitir el *jus possessionis*, notando (pág. 120) que no es preciso admitir la propiedad derivada, sino allí donde el derecho positivo la reconozca expresamente, y colocándose así en contradicción consigo mismo. En la página 119 nos dice que, a *título de derecho*, la posesión implica la posibilidad de enajenar el *jus possessionis*, presentándosenos esta posibilidad como una consecuencia necesaria. Una página después de esta proposición *racional* reviste el carácter de una disposición *positiva*, que no debe ser llevada más allá de las disposiciones expresas del derecho romano, sobre los casos de posesión derivada que enumera. En cuanto a probar que esta disposición está así limitada, lo que por mi parte admito también, aunque por motivos distintos que Savigny, éste nada hace, no pudiendo percibirse por qué los romanos habrán restringido la transmisión del *jus possessionis* a los casos indicados, si la idea que Savigny les atribuye de que esa transmisión es de derecho, fuese exacta.

Si Savigny no se ha atrevido a sacar las consecuencias de su propia idea, otros lo han hecho por él (véase antes). Según ellos, depende por completo de la convención de las partes establecer en las relaciones de posesión derivada la posesión o la tenencia.

Y llegamos así al punto más culminante de la teoría subjetiva.

Octava regla.—La libre voluntad decide de la posesión y de la tenencia. Ya hemos tenido ocasión más arriba de explicar nuestro punto de vista frente a esta opinión; por eso nos limitamos a remitirnos a lo entonces dicho. La posesión se convierte en juguete de la voluntad arbitraria de las partes. La disposición objetiva del derecho se sustituye por la voluntad libre, subjetiva, completamente soberana. Todo cuanto el legislador dice acerca de la posesión puede resumirse en estos términos: haced lo que os plazca; la anarquía se erige en principio de derecho. Tal es el punto final de la teoría subjetiva. De todos los pasos por ella dados en su camino, éste es el único que desde el punto de vista de la teoría pura no puede evitarse; contiene la consecuencia completamente ineludible de todo lo que precede: *es un salto en el abismo*. Debemos estar reconocidos a aquéllos que no se han vuelto atrás antes de llegar a semejante extremo; era preciso estar ciego para no verle. Una teoría jurídica que va hasta el abismo, impulsada por sus propias consecuencias, se condena por sí misma.

La teoría de los juristas romanos

El aspecto que reviste la teoría de la posesión en el derecho romano, es de una sencillez extraordinaria. Donde quiera que existen las condiciones exteriores de la relación posesoria, *corpus* y *animus*, en el sentido indicado y desenvuelto en el capítulo VI, hay posesión, a menos que exista, o que se pueda demostrar la existencia, de una relación a la cual el derecho concede sólo la tenencia. La aptitud subjetiva del que posee es totalmente indiferente a este efecto. Obtiene aquél la posesión donde cree obtener la tenencia, y viceversa; su creencia errónea no tiene otra importancia que la de un error de derecho, sin influjo alguno en este caso, como en los demás. La posesión está también regida por la regla: *plus est in re quam in existimatione mentis;* la regla de derecho objetiva fija las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico, independientemente de la creencia que pueda abrigar la parte. En cuanto a *su voluntad*, no tiene fuerza alguna frente a la regla de derecho que ha fijado, de una vez para siempre, la cuestión de la posesión y de la tenencia.

Hay tenencia, aun cuando la voluntad tienda a la posesión, y viceversa. Sin duda, cuando existen para un mismo acto jurídico dos formas diferentes, una de las cuales entraña la posesión y la otra la tenencia; por ejemplo, en materia de representación, la cuestión de posesión depende de la voluntad de la persona, pero no directamente como tal, sino indirectamente, como una consecuencia atribuída a la elección de una de las formas; tal es la relación ya explicada existente entre *a* y *c*.

El aspecto jurídico de la oposición existente entre la pose-

sión y la tenencia, resulta de este modo al lado del de la oposición existente entre la posesión y la propiedad. El paralelo mejor nos lo proporciona la propiedad quiritaria y bonitaria; es ésta una división en el seno mismo de la institución: en un caso la propiedad, en otro la posesión. La cuestión relativa a si uno era propietario quiritario o bonitario, decidíase, no según su voluntad, sino según la regla del derecho. Si hacía que le transmitiesen la *res mancipi*, resultaba propietario quiritario, quisiéralo o no; si se limitaba a la tradición, se hacía propietario bonitario. Lo mismo sucedía con la posesión. El acreedor con prenda, el enfiteuta, etc., se hacen poseedores; el colono, el inquilino, etc., se hacen tenedores, todos ellos, quiéranlo o no. La institución de la posesión ha logrado así en el derecho romano la misma seguridad, fijeza, facilidad de aplicación, independencia de la creencia y de la voluntad subjetiva de las partes, que todas las demás instituciones de derecho.

El aspecto de las cosas, antes indicado, ha logrado su expresión en una regla de la jurisprudencia romana más antigua; es ésta la conocida regla: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*; esto es, la voluntad no tiene fuerza ante la *causa possessionis*. No creo, sin embargo, oportuno, comenzar mi exposición de la teoría de los juristas romanos por esta regla: la reservo para el fin, al efecto de empezar por preparar su comprensión exacta, por la prueba de que los juristas romanos se han dejado guiar por ella, en sus decisiones de los casos concretos relativos a la posesión.

Examinemos, pues, la casuística de la cuestión de la posesión en la doctrina de los juristas romanos. Es ésta la última de las múltiples pruebas a que sometemos la teoría subjetiva, y la que ha de decidir en última instancia. Quien quiera que se haya mantenido indiferente ante todas las demás, tendrá que someterse ante la autoridad de los textos. Ya hemos invocado, de pasada, algunos de los textos más importantes (1), pero aquí es

(1) La L. 21, pr., *de A. r. d.* (41, 1), y la L. 44, § 4, *de usurp.* (41, 3); la L. 21 *ibid.* y la L. 13, *de don.* (39, 5).

únicamente donde habrán de ofrecerse unidos al conjunto de los materiales que quedan, y por tanto, donde podrán desplegar su fuerza mayor.

Un hombre libre, pero que se le conceptúa esclavo (*libre bona fide serviens*), compra una cosa. Está persuadido, claro es, de que la posesión y la propiedad de esta cosa pasan a su amo. Sin embargo, la L. 21 pr., *de A. r. dom.* (41, 1), de Pomponio, le atribuye la posesión y la propiedad a él mismo, *ipsius fieri*. ¿Por qué? El obstáculo falsamente supuesto en su persona, esto es, la potestad dominical, nuestro —*n* no existe: las condiciones legales *a* + *c* surten todos sus efectos; en otros términos, se hace poseedor.

Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, decimos: según Savigny (1), sería preciso negarle la posesión, porque no tenía el *animus domini* o *rem sibi habendi*. Tal es también la decisión de Paulo, en la L. 1, § 6, *h. t.*, y no podía en rigor opinar de otro modo si se empeñaba en el mantenimiento de la condición impuesta por él y consistente en el *animus possidentis*. La antítesis entre la manera objetiva de los demás juristas y la manera subjetiva de Paulo, se manifiesta aquí de un modo bien claro.

Un hijo de familia, cuyo padre ha muerto en el curso de un viaje lejano, pero de cuya muerte no está enterado, compra una cosa. ¿Cuál es su posición considerada desde el punto de vista de la posesión? Según Savigny, sólo puede obtener la tenencia, pues como hijo de familia—que se presume tal—no tiene el *animus rem sibi habendi;* Papiniano, en la L. 44, § 4, *de usurp.* (41, 3), le atribuye la posesión: *quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit;* ¿por qué? A partir del momento en que su padre ha muerto, se ha hecho jefe de familia: el —*n* que se oponía hasta enton-

(1) Cita este pasaje (pág. 309) para probar que «a menudo el propietario no puede adquirir la posesión por el intermedio del esclavo»: pero nada dice de la decisión del mismo pasaje respecto del *liber bona fide serviens*, que no se armoniza con su teoría. Es lo que hace también en la L. 21, *de usurp.* (41, 3), que examinaremos inmediatamente y que es absolutamente inconciliable con su teoría.

ces contra su posesión, la patria potestad, ha desaparecido. El que tenga o no conocimiento de ello es indiferente, siendo aplicable la regla: *plus est in re quam in existimatione mentis;* esto es, las condiciones objetivas deciden, la creencia subjetiva no tiene influjo.

Según Savigny, esta conversión en posesión sin el menor cambio en el conocimiento y en la voluntad, no puede concebirse; no podría datar sino del momento en que el hijo de familia hubiere recibido noticia de la muerte de su padre. Savigny quita del medio el texto (p. 126), notando que parece raro que el *pater familias* que se conceptúa *filius familias* pueda poseer». ¿Raro para el hijo de familia? Lo mismo lo es para el supuesto esclavo de que ha poco hemos hablado, y hay todavía algunas más rarezas y singularidades de este género. El texto de Papiniano implica tan de lejos una singularidad, que hasta plantea la cuestión: *¿cur non capiat usu?*, es decir por supuesto. Ahora bien; si el hijo de familia supuesto puede usucapir, resulta que posee. Luego en este caso, como en el del esclavo supuesto, hay posesión sin conocimiento y sin voluntad.

En el § 7 del mismo texto. Papiniano trata de saber lo que se debe pensar respecto de la posesión del hijo, en el intervalo, cuando su padre muere en cautividad en poder del enemigo. Su respuesta hállase concebida en estos términos: *quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et* POSSEDISSE SIBI *el usucepisse intelligi.* He ahí otra posesión en una época en que el poseedor no tenía el *animus possidentis.*

Según una conocida regla, el hijo de familia se hacía *pater familias* desde el momento en que su padre había sido hecho prisionero; el obstáculo que la patria potestad oponía a su posesión había desaparecido; según nuestra fórmula, desde que desaparece $-n$, y debe convertirse en x.

A estos tres casos, tomados de la relación de tenencia doméstica, puede añadirse el de la conversión ha poco indicada, en posesión de la tenencia de los *sui heredes*, a consecuencia de la muerte del *pater familias*. Si la deducción hecha a este propósito es exacta, resulta que los *sui heredes* obtienen la posesión

aun cuando no tengan conocimiento alguno de la muerte del padre. Para no dar lugar a una polémica inútil, declaro desde luego que ese caso es problemático; si no se admite, no lo contaré entre mis argumentos. Quien quiera refutarme deberá atenerse a los otros tres y a los que siguen.

A los casos de tenencia doméstica añado los de tenencia contractual siguientes:

El *primero*, es el del representante directo, que quiere adquirir la posesión para sí. Según la L. 13, *de don.* (39, 5), de Ulpiano (1), obtiene la tenencia aun cuando su voluntad se dirigiese hacia la posesión. Savigny (p. 306): he ahí una excepción —¡otra particularidad todavía! —que no tiene efecto más que para la tradición. En ese caso, la intención del tradente es la determinante. Ya he demostrado antes lo que esta restricción vale; pero prescindo ahora de ella, y me fijo sólo en el caso de la tradición. El mismo Savigny ha advertido que la decisión de Ulpiano no concuerda con su teoría. He ahí una excepción: lo que equivale después de todo a decir que es incompatible con su teoría.

El *segundo*, es el de la L. 21, *de usurp.* (41, 3), de Javoleno: *ei a quo fundum pro herede diutius capturus eram, locavi eum.* El jurista se pregunta si la *usucapio pro herede* se encuentra interrumpida por el arriendo, que debería ser mirado aquí como nulo: *quia dominus suam rem conduxisset.* Según Savigny, no se ve lo que la nulidad indicada del arriendo puede tener de común con la cuestión de posesión. El colono quiere poseer para el arrendador; que sea o no al propio tiempo propietario no importe, según Savigny, pues que lo ignora. Su voluntad de poseer es la misma que la de cualquier otro colono, es el *animus alieno nomine detinendi.* No quiere la posesión; ¿cómo atribuírsela? Desde el punto de vista de la teoría subjetiva eso no cabe; desde el punto de vista de la objetiva es una consecuencia inevitable. El obstáculo supuesto que a la posesión se opone en

(1) Me atengo a este texto indiscutible: en cuanto a los otros, véase Savigny, loc. cit.

el colono, el arriendo, no existe jurídicamente: el—*n* cae, las condiciones legales *a* + *c* surten todo su efecto, el colono es poseedor.

Sin duda que el jurista no lo dice categóricamente; pero ¿no niega la posesión al arrendador? Si hubiera opinado que no se había verificado cambio alguno en la situación posesoria del colono, su conclusión de que el arrendador pierde la posesión (*sequitur ergo ut ne possessionem quidem* (1) *locator retinuerit*) no hubiera sido fundada. El jurista no podía negar la posesión al arrendador sino para reconocérsela al colono, porque si éste hubiera debido obtener la tenencia, aquél hubiera conservado la posesión por su intermedio, como su tenedor.

Tercero. El colono muere, y su heredero, que ignora el arriendo y cree que el fundo pertenece a su autor, entra en posesión de él. ¿Cuál es su posición?

Según Savigny, es preciso atribuirle la posesión, porque tiene el *animus domini;* según Labeon, en la L. 60, § 1, Loc. (19, 2), obtiene la tenencia:

> *Heredem coloni, quamvis colonus non est* (2). *nihilo minus domino possidere existimo.*

Labeon no dice, es verdad, que el heredero no tuviera noticia alguna del arriendo. Pero si eso hubiera dependido de esta noticia, hubiera debido mencionarla. Ahora bien: se limita a decir de una manera absoluta: *heredem domino possidere*, de-

---

(1) El *ne quidem* implica tácitamente una oposición, la de la posesión con la obligación. El enlace de las ideas del jurista es el siguiente: siendo el contrato de arriendo nulo, el arrendador no tiene un derecho de obligación, y no conserva la posesión.

(2) ¿Qué quieren decir esas palabras? Si se las toma sólo en un sentido literal, significan que en la época de Labeon el arriendo se disolvía por la muerte del colono. Y así es cómo yo las entiendo, de acuerdo, yo creo, con la concepción romana antigua del arrendamiento, que daba un peso decisivo a la personalidad del colono. La glosa añade: *post finiconductionem*, esto es, si el término del arriendo había expirado con

jando ver así que no hay que atender a ninguna otra circunstancia cualquiera que ella fuese. Sabido es que se puede tener a nombre de otro sin saberlo. El que, sin tener conocimiento del verdadero estado de las cosas, arrienda el fundo de un colono que se presenta como propietario, no tiene a nombre del colono, sino a nombre del arrendador originario (1). Lo mismo exactamente ocurre cuando el comodatario o el depositario de una cosa la da a su vez en comodato o en depósito: el segundo comodatario o depositario tiene a nombre del comodante o depositante originario, sin saber de él (2).

El *animus domini* en la persona del heredero, en el caso indicado, es tan indiferente como el del comprador, en el caso en que el colono venda el fundo o lo arriende (3). La relación posesoria anterior dura mientras no ha sido *exteriormente* abolida; es decir, mientras el supuesto poseedor no opone resistencia de hecho a los actos de posesión del poseedor anterior: más arriba dejo expuesto por qué.

Resulta de todos estos casos que:

La voluntad subjetiva de poseer no tiene influjo alguno respecto de la regla objetiva del derecho.

---

la muerte del colono; pero el texto no consiente en modo alguno esta adición. Los autores posteriores han rehuído la cuestión. Los compiladores de las *Pandectas* no debieron acoger ese pasaje, porque no se armoniza con el derecho nuevo; pero, no obstante, ha pasado a las *Basílicas* (20, 1, 60).

La manera de ver de derecho romano antiguo, debe tener una justificación práctica, porque los autores del *Landrecht* prusiano, sin saber nada de seguro del precedente del antiguo derecho romano, han recogido la idea de la personalidad de la relación del arriendo. Sin duda, la dieron, en cuanto al influjo de la muerte del colono, límites más estrechos que dicho derecho romano antiguo; pero por otro lado han ido más allá que este último—prohibición de subarrendar—. L. R., 1, 21, §§ 309, 315, 366 y sigs.

(1) L. 25, § 1. L. 30, § 6, *h. t.*

(2) L. 30, § 6, *h. t.*

(3) L. 32, § 1, *h. t.*

Los casos particulares que hemos podido conocer pueden comprenderse en el esquema siguiente:

1. *Posesión*, allí donde la voluntad de poseer—en el sentido de la teoría subjetiva—tendía a la tenencia,
   a). Relación de la tenencia doméstica:
   L. 21 pr., *de A. r. d.* (41, 1): *liber bona fide serviens.*
   L. 44, §§ 4, 7, *de usurp.* (41, 3): el hijo de familia cuyo padre ha muerto.
   b). Relación de tenencia contractual:
   L. 21, *de usurp.* (41, 3): el propietario que, sin saberlo, toma en arriendo su propio fundo.
2. *Tenencia*, donde la voluntad—en el sentido de la teoría subjetiva—tendía a la *posesión*.
   L. 13, *de donat.* (39, 5): el representante que quiere adquirir para sí.
   L. 60, § 1, *de loc. cit.* (19, 2): el heredero del colono.

De este modo creo haber agotado todos los casos que ofrecen nuestras fuentes; pero todavía hay en ellas toda una serie de argumentos, que disipan cualquier duda acerca de la idea que se han formado los juristas romanos de la función de la voluntad en la posesión.

Helos aquí:

1. Se ha reconocido expresamente que la posesión depende de la causa.

Un testimonio indudable nos lo ofrece la L. 21, de *usurp.* (41, 3), de Javoleno. Después de haber señalado la nulidad del contrato de arrendamiento, añade: SEQUITUR ERGO, *ut ne possessionem quidem locator retinuerit.* Creo baste fijarse en estas palabras para comprender cómo los juristas romanos han concebido la relación de la posesión con la *causa*. La cuestión de la posesión como tal no debe en modo alguno suscitarse: si la relación contractual está establecida, la relación posesoria también lo está. La voluntad de quien posee no debe tomarse en cuenta: el *acto jurídico* que éste ha querido implica la *posesión*.

La cuestión de la posesión es una simple consecuencia (sequitur ergo) de la relación contractual. Y con esto está dicho todo.

La misma idea que hemos indicado en Javoleno—la dependencia entre la relación posesoria, o de otro modo más concreto, entre la tenencia y el contrato de arriendo—obra también en el fondo de los pasajes siguientes, que son bastante elocuentes por sí solos:

> L. 16, *de peric.* (18. 6): ... *possessio* PER LOCATIONEM *retinetur.*
>
> L. 37, *de pign. act.* (13, 7): ... PER LOCATIONEM *retineo possessionem.*
>
> L. 1. Cód. *Comm. de usuc.* (7, 30): *qui* EX CONDUCTO *possidet.*
>
> L. 19, *h. t.*: *Qui...* CONDUXIT... *in promptu est, ut possidere* DESIERIT.
>
> L. 21, § 3, íd.: *Qui alienam rem precario rogavit, si eamdem a domino conduxit,* POSSESSIO *ad dominum revertitur.*
>
> L. 33, § 6, *de usurp.* (41, 3): ... CONDUCTIO *idem proestat, quod si apud creditorem res esset.*

2. Resulta de esta dependencia entre la relación posesoria y el elemento de la causa, que cuando este último está aún provisionalmente indeciso, el primero lo está también.

Tenemos ejemplos en la L. 38, § 1, y L. 42, § 1, *h. t.* El primer pasaje habla de la tradición condicional:

> *Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur* POSSESSIO TRADITA, *si fundus alienus sit; ... Hoc amplius existimandum esse, possesiones sub conditione tradi posse.*

El *accipiens* no adquiere, pues, entretanto, más que la tenencia; no obtiene la posesión sino al advenimiento de la condición. Pero, ¿qué pasará si la condición se presta sin que él lo

sepa? Según Savigny, debería tener ante todo conocimiento de ella, a fin de que su *animus detinendi* anterior pudiera transformarse en *animus domini*. Según la L. 2, § 2, *pro emt.* (41, 4), tiene inmediatamente la posesión: *contra si extitit et ignoret...* USUCAPERE *eum*; el comienzo de la usucapión presupone la conversión de la tenencia anterior en posesión.

El segundo pasaje o texto concierne al *negotiorum gestor*, que compra una cosa para otro. Mientras este último no ha ratificado el acto, posee para sí (XVII); si lo ratifica, su posesión se convierte en tenencia al modo como en el caso antes indicado la tenencia se convertía en posesión.

3. Si se pactan dos convenciones posesorias, de las cuales la una entraña la posesión y la otra la tenencia, la últimamente decidida es la que vale, sin que la cuestión de la posesión, como tal, deba suscitarse.

L. 10, pr., *h. t.*

4. La convención de que el colono o el inquilino tendrá la posesión es nula.

Esta proposición no se expresa en ninguna parte en términos categóricos; pero resulta de la L. 10, § 2, *h. t.* Este texto trata del caso en que se ha estipulado un contrato de arriendo y un precario con el objeto de abandonar la posesión. El jurista no declara esta última convención válida a no ser en el supuesto de que no se hubiera pactado más que un arriendo simplemente aparente: *si nummo uno conduxit.* En este caso el contrato indicado no es obstáculo para la posesión: *... quia conductio nulla est, quae est in uno nummo.* Si, por el contrario, fuera en serio el arriendo, entonces la última convención pactada es la única que vale.

El jurista no nos dice lo que debe hacerse cuando han sido pactadas a un mismo tiempo. La importancia que da a la circunstancia de que el arriendo no fuera más que un acto aparente, nos autoriza a pensar que el arriendo es el que haría inclinarse la balanza y que la convención *ut possideret* se estima nula.

En la L. 37, *h. t.*, Marciano trata del caso en que el deudor

toma en arriendo o en alquiler del acreedor hipotecario el fundo o la casa cuya posesión hubiera sido abandonada a este último. Este caso no tiene nada de extraño, porque puede suponerse que la renta o el alquiler ocupan el lugar de los intereses del capital. Pero lo que es extraño, es la indicación que da el jurista respecto de la convención de las partes:

> ... *re a creditore conducta convenit, ut is, qui hypothecam dedisset,* PRO COLONO *in agro, (in) aedibus autem* PRO INQUILINO *sit; per eos creditor possidere videtur.*

¿Por qué esta convención sobre la relación posesoria? La cosa resulta de un modo natural. ¿Y a qué vienen las palabras *pro colono, pro inquilino?* No encuentro otra respuesta que la siguiente: el acreedor no quería conceder al deudor más que la tenencia, alegándose el contrato tan sólo para darle una base jurídica; no se atendía, pues, tanto al contrato mismo como a su efecto posesorio. En este sentido es en el que los autores de las Basílicas (50, 2, 37) han comprendido la convención.

> δι' ἐμοῦ τὴν ἐπ' ἀσφάλειαν νομὴν ἔχει ὁ δανειστης
>
> *per me posesessionem* SECURITATIS CAUSA *habet creditor.*

La convención está hecha: *securitatis causa.* ¿Quiere esto decir para procurar al acreedor la posición de *poseedor?* Cabe otra explicación dada por Gayo, II, § 60. En la *fiducia cum creditore,* cuando el deudor poseía la cosa, tenía la *usu receptio,* aun en el caso de la falta de pago: *si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceat.* ¿Puede admitirse que Marciano haya hablado en ese texto de la hipoteca fiduciaria? No es verosímil, porque el objeto empeñado era un inmueble, y la tradición aquí supuesta, de esta cosa al acreedor *(re pignoris nomine* DATA ET POSSESSIONE DATA) no tendría sentido, toda vez que era suficiente el compromiso hipotecario. Hállase este supuesto reafirmado por estas palabras, que revelan la mano de los compiladores: *cum* HYPOTHECAM DEDISSET.

Admitido este punto de vista, vese claramente por qué el acreedor ha estipulado el contrato de arriendo. Lo hacía *securitatis causa;* esto es, no en vista de la seguridad de hecho, sino para la seguridad jurídica, o sea para excluir la *usu receptio*. El contrato de arriendo se estipulaba, pues, no por sí, sino para establecer el efecto posesorio a él atribuído: la relación de tenencia. Si el derecho antiguo hubiera considerado posible en este aspecto *abstracto* la convención de que el deudor tenga a nombre del acreedor, no hubiera sido preciso ordenar la celebración de un contrato de arrendamiento. Y como no ha sido así, resulta que esta idea le era extraña: *no conocía la tenencia como tal, sino sólo como consecuencia de una relación jurídica, doméstica o contractual.*

5. En el derecho nuevo, donde el compromiso fiduciario ha desaparecido, el arrendamiento de la cosa empeñada, tantas veces mencionado en los textos (1), reviste otro aspecto; el deudor, que en la *fiducia* tomaba en arriendo la cosa convertida en propiedad del acreedor, arrienda *su propia cosa*. ¿Cómo conciliar esto con la teoría del *animus domini*? El deudor tiene, como propietario, el *animus domini*, la voluntad de ejercer su *propia* propiedad; como colono o inquilino no tiene más que el *animus alieno nomine detinendi*, la voluntad de ejercer la propiedad de otro. ¿Qué hará en esta situación, en que dos *animi* se contraponen en su alma?

El defensor de la teoría subjetiva tiene la palabra.

6. En la L. 28, *h. t.*, de Tertuliano, tropezamos con un poseedor cuyo *animus* es muy singular. No sabe él mismo si posee o si meramente tiene *refert, utrum* SCIAM *me possidere an* IGNOREM. Según la teoría objetiva, esto no tiene absolutamente nada de extraño, porque para ella la cuestión de posesión depende de la *causa*. El caso previsto realiza, sí, la *causa*, que queda por el momento indeterminada, o, si existe, sin que el poseedor tenga noticia de ella. Según la teoría subjetiva, para

(1) Véase, además, la L. 37 cit. § 1, *de pign. act.* (13, 7) y 37 *de pign. act.* (13, 7).

la cual la voluntad de poseer es «cosa del libre arbitrio del poseedor», no podrá comprenderse cómo Tertuliano podía considerar ese caso posible y someterlo a un examen serio.

¿Cómo puede nadie dudar de su relación posesoria, cuando de él depende la fijación de su carácter? La duda sólo es posible cuando le decisión depende, no de nosotros, sino de la *causa* por el momento indeterminada.

7. Si la distinción entre la posesión y la tenencia dependiese de la voluntad de poseer, los juristas romanos no hubieran podido menos de explicar de la manera más detallada este punto cardinal de toda la teoría. Hubieran debido, no sólo exponer *in abstracto* la distinción teórica, sino que, como han hecho con la teoría de la novación, hubieran indicado, *in concreto*, los criterios para reconocerla, señalando presunciones, en suma, hubieran debido explicarse por entero acerca de la cuestión de la prueba del *animus*, la cual, según hemos visto (IX), está rodeada de las mayores dificultades. Nada de eso hicieron; no hay ensayo alguno para definir esta distinción fundamental, sobre la cual va a edificarse toda la teoría de la posesión; no hay indicación, ni alusión siquiera, a la prueba de la voluntad de poseer o de tener.

A excepción de Paulo, de quien dijimos ya lo suficiente (XIII), no puede descubrirse en nuestras fuentes ni una sola huella cierta del *animus possidentis;* ni aun en los casos de la posesión derivada, que era la ocasión más propicia. El mismo lenguaje nada sabe de eso; en parte alguna se registran las expresiones técnicas actuales: *animus rem sibi habendi*, *animus domini*, ni la una ni la otra se encuentra. El inventor mismo del *animus possidentis* se preocupa tan poco del lenguaje, que en la L. 1, § 3, *h. t.*, emplea la expresión: *affectio* TENENDI, para designar el *animus* del que quiere poseer para sí; y en el § 9 de la misma ley, la de *intellectus* POSSIDENDI, hablando de la capacidad de quien quiere poseer *para otro*.

En conclusión: silencio completo de los juristas romanos, a excepción de Paulo, sobre la necesidad de una voluntad de poseer particular para la posesión y otra para la tenencia, es de-

cir, sobre la idea fundamental, base de toda la distinción entre esas dos relaciones según la teoría subjetiva.

¿Será preciso insistir más para demostrar el peso de este argumento negativo? ¡Qué falta tan grave no hubieran cometido los maestros romanos si no hubieran dicho una palabra a sus discípulos de esta diferencia en la voluntad de poseer, que no podía, sin embargo, serles innatal ¡Qué imperdonable omisión respecto del Juez, que era, por lo general, extraño al derecho, si hubieran pretendido obligarle a aplicar una distinción que dejaba en la obscuridad más completa! ¿Dónde, pues, si no es en ellos, debía aprender la manera de concebir en abstracto, la diferencia en el *animus* y de reconocerle en concreto?

La doctrina guarda sobre la idea fundamental de la distinción entre la posesión y la tenencia un silencio absoluto; desempeña el papel de una esfinge que ofrece la voluntad de poseer como enigma. Y nadie hasta ahora, lo ha descifrado (XI y XII).

Y abordo ya la regla de derecho mencionada más arriba.

8. *Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest.*

He reservado el examen de esta regla para lo último, con el objeto de preparar adecuadamente al lector. Después de leídas las declaraciones precedentes, no puedo abrigar dudas sobre su significación. La idea que, según hemos demostrado, ha sido realizada de hecho por los juristas romanos, a saber, que no es la voluntad subjetiva, sino la regla de derecho, la que determina la naturaleza de la relación posesoria, ha sido expresada de una manera tan clara como incisiva, no sólo por los juristas de la época imperial, sino por los de la república, por los *veteres*.

La idea es la siguiente:

> *La voluntad subjetiva es impotente ante la regla objetiva de derecho.*

Me he impuesto como ley en este trabajo el no extenderme sobre los puntos que han sido ya suficientemente explicados por otros; de este modo dispongo de más espacio para expresar

mis propias opiniones. Por esto me limito aquí a lo indispensable para la comprensión exacta de esta regla.

Sabido es que Savigny (pág. 82) la ha referido a la antigua *usucapio pro herede lucrativa*. Tendría por objeto, según esto, impedir prescribir *pro herede*, a aquellos que ocupaban las cosas hereditarias de otro, sea como poseedores, sea como tenedores. Sólo después del descubrimiento de Gayo, al cual debemos la explicación de esta extraña institución del derecho romano, es cuando esta regla ha llegado a ser clara, «pero habiendo perdido en *gran parte* su significación previa después de Adriano, y *completamente* después de Justiniano».

He ahí una alegación muy grave. ¡Una regla cuya inteligencia debía haberse perdido enteramente para la época nueva, la cual tenía, en lugar del verdadero texto de Gayo, el extracto en dos libros, que no hacían mención alguna de la *usucapio pro herede* abolida! Una regla que había perdido toda significación para el derecho de Justiniano y que, sin embargo, era honrada por los compiladores, no sólo por una mención aislada, sino por una explicación detenida.

Si la regla se hubiera limitado, como Savigny quiere, a la *usucapio pro herede* y a la *usureceptio*, ambas abolidas, lo hecho por los compiladores sería inconcebible. Resulta de ahí que debía tener un valor más extenso y aplicarse aun en la época nueva. Sin duda, como Savigny admite, ha podido haber sido hecha en su origen tan sólo para las circunstancias que él indica, alcanzando más tarde mayor aplicación. Sin embargo, esta opinión no me parece verosímil. Si no se aplicaba más que en estas circunstancias, ¿por qué no se señalaba el elemento decisivo: *lucri faciendi causa* como se ha hecho para la *usucapio pro herede* y para la *usureceptio* con la adición de la palabra *lucrativa*? (Gayo, II, 56, 60). Sea de esto lo que fuere, es indiscutible que, aun en la época antigua, la regla ha tenido un alcance infinitamente mayor y que sólo por eso ha podido mantenerse hasta la época nueva.

En el sentido con el cual se ha mantenido vigente en el de-

recho nuevo y en el de Justiniano, significa que la voluntad no tiene fuerza ante la causa *possessionis*. ¿Qué es la *causa possessionis*? (1) No es sólo el *motivo jurídico* de la posesión (cuya importancia se revela en la transmisión de la propiedad), sino un modo de establecerse previsto por el derecho, de modo que aun el establecimiento *injusto* de la posesión, la *virtuosa possessio*, cae dentro de la regla.

El *vitium possessionis* obra sobre la relación posesoria de la misma manera que la *causa juris*; por ejemplo, el contrato de arriendo, de prenda. Le imprime un sello definitivo (2). Ahora bien: si la causa de establecimiento, tomada en ese sentido, determina definitivamente el carácter de la relación posesoria, puede entenderse también por *causa possessionis* esta calificación jurídica de la relación posesoria misma. Sabido es, por lo demás, que la palabra *causa* se encuentra en más de una ocasión en las fuentes con ese significado. En este sentido la regla quería decir: nadie puede, cambiando de voluntad, transformar una relación posesoria existente. Y en tanto que la eficacia de la causa descansa sobre una disposición jurídica, se puede también, como yo he hecho, sustituir la regla del derecho y formular el principio en estos términos: en materia posesoria, *la voluntad del poseedor no tiene fuerza frente a la regla objetiva del derecho*.

¿Se aplica esto a las relaciones *nacientes*, al igual que a las *existentes*? La palabra *mutare* inclina el ánimo a la negativa, porque para que una cosa pueda cambiar, es preciso que exista. Pero el nacimiento implica también ya la causa *possessionis*. La regla encuentra, pues, también aplicación con respecto a la regla posesoria naciente. Encuéntrase un ejemplo en la L. 13 *de don.* (39, 5), que muestra la ineficacia de la voluntad del repre-

(1) Sabido es que por *possessionis* es preciso entender, no sólo la posesión, sino también la tenencia. V. L. 2, § 1, *pro her.* (41, 5); L. 5, *Cód. h. t.* (7, 32).

(2) L. 40, § 2, *h. t.* Las *causae possessionum*, de Cic., *de leg. agr.* (3, 11), se refieren también a los *vitia possessionis*. Es un error que se debe corregir en *Pernice*, Labeo, II, p. 191.

sentante que quiere adquirir la posesión para sí mismo, cuando la *causa possessionis* implica la tenencia.

La regla se aplica, no sólo a la posesión jurídica y a la tenencia, sino también a la *usucapión*. Prohibe toda transformación en la relación posesoria comprendida bajo la regla (véase luego). Así, no sólo impide transformar la tenencia en posesión por un simple cambio de voluntad, sino que impide depurar los vicios originarios (*vitia possessionis*) de la posesión misma; por ejemplo, en la persona del heredero que no conociese el *vitium*. Tal es también la explicación de la decisión mencionada antes, relativa a la situación posesoria del colono. La relación posesoria conserva su carácter originario, hasta que interviene un suceso que, jurídicamente, sea capaz de transformarla. Tales son todos los hechos que, a falta de toda relación posesoria, tuvieran por consecuencia la adquisición de la posesión o el establecimiento de la tenencia. Su efecto debe ser el mismo. Son ya hechos de naturaleza jurídica: celebración de un contrato, adición de la herencia, legados ya hechos de naturaleza real, *dejectio* del poseedor de un fundo, sustracción de una cosa mueble.

La regla indicada, según el tenor de sus términos, no consagra sino la *impotencia* de la voluntad; pero es preciso añadir, para cubrir completamente la teoría de los juristas romanos, la *insignificancia* de la voluntad del poseedor en lo que concierne a los hechos jurídicos que se desconocen.

Me remito a los casos citados; vése en ellos la disposición del derecho realizarse, no *contra* la voluntad del poseedor, sino *sin* ella. Por medio de la regla *nemo causam possessionis*, etcétera, únicamente esos casos no hubieran podido ser juzgados por los juristas romanos según lo han sido. Esta regla, en efecto, no tenía aplicación alguna, porque no se trataba de vencer una voluntad resistente, sino de realizar un efecto jurídico sin la voluntad. Los juristas romanos no han formulado en parte alguna, en principio, ese punto de vista de la realización del derecho sin la voluntad: limitáronse a aplicarlo. En este sentido, pues, la regla de que se trata no formula por entero su teoría.

Creo poder terminar aquí la exposición de la teoría de los juristas romanos.

Después de mis explicaciones anteriores (V), no tendré necesidad de prevenirme contra la mala inteligencia que fácilmente pudiera surgir de la mención de la *causa possessionis* en la regla indicada, a saber, que así como la tenencia depende de la prueba de una *causa detentionis*, así la posesión debe depender de la prueba de una *causa possessionis*. Tal es la teoría de las causas en materia de posesión. Ya la hemos expuesto y refutado.

Según la teoría de los juristas romanos, hay siempre posesión mientras no haya una de las *causae detentionis* legales que la excluyen. Resulta esto evidentemente de que, cuando la *causa detentionis* supuesta no existe, o la verdadera causa cesa, la tenencia se convierte en posesión, según hemos visto. Si la posesión no formase la regla que impera siempre cuando el motivo de una excepción desaparece, ni, por el contrario, la posesión y la tenencia fuesen como dos miembros completamente independientes, el error sobre la simple *causa detentionis*, o su desaparición, no podría convertir la tenencia en posesión. Resultaría tan sólo que la causa supuesta no sería lo que se creía, pero la tenencia misma, no atacada, subsistiría.

La tenencia se refiere a la posesión, como la excepción a la regla, y la realización de la excepción tiene por condición una *causa detentionis* reconocida por el derecho. Si no existe, o si desaparece, la tenencia se hará jurídicamente imposible, surgiendo la posesión: he ahí nuestra fórmula:

$$a+c=x,\ a+c-n=y;\ \text{sin}-n\ \text{no hay}\ y.....$$

El resultado con que terminamos nuestra exposición de la teoría de los juristas romanos consiste en reconocer que la supuesta dualidad de la voluntad de poseer, a que la teoría subjetiva refiere la distinción entre la posesión y la tenencia, era completamente desconocida de los juristas romanos. La idea no se ha comprobado en ninguna de las relaciones en que hubiera

debido afirmar su derecho a la existencia. No es verdadera, ni *históricamente* (VII, VIII), ni procesalmente (IX), ni legislativamente (XIV), ni dogmáticamente: es una idea absolutamente falsa, que no debe su origen más que a un desgraciado ensayo constructivo de Paulo (XIII): el motivo real de la distinción romana entre la posesión y la tenencia es un motivo *práctico*: eso es lo que ahora vamos a probar.

XVI

Teleología de la relación posesoria derivada

La idea de la dualidad de la voluntad de poseer no se ha verificado, la persuasión que tiene la doctrina moderna de haber encontrado en el *animus possidentis* la clave de toda la teoría posesoria, resulta equivocada. El trabajo increíble por ella realizado, los esfuerzos desesperados y violentos, cumplidos, han sido vanos. Como ocurre muchas veces cuando se trata de abrir violentamente una puerta con el auxilio de una llave falsa, los partidarios de dicha teoría no han abierto la puerta: han forzado la cerradura.

En lugar de emplear la llave falsa del *animus*, voy a ensayar otra llave, que yo llamo el *fin;* la he encontrado muy buena en todos los problemas a los cuales la he aplicado, pudiendo afirmar que ella es la que por primera vez me ha dado una explicación de todo el ordén moral del mundo: de las costumbres, de la moral, del derecho. Quiero, pues, ensayarla nuevamente en el problema que nos ocupa.

El fin, esto es, las consideraciones y los motivos prácticos, son los que han hecho nacer en Roma la tenencia al lado de la posesión. Trátase sólo de probar este aserto. La cuestión del fin de la posesión, es decir, la de saber por qué los romanos han procurado a la posesión una protección jurídica, no es objeto de nuestro estudio; en mi obra sobre *El fundamento de la protección posesoria* (1), dejo expuesto lo que yo pienso acerca

(1) Trad. esp.—(N. DEL T.)

de este punto. Trátase aquí exclusivamente de la tenencia, supongo la posesión sabida.

Si yo hubiera dado a estas dos obras el título que representa su pensamiento íntimo y capital, hubiera podido llamar a la primera: *La cuestión del fin de la posesión*, y a ésta: *La cuestión del fin de la tenencia;* pero he preferido atenerme en este caso a la tradición, y así, en aquélla se habla del *fundamento de la protección posesoria*, y en ésta de *la voluntad en la posesión*.

Independientemente de la tenencia contractual, el derecho romano conocía también otras dos formas: la tenencia absoluta y la tenencia doméstica. Ya he probado para las dos que lo que ha hecho retirar su efecto ordinario a las condiciones legales completamente reunidas de la posesión, han sido consideraciones prácticas.

La posición jurídica del poseedor debía ser mantenida en caso de ocupación de su fundo durante su ausencia. De donde resultaba (supuesto que según el derecho romano, no era posible una *compossessio plurium in solidum*), que la relación posesoria del ocupante no podía designarse más que como tenencia, a pesar de la existencia incontestable del *corpus* y del *animus* en su persona.

La posición jurídica del jefe de familia era soberana e ilimitada frente a las personas sometidas a su potestad; de ahí la tenencia de estas últimas. Para esas dos relaciones, a las cuales se suma como tercera la de las *res extra commercium*, hemos sentado que existe un *obstáculo* contra la posesión (nuestra — *n*), que se atraviesa frente a las condiciones legales, $a + c$ de la posesión, habiendo aplicado entonces ya ese mismo punto de vista a la tenencia contractual.

El ensayo realizado por la teoría subjetiva, de deducir el motivo de la tenencia de la persona del tenedor, de su voluntad defectuosa, se ha frustrado (XIV). La dirección de la voluntad del tenedor nada tiene que ver con la cuestión (XIV). Sólo resta, pues, buscar el motivo de la tenencia en la persona del *dominus possessionis*, es decir, indicar para los casos de tenencia el mismo motivo práctico que en los otros dos se ha revelado

como decisivo: la consideración de la posición jurídica del dueño de la posesión.

El interés que tenía éste en conservar la posesión cuando confiaba provisionalmente la cosa a otro, era doble: primero, la *continuación de la usucapión*. Según el derecho romano antiguo, la usucapión se interrumpía cuando el usucapiente transmitía la posesión a otro. La idea de hacerla continuar, a pesar de la transmisión momentánea de la posesión, idea que el derecho moderno ha realizado en la prenda, no había aún nacido. Resultaba de ahí que era preciso conservar la posesión en la persona del usucapiente, en caso de entrega pasajera de la cosa; o en otros términos, que el *accipiens* no podía obtener más que la tenencia. Consecuencia de esto, el *sostenimiento intacto de su posición jurídica*, es decir, la facultad de defender su posesión por *su propia fuerza* y por los *medios posesorios*. Ya antes he mostrado que no tenía eso gran importancia para las cosas muebles, pero sí para las inmuebles; por ejemplo, para el arrendamiento.

Está en primer término la posición jurídica del señor o dueño de la posesión *(Besitzherr)* respecto del *tercero*. Si el colono y el inquilino hubieran obtenido la posesión—por supuesto, no una posesión revocable a voluntad, como el precarista, sino una posesión asegurada por el término del arriendo, según implicaba su derecho contractual—, hubieran podido, como todo poseedor a quien se concede la posesión temporalmente, como por ejemplo, al acreedor con prenda, transferirla a otras personas. El arrendador habría perdido de ese modo la protección posesoria, debiendo servirse de la *rei vindicatio*. Simples o meros tenedores el colono y el inquilino, no podían transmitir la posesión, por no estar ésta *vacua;* la posición posesoria del dueño de la posesión frente al tercero, quedaba así completamente asegurada.

Está luego la posición jurídica del poseedor respecto del *tenedor*. La tenencia implicaba la falta completa de todo derecho real en el colono o en el inquilino; esto procuraba al *dominus* una doble facultad: la de lanzar al colono malo o al inqui-

lino molesto, sin otra formalidad (1), y la de vender el fundo en todo tiempo. Si hubiera tenido la posesión, no hubiera podido aprovechar una ocasión de vender, sometido a la condición de una tradición inmediata o pronta; hubiera debido esperar que el arriendo expirase, esto es, a que la medida fuese ya demasiado tardía.

La explicación dada antes tenía por único objeto demostrar que se atribuía para el dueño de la posesión un interés importante en la tenencia. Dejo para más adelante (XIX) la cuestión relativa a saber si este interés no ha sido exagerado, y si no sería preferible adoptar otra manera de ver distinta de la adoptada por los romanos. No se trata aquí más que de poner de manifiesto el verdadero motivo práctico que en el fondo los guiaba (2).

El interés del dueño o señor de la posesión—Besitzherrn, dominus possessionis—implica un obstáculo a la protección jurídica del tenedor. Tal es, pues, el sentido de la tenencia. Ahora bien: la tenencia contractual no es más que la copia de la doméstica. Cuando el fin perseguido no implica esta situación de dependencia dada al que tiene la cosa, no puede verificarse la tenencia: es preciso la posesión. No se trata de ese híbrido tenedor a la vez de la posesión y de la tenencia, que nos ofrece el tenedor en precario; éste, aun protegido posesoriamente con-

---

(1) El aserto de que esta facultad tenía por condición, según el derecho romano nuevo, la falta de pago del arriendo durante dos años, es erróneo. La L. 54, § 1, loc. cit. (19, 2), que se invoca, contiene la prueba de lo contrario; habla de la aseguración del colono contra el ejercicio del derecho de *exmissio*, por medio de una pena convencional: la falta de pago del arriendo menciónase sólo en la cuestión de saber si se ha incurrido en la pena convencional. La L. 56, *ib.*, habla de un inventario público.

(2) El primero, y hasta Persiae (1873), Labeo, I, p. 467, el único que ha tenido el valor de reconocer que la concepción admitida por el censo romano, con la teoría reinante, tiene algo «de artificial, que se explica por las condiciones históricas y sociales de Roma», es Dernburg.—*Pfandrecht*, II, página 65, (1864). Se ha expresado más tarde con más exactitud, en la obra citada, p. 69, y en las *prenss. Privatrecht*, I, § 190.

tra los terceros, no se halla frente al señor de la posesión en mejor situación que el tenedor, pues que, como éste, puede ser expulsado arbitrariamente en todo tiempo. Es preciso, por el contrario, una posesión protegida jurídicamente de una manera completa: esto es, aunque sea frente a aquél. La explicación siguiente tiene por objeto probarlo en los casos en que el derecho romano ha dado *indiscutiblemente* (1) la posesión en relaciones de posesión derivada: tales son los casos del acreedor con prenda, del colono hereditario, del sustituto y del secuestro.

El acreedor con prenda.—Ya antes he demostrado cuán necesaria es la posesión para el objeto del derecho de prenda. La idea de que el derecho romano no había en rigor concedido más que la tenencia al acreedor con prenda, por faltarle el *animus rem sibi habendi*, o *domini*, y de que únicamente ciertas «razones históricas», que yo no he encontrado indicadas en parte alguna, han ocasionado la manera opuesta de ver del derecho romano; esta idea revela de una manera tan completa el desconocimiento de la importancia práctica de la posesión, que esta consecuencia en todo caso inevitable desde el punto de vista de la teoría subjetiva, debería bastar por sí sola para probar cómo tal punto de vista es por sí mismo imposible.

¡El acreedor con prenda, tenedor! Tanto valdría decir que el deudor puede arrancarle la cosa por sí en cualquier momento; y el acreedor que se defendiese... ¡sería castigado! Su protección dependería del petitorio y no del posesorio.

No hace falta que exponga mi opinión acerca del problema relativo a si la teoría del *animus* no puede rehabilitarse, a lo menos, para el acreedor hipotecario que ha obtenido la posesión de la cosa intentando la *actio hypothecaria*, es decir, si no es preciso concederle sólo la tenencia. Todo el derecho de prenda, *pignus* e *hypotheca*, sin la posesión de la cosa, no tiene consistencia; es la más grave *contradictio in adjecto* que puede imaginarse: ¡el acreedor con prenda protegido con el petitorio, y sin protección *posesoria*!

(1) Los casos dudosos se explicarán luego en el cap. XVII.

Los otros tres casos que he enumerado son especialmente instructivos, porque nos muestran la posesión concedida en relaciones que implican también la tenencia según las circunstancias. No cabe buscar una ocasión más favorable para penetrarse del verdadero estado de las cosas, que esta dualidad de aspectos de la relación posesoria, a pesar de la identidad perfecta de la situación contractual. El colono heriditario es colono—la acción contra él, para el pago del canon, es la *actio locati*—; el sustituto es mandatario—la acción contra él es la *actio depositi*—. Y sin embargo, el colono, el representante, el depositario ordinario, tienen la tenencia, mientras que esas personas tienen la posesión.

Hay, pues, identidad perfecta de relación obligatoria, y a pesar de eso, tenencia de un lado y posesión del otro.

¿Cómo explicar esto?

Los intereses prácticos divergentes van a darnos la respuesta.

El colono hereditario.—Esta relación, como es sabido, se presentaba bajo dos formas: una, romana: arrendamientos de fundos urbanos *(ager vectigalis)*; y otra, griega: abandono de un fundo para roturarle *(enfiteusis)*. Esta última forma, que probablemente existía desde tiempos atrás en las provincias del Imperio, no llega hasta el siglo III a conocimiento de los juristas romanos (1), no siendo objeto de la legislación hasta fines del siglo siguiente. Hasta Zenón (2), fin del siglo V, no existía indi-

(1) Gayo, que habría tenido ocasión de mencionarla al lado del *ager vectigalis* (III, 145), no la conocía: el único jurista romano que la menciona es Ulpiano, en la L. 3, § 4, de *reb. eor.* (27 9): en la L. 15, § 1, *qui satids.* (2, 8), de Macer, la adición *id est emphyteuticum*, después de las palabras *agrum vectigalem*, es una interpolación de los compiladores, proviniente de la asimilación de las dos formas por Justiniano; lo mismo que en el epígrafe del VI, 3: *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur.*

(2) L. 1, Cód. *de emph. j.* (4, 66). La opinión corriente, la cual he aceptado en otros tiempos, y según la que Zenón había decidido en pura teoría que el contrato enfitéutico forma el quinto contrato consensual, descansa en un error. Zenón ocúpase ahí exclusivamente del influjo del *casus*. Según los principios sobre la venta, se habría referido al enfiteuta,

cio alguno de que los campos privados se dieran también en enfiteusis. En todos los textos del Código Teodosiano que mencionan la enfiteusis (1) y en numerosos pasajes del libro XI del Código de Justiniano—tít. 59 (58), 62 (61), 72 (71)—, aparecía como limitada a los fundos del fisco, del Emperador (2), de las ciudades, de las iglesias; circunstancia que, como veremos, es de una importancia capital para la apreciación exacta del aspecto jurídico de la relación. La enfiteusis se acercaba tanto a la propiedad, que se comprende que los juristas hayan podido dudar si «*jus emphyteuticarium conductionis an alienationis titulis esset adjicendum*» (L. 1, cit.), y que en el uso corriente se llamase al enfiteuta *dominus;* lo que resulta de que este modo de señalar se encuentre muchas veces, aun en la legislación (3): los glosadores no han sido, pues, los primeros en aplicar aquí la noción de propiedad (*dominium utile*).

No me fijaré, por ahora, en la enfiteusis sobre los fundos privados; la llamaré, para abreviar, el arrendamiento hereditario *privado*, y llamaré *público* a la enfiteusis sobre el fundo del fisco, del emperador, de las ciudades, de la Iglesia, y la relación sobre el *ager vectigalis*. Históricamente, el arrendamiento hereditario se ha desenvuelto, como la *superficies*, primero para los fundos públicos, siendo esto decisivo para comprender el aspecto particular que lo distingue del arrendamiento ordinario.

---

según los del arrendamiento, al propietario (*remissio mercedis*, en las hipótesis sabidas); Zenón la pone, ya a cargo del uno (*ipsius*... REI *interitum*,... *ipsa rei laedatur* SUBSTANTIA), ya del otro (PARTICULARE *vel aliud* LEVE *damnum*). Zenón, al igual que Justiniano, presupone un contrato escrito (*scriptura interviniente*. L. 2, *ibid.*: *in emphyteutum instrumentis*. L. 3, *ibid emphyteuticum instrumentum*).

(1) Reunidos por I. Godofredo en su comentario sobre X, 2: *de locatione juris emphyteutici*, tomo 3.°, p. 427.

(2) Lo que aquí es significativo es el texto de Augustino, citado por Godofredo, que identifica la *possessio emphyteutica* con el *fundus imperatorum*.

(3) En el Código Teodosiano: L. 5, *de consit.* (13, 11); L. *un. comm. div.* (2, 2): en el Justiniano: L. 12, 4, 12, 14, *de fundo patrim.* (11, 62 (61): L. 1, 2, *de fundo rei pr.* (11, 66 (65); L. 4, 5, *de div. praed.* (11, 70 (69).

El interés de la *usucapión* desaparecía para los fundos públicos; no era preciso adquirir la propiedad; existía ya, y no se disputaba.

Por este motivo también precisamente, el descargo de la prueba que procura la *protección posesoria*, comparada con la *reivindicatio*, respecto de *terceros*, no tenía valor alguno para esos fundos; el demandante no podía tener la menor dificultad para probar su propiedad, cuando ésta fuese disputada, lo que no ha debido de ocurrir; era notoria.

Sólo queda, pues, el *derecho de expulsión* del arrendador. De las dos ocasiones que lo hacían importantísimo, la de la venta desaparecía por completo. Esos fundos no se vendían jamás, y quedaban siempre como propiedad del estado, del emperador, del común, de la Iglesia. En cuanto a la segunda, el *lanzamiento del colono malo*, es decir, del que destrozaba el fundo, tenía escasa importancia. Un colono temporal puede concebir la idea de agotar la tierra, o de omitir, al terminar su arriendo, las operaciones agrícolas necesarias, economizando los abonos, abandonando los árboles frutales, las viñas, etc., porque no va a seguir recogiendo los frutos; pero el hereditario no hace eso, porque sería él el primer perjudicado; su propio interés es la mejor garantía del buen cultivo.

Aun admitiendo que las dos relaciones sean, en el respecto de que se trata, iguales, el propietario, en el arrendamiento hereditario, sin la perspectiva de tener que volver a arrendar, puede no alarmarse ante el descuido del cultivo, mientras que en el temporal este descuido implica, para lo futuro, una disminución posible de la renta en el caso de llegar a celebrarse un nuevo arriendo. Lo mismo ocurre con la comparación del alquiler de casas con la superficie; el propietario no tiene interés alguno en que el superficiario mantenga la casa en buen estado, mientras sí lo tiene cuando se trata de un alquiler ordinario. Y por eso nuestras fuentes, que hacían responsable al colono ordinario de la *culpa levis*, nada dicen respecto de la enfiteusis y de la superficie: esas dos relaciones no se prestan a ello.

El aserto de que el propietario puede expulsar al enfiteuta

por deterioros del fundo, no está en mi concepto, fundado en el derecho romano. En los numerosos textos del Código Teodosiano y de Justiniano, que tratan de la enfiteusis y de las relaciones análogas (*fundi patrimoniales* y *res privatae* del Emperador), no se menciona el derecho de expulsión. Justiniano no lo ha introducido en la Novela 120, c. 8, sino para las enfiteusis de la Iglesia, donde tenía el mismo interés práctico que en el arriendo temporal, a causa de su duración temporal también (1). No ha dispuesto que pudiera ejercerse bajo forma de disposición privada, lo que tampoco vendría bien aquí, porque el enfiteuta es poseedor. La expulsión no puede verificarse sino por instancia judicial, en la cual se ha de probar el deterioro, mientras el colono ordinario, simple tenedor, podía ser expulsado privadamente aun bajo el derecho romano más reciente (2).

En conclusión: La situación independiente concedida al colono hereditario por la concesión de la posesión, no perjudicaba en nada el interés del propietario del fundo. De otro lado estaba exigida e impuesta de un modo apremiante por el interés del colono hereditario, tanto en la enfiteusis, como en el *ager vectigalis*.

---

(1) Novela 7, c. 3 pr. (*Reg.*: de por vida.—Excepción: transmisión a los hijos y nietos). El fin que Justiniano perseguía era el de hacer posible el aumento del *canon* por arrendamientos periódicamente renovados. En esta forma de la enfiteusis de Iglesia, la idea originaria de la institución estaba enteramente sacrificada, tanto respecto a la *duración*, (§ 2: *in sola emphyteusi* TEMPORALI), como al objeto (2, *ib.*: DOMIBUS *et suburbanis et* HORTIS *et agris*), y a la supresión del derecho de libre *enajenación*; correspondiente a todos los demás casos al enfiteuta (§ 3); la enfiteusis sólo tiene aquí la función de una forma jurídica reforzada del arrendamiento. Por eso precisamente exigía la protección contra los deterioros o destrozos, innecesarios, por completo, en la verdadera enfiteusis.

(2) De que, según la L. 12, *unde vi* (43, 16), la negativa del colono a entregar el fundo al comprador, no cae en la *dejectio* cuando se verifica *propter justam et probabilem causam*, no se sigue que el colono pueda reclamar la protección posesoria contra la expulsión violentamente verificada de parte del arrendador. Sólo cuando éste acude por sí al posesorio, es cuando el colono es oído en su excepción. (Arg., L, 10, C. *unde vi*, 4).

En la enfiteusis. ¿Quién se hubiera dedicado a roturar un fundo inculto, obra a veces de la vida entera, si no hubiera tenido la certidumbre de recoger el fruto de su trabajo y esfuerzos? El libre derecho de expulsión del propietario es incompatible con la enfiteusis.

En el ager vectigalis. Era preciso la misma certidumbre para el colono hereditario; éste no haría mejoras costosas en el fundo, no edificaría, no plantaría; era necesario ponerle en condiciones para ello, condiciones que no resultarían si el derecho no le concediese su *plena* protección. No basta, pues, la protección puramente *obligatoria* suficiente para el colono temporal, porque no le procura, según el derecho romano, el medio de impedir el hecho mismo de la expulsión y le obliga además a seguir el camino difícil, incierto e imperfecto de la acción de daños y perjuicios. Requiere, en suma, la protección del *derecho real*, que hace imposible la expulsión. No es necesario decir que a este fin la protección del petitorio no basta, siendo precisa también la del posesorio. La posesión real o jurídica constituía el postulado inevitable de la seguridad del colono hereditario. El derecho romano se decidió por la protección real.

Esta independencia del derecho real del colono hereditario, aun cuando exigida en primer término por el interés del colono, ofrecía de otro lado al propietario un beneficio no despreciable, en verdad. Liberando al colono hereditario y dándole la posibilidad de intentar por sí mismo todas las acciones necesarias en la protección: la *reivindicatio utilis*, la *actio negatoria*, *confessoria*, el *interdictum uti possidetis*, *unde vi*, etc., ahorraba al propietario el trabajo y el tiempo exigidos para hacerlo él, según ocurre con el colono temporal. En la relación del arrendamiento hereditario público, tenía eso precisamente una importancia especial, evitábase de ese modo grandes trabajos a los administradores fiscales, imperiales, comunales y eclesiásticos.

Y paso al *arrendamiento hereditario privado.* Por lo expuesto, sabemos que la enfiteusis fué transportada a él por entero; la cuestión de posesión estaba ya decidida para ella aun an-

tes de que surgiera. Justiniano ha realzado no poco el valor práctico de la institución bajo esta forma de aplicación, sobre todo, añadiéndole ciertas condiciones por las cuales el propietario trataba de asegurarse contra el cambio frecuente de la persona del colono hereditario, y contra el peligro de tener un colono que no le conviniera. Prohibíase en absoluto la enajenación a ciertas personas que no se nombraban (1), y con relación a *las demás*, el propietario se reservaba el derecho de consentir en cada caso, señalando al efecto un derecho de aprobación, que a veces era muy elevado (2). Justiniano, como es sabido, ha reducido esta prima al 2 por 100 *(quinquagesima pars pretii)*, concediendo el derecho de retracto al propietario. La reunión de las dos facultades, que dejaba a su elección, era un medio muy hábil de oponerse a la mala fe del colono hereditario, con relación al precio que podía suponer estipulado. Si indicaba un precio muy bajo, para disminuir el derecho de aprobación, el propietario elegiría el retracto: si se ponía un precio demasiado elevado, se elevaba el derecho indicado; en ambos casos, si el colono hereditario mentía, lo hacía en su propio perjuicio (3).

El último paso en el desenvolvimiento de la institución se ha dado en Alemania, por la combinación del pago de un tanto por el colono hereditario (precio de venta) con el canon (4). Supuesto el valor del fundo en 3.000 pesetas, y la tasa de eva-

---

(1) L. 3, Cód. *jure emp.* (4, 66): ... *Vendere his tamen personis, quae non* SOLENT *in emphyteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venditionem venire.* Justiniano cita como ejemplo de personas no aceptables: *personas non idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem.*

(2) L. 3, cit.: *ne avaritia senti domini magnan molem pecuniarum propter hoc efflagitent*, QUOD USQUE AD PRAESET TEMPUS PERPETRARI COGNOVIMUS.

(3) Me limito a reproducir lo dicho en mi *Esp. del D. R.*, IV, p. 261, nota 4.

(4) No he encontrado indicación alguna en las fuentes romanas. El arrendamiento hereditario tiene o presenta un aspecto análogo, por ejemplo, en las *vehne* de las costas del Norte. El precio de venta denomínase en esta institución *Erbstandsgeld*.

luación del canon en 3 por 100, no hay diferencia numérica, si el canon se elevase a 90 ó 60 pesetas con un tanto por mil. Mas para el propietario, este último modo es infinitamente más favorable: le asegura contra el peligro de que el colono hereditario deje el fundo sin cultivo a causa de dificultades no previstas al hacer la roturación, o a causa de la mala calidad del suelo, advertida ya demasiado tarde (1): el dinero por él colocado en ese fundo lo ata a él. Bajo esta forma, el arrendamiento hereditario es una de las producciones más bien combinadas que el derecho puede presentar.

Hemos mostrado antes que la falta de posesión en la persona del propietario del fundo no tenía importancia en el arrendamiento hereditario público. No es lo mismo en la enfiteusis privada. La usucapión tiene aquí el mismo valor que en todos los demás casos. ¿Continúa aquélla contándose cuando el propietario del fundo transfiere la posesión al colono hereditario? Las fuentes no deciden: en el sentido del derecho nuevo, se debe, en mi concepto, responder afirmativamente. Si la usucapión continúa en la persona del deudor, aun cuando la posesión esté en el acreedor, debe continuar también en la persona del propietario del fundo. Puede decirse del uno, empleando el mismo lenguaje de los juristas romanos: *ad usucapionem tantum possidet*; y del otro: *quod ad reliquas omnes causas pertinet qui accepit, possidet* (L. 16, *de usurp.*, 41, 3). La protección posesoria se niega por lo mismo al dueño de la posesión. Admitiendo que el fundo pase a manos de un poseedor no autorizado, se vería así constreñido a la *reivindicatio*, debiendo ofrecer la prueba de su derecho de propiedad.

En realidad, esta laguna en su posición jurídica, no tiene una importancia particular. Si el fundo pasa por herencia a un

(1) Hablo en esto por experiencia propia: con relación precisamente a la relación indicada en la nota anterior. En el suelo aquel puede a veces tropezarse con raíces de árboles tan enormes, tan extraordinariamente duras, que su extracción cueste grandes esfuerzos y penosas operaciones. Si el colono no tuviera y no conservara su dinero en el suelo, abandonaría de seguro el lugar.

nuevo poseedor, éste sucede en la obligación de su autor. Si pasa en virtud de un contrato, como el colono hereditario no puede enajenar sin el consentimiento del propietario del fundo, siempre le será fácil a éste hacer un nuevo contrato que deje a salvo todos sus intereses. Sólo queda, pues, el caso en que el fundo pase a manos de un poseedor no autorizado, y entonces el colono hereditario, o, en caso de sucesión, sus herederos, cuidarán de que el fundo vuelva a sus manos: tienen en ello un interés infinitamente mayor que el propietario.

Las explicaciones que preceden tenían por objeto mostrar la complicación particular de los fines del arrendamiento hereditario, poniendo así al lector en condiciones de juzgar si el derecho romano ha hecho bien al darle la posesión al colono hereditario. Hubiera dado vida a una institución absolutamente no viable (1), si hubiera debido dejarse guiar por la teoría subjetiva, que considera la relación desde el punto de vista formalista solo (2): el arrendamiento hereditario es un arriendo, y como el colono no tiene el *animus domini*, no puede tener, debiendo afirmarse lo mismo del colono hereditario.

Resulta de la comparación hecha entre las dos relaciones, que: *lo que ha determinado a los romanos a conceder la tenencia al colono temporal y la posesión al colono hereditario, han sido motivos prácticos.*

La segunda relación donde se presenta ese mismo fenómeno de que, según la diferencia de la relación, hay, ya posesión, ya tenencia, es la *representación*: el representante directo obtiene la tenencia; el sustituto la posesión. Ya hemos hecho antes

(1) Savigny, (p. 118): «Según todo lo dicho sobre la naturaleza de la posesión, no se debería admitir aquí, ni en el derecho de superficie, verdadera posesión».

(2) Savigny, (p. 202), no conocía, para explicar la posesión sobre el *ager vectigalis*, otra razón que la consideración histórica, muy problemática, de la analogía del *ager publicus*

«Esta explicación se armoniza, sin duda, con la referencia a las formas antiguas, que es indeclinable en el antiguo derecho.» La posesión hubiera debido pasar luego, del propio modo, del *ager vectigalis* a la enfiteusis.

la advertencia de que la segunda forma de la representación, que era la forma originaria, se ha mantenido luego de creada la primera. El motivo no puede haber sido sino un motivo práctico, porque sin él hubiera debido, por ser la menos perfecta, ceder ante una forma más perfecta. Ahora bien: se ha conservado no sólo en la persona del mandante, sino también en la del tutor. Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, no puede eso comprenderse; en ambos casos, el intermediario tiene la intención de obrar para el dueño: *procurator (curator, tutor) alienae possessioni praestat ministerium* (L. 18 pr., *h. t.*). En ambos casos, hay la misma relación de obligación, la misma acción *(actio mandati, tutelae directa, utilis)*. Y sin embargo, vemos la posesión de un lado y la tenencia del otro: ¿por qué? Si según todo lo probado en este escrito, la cuestión de la posesión es una *cuestión de interés*, la distinta naturaleza de este interés es quien deberá darnos la solución racional en cada caso.

Para el representante, no está en juego el menor interés propio en el acto de la aprehensión de la posesión. No responde para con el tercero de quien obtiene la cosa; la responsabilidad, si es que hay alguna, en el acto en virtud del cual se ha hecho la tradición, recae exclusivamente sobre el dueño. No pasa lo mismo con el sustituto. El es quien ha celebrado el acto, del cual la tradición no es más que ejecución; v. gr., en el contrato de venta; y de este acto nacen para él derechos y obligaciones. Admitiendo ahora que el derecho nuevo, separándose del antiguo, que le concedía la posesión y la propiedad, hubiera querido hacer pasar una y otra inmediatamente al dueño en el asunto, hubiera sido inexplicable dejarle sin protección. El dueño podría arrebatarle la cosa por sí, como al representante, dejándole abandonado a sus fuerzas para tratar de obtener el precio que tiene pagado o que tuviere que pagar al vendedor. En caso de quiebra de éste, se hubiera visto reducido a la simple *actio mandati contraria*, sin recibir en todo caso toda la suma. La tenencia para el sustituto, significaría en las relaciones, lo mismo que la tenencia para el colono hereditario: ningún hombre sensato querría comprometerse de ese modo. La seguridad de la

posición jurídica era para ambas relaciones el postulado indispensable de su utilidad práctica. Tal es precisamente el motivo por el cual el sustituto obtiene la posesión y la propiedad; la misma cosa debe servir para garantirlo y cubrirle de sus gastos o de las obligaciones contraídas (1).

Ese punto de vista es tan sensible y evidente, que apenas se comprende cómo ha podido pasar inadvertido. Por mi parte, lo he expresado en breves palabras, con ocasión de la cuestión de la cesión que se menciona en la nota; pero entre los autores, no lo he encontrado aún más que en Dernburg (*Pandekten.*, I. p. 409, 410). Mas no ha sabido separarse por entero de la opinión común, porque deja a «la intención del representante» decidir cuál de las dos maneras ha de aplicarse. Y el mismo no oculta que el representante «no hará fácilmente una declaración expresa a este propósito, y hasta que no podrá darse clara cuenta de ello».

En mi concepto, no se trata aquí, en la cuestión de posesión o de tenencia, del conocimiento y de la voluntad subjetiva; trátase en rigor únicamente de la aplicación de una regla de derecho, la cual, por buenos motivos, ha referido al uno la posesión y al otro la tenencia. No ha lugar a investigar si el representante (ni tampoco el colono, ni el enfiteuta) ha querido la posesión o la tenencia, debiendo reconocerse que nuestra manera de ver es la más práctica, porque dispensa al juez de investigar la existencia de la voluntad individual de poseer.

La tercera relación, que nos permite reconocer el influjo del elemento fin sobre la posesión, es el *secuestro*. El depositario no

(1) Resuelve esto también la cuestión relativa si el dueño puede, sin cesión de parte del sustituto, intentar como *utilis* la acción de éste contra tercero. Muchos autores dicen que sí, por ejemplo, Savigny y Puchta, que desconociendo aquí también la importancia eminentemente práctica de la cuestión, atienden sólo al punto de vista formalista. Savigny designa la cuestión, como un «rodeo inútil».

Ya he dicho mi opinión acerca de esto en mi *Jahrbuch*, I, p. 347 (1857), donde he señalado el interés práctico de la cesión, y más tarde en mi consulta *Uber den Lucca-Pistoja Actienstreit* (1867), reimpreso en mis *Vermischte Schriften*, p. 358.

obtiene más que la tenencia. Como en el secuestro, el que lo realiza es un depositario secuestro, tampoco debería obtener sino la tenencia.

Démonos cuenta de las consecuencias que resultarían. En esta hipótesis, un depositario deberá restituir la cosa ante la orden de la parte litigante que antes tuviera la posesión: en caso de negativa, esta parte podría emplear la violencia contra él, como cualquier dueño. Es evidente que así quedaría ineficaz en absoluto para su fin el secuestro. El depositario en el secuestro debe ser independiente respecto de las partes litigantes; es su condición esencial, como lo es la del acreedor, que tiene la prenda, respecto del deudor. Radica en ello la seguridad de las relaciones y de los tercercs. Suponiendo que en este caso la cosa fuese a manos de tercero, ¿quién debería intentar el *interdicto utrubi*? ¿El poseedor anterior? Si así fuese, el secuestro resultaría ilusorio; el interdicto debe, sin duda, corresponder al depositario en el secuestro.

La relación posesoria del secuestro forma, como es sabido, el objeto de muy viva controversia. No puedo detenerme aquí más en esto, y me limito a indicar brevemente cómo comprendo los dos textos que se mencionan: L. 17, § 1, Dep. (16, 3), y L. 39, *h. t.* El primero concede la posesión en el secuestro en términos categóricos; la cosa no puede ofrecer la menor duda: *Rei depositae proprietas*, dice, *apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est.* La transmisión de la posesión se hace sin restricción alguna; el jurista no menciona ninguna. Se ha querido encontrar en el segundo texto, donde se distinguen los dos fines posibles del secuestro, uno de los cuales se califica de *omittendae possessionis causa*, y el otro de *custodiae causa.* Si aquí se entiende por *possessio* la posesión jurídica, claro es que se deniega para el caso de la *dispositio custodiae causa.* Pero sabido es que la palabra *possessio* se aplicaba también por los romanos a la usucapión. La L. 16, *de usurp.* (41, 3), dice del deudor propietario de la prenda; *ad usucapionem* POSSIDET, siendo ese el mismo sentido en que nuestro texto considera aquí la *posesión*, exclusivamente en su relación

con la usucapión. Resulta esto de la conclusión atribuída a la distinción indicada: AD USUCAPIONEM *possessio ejus partibus non procederet...* AD USUCAPIONEM *eam possessionem victore procedere.* El jurista admite aquí la posesión del depositario en el secuestro aun en el caso de la *custodiae causa;* así nos lo enseñan las palabras EAM *possessionem*, por medio de las cuales habla de la *possessio ejus*, que incontestablemente debe referirse a la posesión.

La idea de que el depositario en el secuestro, fuera del caso de interrupción voluntaria de la usucapión, obtiene sólo la tenencia, no parece tener su causa última en la opinión preconcebida de que el depositario, según su naturaleza, no pueda dar más que la tenencia. Ya hemos visto, a propósito del arrendamiento y del mandato, lo que vale esta conclusión sacada de la naturaleza de una relación contractual para la relación posesoria. Si no oponía obstáculo alguno a la posesión del colono hereditario y del sustituto, tampoco la opone para el depositario del secuestro. Quien no quiera reconocerle más que la tenencia, debe explicar cómo se concilia eso con el fin del secuestro.

No recuerdo haber encontrado ese punto de vista teleológico decisivo en esta controversia; la teoría subjetiva en este caso tampoco ha salido de la consideración puramente formalista según la que la voluntad de tener la cosa para otro es la que hace que la balanza se incline.

Cuanto precede nos lleva a afirmar que lo que ha impulsado a los romanos a admitir la posesión en las relaciones examinadas, han sido los motivos prácticos; la teoría subjetiva, a pesar de todo, no admitía en dichas relaciones más que la tenencia. El fin práctico que persigue el interesado no podía alcanzarse sino gracias a la independencia dada por la posesión. En toda relación de posesión privada, una idea tan sólo es decisiva para saber si hay posesión o tenencia: el fin práctico. Tenía, pues, yo razón al denominar el problema que nos proponíamos en este capítulo con el epígrafe: *la teleología de la relación de posesión derivada.*

XVII

Relaciones posesorias problemáticas

Hay algunas relaciones posesorias respecto de las cuales las decisiones de nuestras fuentes dejan dudosa la cuestión de saber si implican la posesión o la tenencia, y en qué condiciones puede admitirse una u otra. Tales son las relaciones posesorias del *superficiario*, del *precarista* y del *negotiorum gestor*, así como la del *inventor de buena fe*. Examinémoslas.

1.—Relación posesoria en las «superficies»

Como es sabido, la cuestión de si el superficiario tiene la posesión jurídica o real de la cosa, es discutida. Está fuera de duda que estaba protegido por el petitorio y por el posesorio: el pretor había establecido para él un interdicto particular (L. 1, *de sup.*, 43, 18), en el cual la expresión *possidere* se evitaba de intento, reemplazándola por *frui (uti... fruimini)*. La cuestión de si es poseedor real o jurídico, no ofrece más que un interés teórico.

En mi concepto, todo depende de las circunstancias de hecho, que pueden variar.

En el caso previsto en la L. 3, § 7, *uti poss.* (43, 17): *si supra* AEDES *quas* POSSIDEO CŒNACULUM *sit, in quo alius* QUASI DOMINUS (es decir, como superficiario) *moratur*, no puede atribuirse una posesión real al superficiario, porque los juristas romanos no reconocían como posible en derecho la división horizontal de

la propiedad, y por consiguiente, la de la posesión de un edificio. Sólo quedaba, pues, para el superficiario la posesión jurídica. Puede aplicársele las palabras de que se sirve Papiniano en la L. 27, *de don.* (39, 5), hablando de la concesión de por vida del derecho de permanecer en un *coenaculum*: QUASI LOCO POSSESSORIS *constitutus, qui usum coenaculi accepit.* El jurista niega también en ese caso, al superficiario, el *interdictum uti possidetis*, reduciéndole al *de superficiebus*, que, como él dice, le pone en completa seguridad frente al propietario que intentare el *uti possidetis*. El jurista cita también a título de ejemplo de esta superficie parcial las moradas subterráneas (χρύπται).

Nuestra vida actual ofrece también otra porción de formas semejantes: por ejemplo, las cuevas abiertas en la roca y los comercios o tiendas puestos en los soportales de las iglesias u otros edificios.

Pero las *superficies* pueden también presentarse como *total*, esto es, de suerte que todo el edificio, y con él el suelo, sean tenidos exclusivamente por el superficiario (1). También aquí habría bastado la posesión jurídica para asegurar la posición del superficiario, no habiendo motivo práctico para darle la real. Sin embargo, podría creerse que los romanos se han decidido en este caso por esta última. El argumento que varios autores sacan de la L. 1, § 5, *de vi* (43, 16), en la cual se concede al superficiario el *interdictum unde vi*, no es concluyente, porque se concede éste al usufructuario y hasta al usuario. (L. 3. § 13-16, id.), los cuales no tienen más que la posesión jurídica. Doy, en cambio, valor a la concordancia que existe entre esta relación y la del *ager vectigalis* y de la enfiteusis.

Tenemos aquí el mismo aspecto exterior de la relación con la cosa: poder de hecho exclusivo; y la misma situación jurídica: protección jurídica completa y libre derecho de enajena-

(1) Las fuentes sírvense aquí de *superficiaria insula* (L. 9, § 4; L. 39, § 2, *Damnis*, 39, 2). *Superficiarium* PRAEDIUM (L. 16, § 2, *de pign.*, 13, 7). SUPERFICIEM *imponere* (L. 18, § 4, *Damni inf.*)

ción. No había el menor motivo, para los juristas romanos, de organizar la relación posesoria en la *superficies* de un modo distinto que en el *ager vectigalis*. Admitiendo que en la época en que han debido decidirse, la superficie parcial fuese aún desconocida, cosa eminentemente verosímil, no tenían el menor motivo para inventar respecto de la superficie la noción de la posesión jurídica, o si estaba ya establecida para las servidumbres personales, ampliarla. Si no encuentran nada de particular en admitir la posesión real para el *ager vectigalis*, ¿por qué no la habrían de admitir también para la *superficies*? La posesión jurídica no se hace necesaria sino cuando surge en la *superficies* parcial, una forma nueva a la cual no podría aplicarse la real.

¿Cuál es de esas dos formas la que tiene en su favor la probabilidad de la prioridad histórica? La *superficies* es cosa artificial. El que quiere edificar una casa, compra el terreno: alquilar un terreno para edificar en él es una operación tan poco ordinaria, que es preciso investigar el motivo por el cual se ha llegado a ella. Ese motivo se ha visto, y con razón, en mi concepto, en la edificación sobre el suelo público. Sabemos que en Roma habría comercios sobre el suelo público (*Tabernae publicae* L. 32, *de cont. emt.* 18, 1, hasta sobre el *Forum*; v. gr., despachos para el cambio). La idea de arrendar el suelo era aquí inevitable. El Estado, por motivos que no es preciso explicar, se reservaba la propiedad del suelo; éste no se vendía, se arrendaba. Fuera de la nueva obligación de pagar el SALARIUM, era imposible admitir en este caso las consecuencias de un arrendamiento ordinario. La situación era exactamente la misma que acabamos de ver en el arrendamiento hereditario. El arrendatario del fundo del Estado debía tener las mismas garantías que el colono hereditario; de otra suerte no se edificaría. Era preciso concederle, como al colono, un derecho que no pueda serle arrebatado, teniendo a su disposición el petitorio y el posesorio; en suma, un *jus in re*, transmisible. De este modo se hacía independiente sin necesidad de intentar el Estado acciones por él.

Todo esto, como se ve, respondía al interés de *ambas* partes, como en el arrendamiento hereditario.

El origen público de la superficie nos proporciona así una explicación muy clara del carácter particular de esta institución, que de otro modo no comprenderíamos en manera alguna. Más tarde la *superficies* fué transportada por entero a las tierras privadas, del propio modo que la enfiteusis. El paralelismo de las dos instituciones revélase, no sólo en su origen, sino también en su desenvolvimiento ulterior; sólo después de haberse habituado a la superficie en ese aspecto originario, esto es, como superficie total, se aplicó a la superficie parcial. Como por los motivos indicados antes no podía aplicarse el *interdictum uti possidetis*, fué preciso crear un interdicto posesorio particular: este interdicto fué el interdicto de *superficiebus*, con la palabra *frui* en lugar de *possidere*.

La jurisprudencia considera la relación posesoria como una *juris possessio*, con igual razón que el *usus fructus* de la mujer casada.

Para la teleología de la posesión derivada, la antítesis del arrendatario hereditario y del arrendatario temporal es tan instructiva, como las del colono hereditario y temporal y del sustituto y del representante; el influjo determinante que el fin de las partes ejerce aquí, no puede manifestarse de un modo más claro que cuando en una misma relación obligatoria hay, ya posesión, ya tenencia, según las circunstancias diferentes del mismo caso.

2.—El precarista

La posesión del precarista es uno de los fenómenos que estimamos más sorprendentes de la teoría romana sobre la posesión. Los juristas romanos colocan su relación con la cosa en la misma línea que la del comodatario *(simile commodato:* L. 1, § 3, *de prec.*, 43, 26). Esto es ya demasiado, porque el comodato convenido por un tiempo determinado es jurídicamente obli-

gatorio (L. 17, § 3, *comm.*, 13, 6), mientras que el precario concedido por un tiempo determinado no es obligatorio (L. 12, pr., *de prec.*). El comodato es una convención jurídica (*geritur negotium invicem:* L. 17, § 3, cit.); el precario, no (*magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat:* L. 14, *de prec.*). Y sin embargo, el comodatario no obtiene más que la tenencia, mientras que el precarista obtiene la posesión.

El contraste con el colono es aún más fuerte. El colono da dinero para usar de la cosa; el precarista lo obtiene por nada. Si se le dijese a alguno que no sabe nada de su relación posesoria: uno de ellos tiene la posesión, el otro la tenencia, ¿quién no supondría que el colono es poseedor y el precarista tenedor?

La posesión del precarista, es de todos modos inconciliable con la teoría del *animus domini*, porque el precarista no quiere ejercer su propiedad, sino el derecho de otro, y hasta no lo hace en virtud de un derechocontractual que le sea propio, sino en virtud de una complacencia, revocable siempre.

Savigny tampoco se encuentra muy apurado en este caso por encontrar el motivo: «El motivo (pág. 302), dice, por el cual la traslación de la posesión es aquí la regla, está en que esta traslación no causa ningún perjuicio al propietario (*rogatus*): su usucapión continúa, en efecto, por la *accessio possessionis*, y tiene un interdicto especial, *recuperandae possessionis*, para recobrar la posesión enajenada». Pero si eso es así, ¿por qué los romanos no han tratado de igual modo el arrendamiento, el comodato, etc? Ese motivo no explica en modo alguno la situación particular del precarista.

Para acabar de hacer la cosa incomprensible, el derecho romano reconocía al lado de la posesión, como forma regular de la relación posesoria en el precario (1), la posibilidad de no atribuirle más que la simple tenencia (2): ¿por qué? Porque es

---

(1) La impresión que en este punto dejan las fuentes no es dudosa, véase, por ejemplo, la L. 4, §1, *de prec.* (43, 26). Paulo. *S. R. V.* 6, § 11-12, siendo también esta opinión más extendida. Savigny, p. 302.

(2) L. 6, § 2, ídem; L. 10, § 1, *h. t.*; L. 11, § 12, *quod vi* (43, 24).

de interés para el cedente conservar la posesión. Pero entonces, ¿cómo ha llegado el derecho a establecer la transmisión de la posesión al precarista como regla, es decir, como respondiendo al fin de la relación y a la intención presunta de las partes?

A este enigma que nos presenta la relación posesoria se añaden otros todavía. Es un principio universalmente conocido en derecho romano, que quien tiene un interés en un contrato responde de la *culpa levis*. Ahora bien: el precario, según la teoría de los juristas romanos, está constituído en interés exclusivo del precarista, y sin embargo, éste no responde más que del dolo y de la culpa lata. En todos los demás casos, la obligación de restituir una cosa dada provisionalmente, está sancionada por medio de un *actio in personam*; aquí lo está por medio de un interdicto: ¿por qué? Además ese interdicto ha sido introducido para las cosas inmuebles (1), aplicándose sólo más tarde a las muebles: ¿no es esto extraño? ¿Es que los romanos han empezado por abandonar las cosas inmuebles en uso gratuíto antes que las muebles?

Sabido es, sin embargo, que las concesiones gratuítas no respondían en general a sus gustos, por lo que parece inconcebible que hubieran sido tan frecuentes para los inmuebles, que el pretor llegara a verse forzado a establecer para ellas un interdicto particular.

La impresión que causan todos estos enigmas impone la necesidad de buscar una aplicación. Savigny ha creído encontrarla en el origen histórico de la institución, admitido por Nieburg, a saber, en la concesión hecha por el patrono a sus clientes de la explotación de parte del *ager publicus* que tenía en su posesión (2). En su concepto, «eso descifra todos aquellos enig-

(1) Resulta eso del lugar que ocupa en el edicto, entre los interdictos relativos a los inmuebles, y a los cuales no se unieron sino después los relativos a los muebles. Es un orden este conservado por los *Pandectas* (D. 43, 16, 28 y 29, 33). Véase también la L. 4, § *de prec.: In rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit*, e Isidoro, *Orig.* V, 25 ... FUNDI.

(2) T. Mommsen, que antes admitía la opinión de Nieburg (*Röm. Forschungen*, t. 1.°, p. 380, y *Röm. Geschichte*, t. 1.°, 4.ª edic., p. 194), ha

mas» (pág. 464). Tal es también la opinión más admitida, y por mi parte no recuerdo que se haya ensayado por nadie la refutación de la tentativa de explicación dada por Savigny.

Lo que sigue demostrará que tal explicación es insostenible.

Parto yo también de la idea de que el precario ha sido originariamente la forma de la concesión de las tierras por el patrono al cliente (1). Pero esta relación no era de naturaleza *jurídica*, según quiere y sostiene Savigny. Como la relación personal del patrono con el cliente, hallábase bajo la protección de los *usos*.

El cliente no podía personarse en justicia; el patrono lo hacía por él: no cabía, pues, una acción del patrono contra el cliente.

La idea de Savigny, de que el interdicto *de precario* había sido hecho para ese caso, olvida tres cosas. Primeramente, ese interdicto era *jurídicamente imposible* en la relación que existía entre esas personas. Además, aunque hubiera sido posible, era *prácticamente inútil*. El caso de un «cliente recalcitrante» (Savigny, pág. 464), no era de prever, como no lo era tampoco la rebelión de un esclavo o de un hijo de familia; el patrono estaba siempre en situación de vencer la resistencia. Por último, el interdicto *de precario* no puede remontarse hasta la época antigua, porque la actividad creadora del pretor no comienza sino con la introducción del procedimiento formulario (2).

La relación del patrono con el cliente no era distinta de la del *paterfamilias* con sus hijos, y en el pasaje donde lo mencio-

---

creído recientemente encontrar un segundo caso de precario en las relaciones de los poseedores del *ager publicus*. En mi concepto, esto es un error. El *ager publicus* se daba en arriendo público por los censores; ahora bien: el arrendamiento y el precario se excluyen. L. 10, § 1, *h. t.*

(1) He procurado sentar esta opinión, refiriéndola a la relación personal existente entre el patrono y el cliente. Véanse las explicaciones que he dado en mi *Esp. del D. R.*, I, págs. 236 y sigs.

(2) Véase mi obra citada, II, p. 98; III, p. 649.

na (*Patres*), Festo la cita al lado de este último con respecto a la concesión de tierras (1); el precario encontrábase jurídicamente al lado del *peculium*.

Síguese de esto que la relación no podía ser sino de tenencia, no la posesión. Con esto sólo queda demostrada la realidad práctica para la época más antigua de la *in possessione esse* del precarista; también aquí se ha verificado nuestro punto de vista, según el cual la tenencia tenía su base, no en la determinación de la voluntad del tenedor, sino en una circunstancia completamente independiente de su voluntad; es decir, en un *obstáculo a la posesión* (nuestro—*n*): este obstáculo era en este caso el mismo que para el hijo de familia: la relación de dependencia personal.

A su tiempo he tratado de sentar la opinión de que el aspecto originario de la tenencia ha consistido en la coposesión real *al lado* del señor de la posesión. He querido descubrir la extensión gramatical de esta idea en las palabras *in possessione esse*. Esta relación era también exacta para el cliente (*Cliens*, de κλύειν, pertenecer). Vivía a la manera de los vasallos o siervos sometidos a la gleba de la Edad Media, en la tierra del señor que les cedía una parte (2) para explotarla. El cliente llevaba a pastar su ganado (*peculium*, de *pecus*) a los pastos del patrono (3). Los servicios que se le imponían constituían el equivalente del beneficio que se le concedía. Según Niebuhrg, a quien todos los autores han seguido, el patrono le había concedido tan sólo una parte del *ager publicus* que tenía en su posesión. No ha presentado ninguna prueba de esto, ni se ve ninguna.

De lo que precede resulta que la opinión de Savigny sobre la organización del precario en la época primitiva es insostenible.

Lo que piensa acerca del desenvolvimiento ulterior del pre-

(1) *Agrorum partes* (*tenioribus adtribuebant*) *perinde ac* LIBERIS.
(2) V. el texto citado de Fest.; PARTES *agrorum*.
(3) V. las pruebas en mi *Ob. cit.*, p. 242, nota 1.ª.

cario, no es menos erróneo. «Sin embargo, dice (p. 465), el *precarium*, inútil al fin, hubiera quiza desaparecido por completo si *accidentalmente* no hubiera alcanzado importancia desde el punto de vista de otra relación jurídica (refiérese al *mancipatio fiduciaria*. En el derecho de Justiniano, este género de aplicación ha desaparecido también».

Debo hacer a tal propósito las observaciones siguientes: en primer lugar, en la época clásica la utilidad práctica del *precarium* no se restringía la cosa que Savigny dice; había otra porción de casos de aplicación, sobre todo en materia de prenda, haciéndose de él un uso cuotidiano (1). Además, el aserto de que el precario hubiera acaso desaparecido de no haber encontrado accidentalmente una prolongación vital en la relación jurídica indicada, trastorna por completo la sucesión histórica de los hechos. Aun cuando el precario no hubiera existido, hubiera sido preciso crearlo en las relaciones en que lo encontramos en el derecho nuevo. Puede prescindirse por completo de su aplicación originaria, sin que eso dañe en modo alguno la interpretación de su existencia exterior. Y queda, por fin, el aserto de que el precario perdió toda aplicación en el derecho de Justiniano. ¿Cómo explicar entonces que los compiladores le hayan consagrado todo un título del Digesto? (2). Todos los casos que allí se mencionan eran tan prácticos, con relación a la época de Justiniano, como con relación a la época de los juristas clásicos.

La consideración histórica que, según la promesa de Savigny, debía resolver el enigma del *precarium*, no hace más que provocar otra. Pretende aquélla hacernos creer que una institución calculada para las relaciones de la época primitiva, se ha mantenido durante siglos por la sola fuerza de la inercia. Ni uno solo de los numerosos pretores que todos los años proponían

(1) Ulpiano, L. 6, § 4, *de prec.* (43, 26) ... COTTIDIE *enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt.*

(2) El título muy importante—*de Publiciana in rem actione* (VI. 2), no contiene más que 17 pasajes; éste 22. El título reprodúcese hasta en las Basílicas (58, 24).

de nuevo el *interdictum de precario*, que se pretende tomado de la época primitiva, y el mismo Juliano, en la redacción del *Edictum perpetuum*, hubieran concebido la idea de hacer de él un examen crítico desde el punto de vista del presente, de dejarlo si es que resultaba ya inútil; mucho más si se tiene en cuenta que el comodato, que poco hacía tenía una acción, les habría proporcionado una ocasión para ello, o cuando menos, de reorganizarle según convenía.

Hay, cuando menos, tres puntos que suscitan sorpresa.

Primer punto.—La jurisprudencia había desenvuelto en el intervalo la teoría de la culpa, estableciendo el principio de que el que tiene un interés en el contrato, responde de la *culpa levis;* en su virtud había declarado al comodatario responsable de *culpa levis*. A pesar de eso, el pretor, en el interdicto, restringía la responsabilidad del precarista al *dolus;* la extensión de esta responsabilidad a la *culpa lata*, fué obra de la jurisprudencia. ¿Por qué obró así el pretor? ¿Unicamente porque en la época primitiva el interdicto no mencionaba más que el *dolus*?

Segundo punto.—El comodatario puede reclamar el reembolso de sus gastos necesarios; el precarista, no. ¿Por qué? ¿Unicamente por el motivo histórico de que el cliente no podía tener un crédito contra el patrono?

Tercer punto.—El comodatario *tiene;* el precarista *posee*. Admitiendo que hubiese tenido la posesión en la época primitiva, y acabamos de establecer lo contrario, ¿por qué no se le coloca, en este respecto, en la misma situación que el comodatario?

Creo haber demostrado suficientemente que la vía histórica, por la cual se aventura Savigny, no conduce al fin. Intentemos a ver si lo logramos, siguiendo por la vía *práctica*.

Hay tres puntos que piden explicación; la *posesión* del precarista; la restricción de su responsabilidad al *dolus* en el interdicto; la exclusión de su derecho a las *impensas* o gastos. La clave de la explicación se halla en la *función práctica* del precario para la vida romana, de la cual hemos de dar una idea. A este propósito distingo dos funciones: la función *contractual*

y la función *liberal*. Los juristas romanos no conocen esta distinción; no mencionan más que la función liberal (1), y creo poder demostrar cómo han llegado a establecerla. Se verá por lo siguiente que, de hecho, es imposible no admitir también la otra función.

A) *Función contractual del precario*

Nuestras fuentes citan dos casos en que el precario se presentaba unido a un acto jurídico concluído entre dos partes, es decir, en su función contractual. Uno de estos actos era la *dación en prenda*; el otro, la *transmisión de la propiedad*.

La *dación en prenda*.—Sabido es que el derecho romano conocía dos formas de ella: la forma *fiduciaria*, que no era aplicable más que a las *res mancipi*, y en la cual el deudor transfería la propiedad por *mancipatio* o *in jure cessio*, reservándose el rescate durante cierto tiempo determinado por medio de una convención accesoria (*fiducia*), originariamente desprovista de acción, pero revestida más tarde de ella; y la *forma hipotecaria*, en el sentido actual de la palabra, por medio del *pignus* o de la *hypotheca*.

Tratándose de bienes inmuebles, el acreedor podía dejar sin peligro, provisionalmente, la posesión al deudor; pero no dejaba de ofrecer importancia para su posición jurídica la manera como lo hacía. Si no había hecho ninguna reserva, no podía procurarse la posesión más que por medio de la *in rem actio* y por la *fiducia;* había además en este caso la particularidad de la *usureceptio lucrativa* (Gayo, II, 60), es decir, de la prescripción extintiva adquirida por el transcurso de un año. Obviaba el acreedor estas dos dificultades arrendando el fundo al deudor o dándoselo en precario. Se recomendaba el primer medio cuando se había prestado el capital por muchos años y se había

(1) LIBERALITAS: L. 1, § 1; L. 2. § 2; L. 8, § 3; BENEFICIUM: L. 14. Analogía con la donación y el comodato. L. 1. § 2, D. *de prec* (43-26 .

convenido el pago de intereses periódicos; la renta ocupaba aquí el lugar de los intereses del capital. Cuando el préstamo se había hecho por un tiempo más corto, y el capital y los intereses no debían pagarse hasta el día del vencimiento, se recurría al *precario*. En ambos casos el acreedor se hallaba en situación de poder procurarse inmediatamente la posesión el día del vencimiento. Tenía, como poseedor respecto del tenedor, en el primer caso, y como *possesor justus* frente al *possessor ihjustus;* en el segundo, la facultad de recobrar la cosa por su propia autoridad, y si encontraba resistencia, tenía, allí el interdicto *uti possidetis*, aquí el interdicto *de precario*. La *usureceptio* estaba excluída en los dos casos por la cualificación particular de la posesión.

Aun en el caso de la garantía hipotecaria, en que no existía el riesgo de la *usureceptio*, el *precario* era ventajoso en extremo para recuperar inmediatamente la posesión. En la *actio hypothecaria*, el acreedor debía suministrar la prueba, sujeta en ciertas circunstancias a grandes demoras, de su derecho hipotecario; en el interdicto *de precario* no tenía que practicar más que la prueba facilísima del *precarium*. En cuanto al *pignus*, sucedía exactamente lo mismo cuando el deudor había conservado su posesión.

Esta aplicación del *precarium* al derecho de prenda explica las cuatro particularidades siguientes:

Ante todo, la regla de que no es necesaria la posesión por parte del que concede la cosa (1). Esta regla parece hecha expresamente para el caso presente. Si hubiera sido necesaria la posesión por parte del concedente, hubiera debido ser transferida del deudor al acreedor, para ser transferida nuevamente del acreedor al deudor, lo que hubiera ocasionado largas demoras y grandes dificultades en cuanto a los fundos lejanos. La re-

(1) Juliano, L. 18, id, *Unusquisque potes rem suam*, QUAMVIS NON POSSIDEAT, *precario dare ei, qui possideat*. Sólo de esto resulta ya el error de la opinión de Savigny, que designa el interdicto *de precario* como un interdicto RECUPERANDAE *possessionis*. Véase una refutación más detallada, en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria*.

gla enunciada permitía evitarlas. La garantía fiduciaria e hipotecaria de los fundos con concesión de precario podía constituirse hasta en ausencia de las partes. Así, pues, con pleno conocimiento de causa, dirigió el pretor el interdicto, no hacia la transmisión de la propiedad, sino hacia *quod precario ab illo* HABES; tal era la traducción, en el procedimiento, de la regla mencionada.

Si los juristas romanos hubiesen participado de la idea moderna, refutada más arriba, de la aplicación ilimitada del *constitutum possessorium*, Juliano, en vez de decir en el texto, reproducido en la nota, que se puede dar la posesión *precaria* sin tenerla uno mismo, hubiera podido, invocando el punto de vista indicado, admitir la existencia de la posesión por parte del concedente.

Luego, la regla de que el deudor propietario de la prenda conserva la *posesión*. La circunstancia de que el precario en su forma originaria, en el cliente, no daba más que la tenencia, excluye la explicación de esta regla por la vía histórica, y no deja lugar a duda sobre la intención manifiesta con que se ha reemplazado la tenencia por la posesión. Además, ¿qué otra forma hubiera podido adoptarse? Admitiendo que no se hubiese querido dar al deudor más que la tenencia, en caso de interrupción o pérdida de la posesión, el acreedor hubiera debido intentar los interdictos posesorios en su lugar. Viviendo las dos partes en un mismo sitio, es o no presentaba gran dificultad; pero no sucedía lo mismo cuando el prestamista vivía en Roma y el prestatario en un municipio lejano, por ejemplo, en la Italia septentrional o meridional. En este caso, el deudor hubiera necesitado ir primero a Roma a reclamar el socorro del acreedor, mientras que, pudiendo obrar como poseedor, la tenía a su alcance. La independencia de la posesión del deudor se hallaba reclamada aquí por el interés del acreedor lo mismo que tratándose del enfiteuta, mientras que él mismo, bajo el aspecto posesorio, se hallaba suficientemente garantido por el interdicto *de precario*.

¿A qué, pues, apartarse de lo que convenía al interés bien entendido de ambas partes y de lo exigido por la idea popular

y natural que veía en el otorgante de la garantía al poseedor y al propietario?

En tercer lugar, la restricción de la responsabilidad del deudor al *dolus* en el interdicto (*aut dolo malo fecesti, ut desineres habere*). El acreedor a quien se da la prenda tiene su propia cosa en su mano, en el sentido rigurosamente jurídico, por la dación en prenda, y en el sentido económico, por la garantía fiduciaria. Constituye esto, para él, el aguijón más poderoso de la *diligentia*: corta en su propia carne, cuando deja inculto el fundo o permite que se arruine la cosa (1).

Ciertamente, perjudica también, en este caso, al acreedor; y si los romanos, en el establecimiento de sus reglas de derecho, se hubieren dejado guiar por posibilidades abstractas, y por el deseo de hacer categorías completas, puestas al abrigo de toda crítica, por ideas doctrinales, en una palabra, el pretor hubiera debido hacer al deudor responsable de su *culpa levis*, porque también el acreedor puede sufrir con ella. No lo ha hecho; no ha establecido siquiera la responsabilidad por la *culpa lata*, sino únicamente por el *dolus*, y aun restringiéndola a la condición de *dolo desinere habere*. ¿Por qué? No había necesidad de prever que alguien hubiese deteriorado sus propios bienes para perjudicar indirectamente a otro. El único riesgo que en la práctica corría el acreedor consistía en la enajenación, pues dañaba únicamente al acreedor, constituyendo una ventaja para el deudor. Cuando en la L. 8, § 3, *de prec.*, Ulpiano extiende la responsabilidad a la *culpa lata*, los términos en que lo hace: *culpam tamen dolo proximam contineri* QUIS MERITO DIXERIT, prueban que expresaba, no una regla fijada en la práctica, sino una opinión individual, y el estado de las cosas en materia de prenda, tal como acabamos de exponerlo, porque la responsabilidad en cuanto a la *culpa lata* no había surgido en la práctica. Aun en materia de garantía hipotecaria, no se la menciona en ninguna parte en nuestras fuentes. Se objetará que es porque no hay aquí relación obliga-

(1) Se puede aplicar aquí lo que dice la L. 1 § 23, *de coll* (37, 6), *hic et sibi insidiatus est*.

toria entre las dos partes; pero esto no es más que una simple apariencia. Si los romanos hubiesen juzgado necesario en la práctica que el deudor hipotecario respondiera hacia el acreedor, hasta de la *culpa*, no hubieran dejado de establecerlo como regla y los juristas hubieran partido de aquí para declarar obligatoria la relación.

La inadmisión de una relación obligatoria por parte de la teoría significa únicamente que el derecho no ha juzgado *necesario* establecer del lado del deudor propietario de la prenda, una responsabilidad por la *culpa*.

En cuarto lugar, la exclusión del derecho al reembolso de las *impensas* hechas por el precarista. En todas las otras relaciones, nuestras fuentes no olvidan nunca hacer mención de este derecho, por ejemplo, hasta en el comodato (L. 18, § 2, *Comm.*, 13-6); sólo lo omiten para el *precario*. ¿Es por casualidad? No lo creo; veo más bien en ello la denegación tácita de este derecho (1). ¿Cuál puede ser la razón? No puede ser la circunstancia de que el precario no era una relación de obligación, pues en la *rei vindicatio* se concede este derecho hasta al poseedor; tampoco puede ser el pretendido hecho de que el *precarium* databa de una época en la cual el derecho no admitía todavía las pretensiones reconvencionales del demandado, pues las reconocía ya para la dote en la época más antigua (2). Aunque admitamos que en la época de la primera introducción del interdicto no hubieran sabido elevarse todavía a la idea de una reconvención del demandado, no se advierte; porque, una vez introducida en todas las otras relaciones, no la acogieron también para el *precarium*, con las modificaciones necesarias en el interdicto. No era éste un fragmento estereotipado, invariable, del poseedor; se le proponía de nuevo todos los años y podía, por lo tanto, acomodarse a todas las necesidades del presente.

En cuanto a la prenda, la razón es de toda evidencia. El

---

(1) Véase también Windscheid, *Lehrbuch*, II, § 376, nota 7.

(2) *Esp. del D. R.* IV, p. 66 y siguientes. Resulta así de la regla: *Impensae necessariae dotem* IPSO JURE *minuunt*.

acreedor con prenda hace los gastos sobre su *propia* cosa (sabido es en qué sentido se toma aquí esta palabra); a ella la mueve su propio interés y las impensas no aprovechan al deudor más que bajo forma de acción refleja. De aquí la exclusión de su derecho de reembolso y su irresponsabilidad por la *culpa;* una y otra son consecuencias de un solo y mismo punto de vista: su *independencia económica.*

Hasta aquí no hemos encontrado ninguna regla *de precarium* que no se aplique a la prenda. Hay, sin embargo, dos reglas que no le son aplicables: una es que el *precarium* contiene una *liberalidad;* otra, que puede ser revocado en todo tiempo por el que le concedió.

Ocupémonos de la primera regla; refiriéndonos, respecto de la segunda, a nuestra segunda relación, donde demostraremos su falta de fundamento.

Hay liberalidad, cuando, sin hallarse obligado a ella al perfeccionarse el contrato, el acreedor concede voluntariamente al deudor la posesión de la prenda. Si se ha hecho una convención a este efecto, no puede tratarse de liberalidad; la cláusula accesoria sobre la posesión forma entonces parte del contrato principal.

El acreedor que deja al deudor la posesión, no le hace un favor, no le presta un servicio, ejecuta simplemente la obligación que ha contraído. ¿Cómo han llegado los juristas romanos a caracterizar el *precarium* como servicio de una manera absoluta, sin dejar lugar para la desviación que pueda causar la voluntad de las partes en el contrato de prenda? No hallo otro motivo que el motivo histórico que expongo a continuación.

La garantía fiduciaria, en la cual, según todas las probabilidades, se ha manifestado por primera vez el *precarium* moderno, originariamente no confería derecho alguno al deudor. El contrato por el cual se reservaba el rescate, era una parte incompatible con el acto principal, *mancipatio* o *in jure cessio*, y como tal, no podía ocupar un lugar en la fórmula (1). Era una

(1) *Espíritu del D. R.*, III, 530.

cláusula accesoria, sin fuerza obligatoria, garantida únicamente por la *fides (fiducia)*.

Ahora bien: con la posesión pasaba exactamente lo mismo que con la reserva del derecho de rescate; jurídicamente hablando, no había en este caso sino obligación, y cuando el acreedor permitía de hecho al deudor rescatar y poseer, lo hacía, jurídicamente hablando, porque quería.

En este sentido es como se puede decir que el *precarium, convenido* entre las partes, constituye, como el *precarium libre*, una *liberalidad*.

Puede comprenderse que la jurisprudencia antigua de Roma haya establecido este punto de vista; pero ¿cómo ha podido mantenerlo la jurisprudencia del derecho nuevo? En el intervalo, el contrato fiduciario había sido provisto de una acción (*actio fiduciae*) y se había reconocido por este medio la fuerza obligatoria de la convención sin formas. La lógica hubiera exigido reconocerla igualmente para el *precarium*, y, bajo el aspecto práctico, es lo que realmente sucedió: el principio de la revocabilidad voluntaria quedó en desuso, en la jurisprudencia nueva, para el *precarium* contractual (véase más abajo). Pero la *teoría* continuó atenida a la noción tradicional de la *liberalitas*. Lo por ella abandonado nosotros podemos repararlo; la noción de *liberalitas* no reviste la menor exactitud en cuanto al *precarium* convenido con ocasión de una relación contractual; no contiene, en realidad, ningún servicio, sino únicamente la ejecución de una *obligación* asumida por contrato.

La segunda relación en la cual aparece el *precarium* en nuestras fuentes bajo su forma contractual, es el *contrato de venta*, o, para hablar con más propiedad, dos cláusulas accesorias de este contrato: la *lex comissoria* y la *addictio in diem* (1). Cuando, para su seguridad, el vendedor al fiado quiere reservar-

(1) Véase, respecto de la primera: L. 20. *de prec.* (43-26); L. 3, Cod. *de pact. int. emt.* (4-54); en cuanto a la segunda: L. 11, § 12, *quod vi* (43-24). Las L. 13, § 21, *de act. emt.* (19-1); L. 38, *p. Damn. inf.* (39-2), hállanse concebidas en términos generales.

se la propiedad, tiene para ello en el derecho actual lo que se llama el *pactum reservati dominii*..

La forma romana era el *precarium*. Dar la cosa en simple *precarium* era declarar que no se realizaba la tradición para transferir la *propiedad*, sino únicamente para transferir la *posesión*; el precarista reconocía de este modo que el *tradens* continuaba siendo propietario.

En este respecto sólo hay *liberalitas* en el contrato de prenda. El vendedor no le hace un favor al comprador cuando le entrega la cosa antes del pago; éste ha sido convenido por contrato, y el comprador tiene, pues, derecho a la posesión. Precisamente por esto no puede privársele de la posesión hasta el advenimiento de la circunstancia que confiere al vendedor el derecho de reclamar de nuevo la cosa. Así lo reconocía expresamente Ulpiano, en la L. 20, *de prec.* (43 26):

> *Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur,* SI PER EMTOREM STETIT, QUOMINUR PESSOLVERETUR, *venditorem posse consequi.*

Antes del cumplimiento del término no puede, pues, el vendedor intentar con buen éxito el interdicto *de precario*. Ignoramos qué sanción jurídica se había impuesto a esta prohibición, si una pena convencional o plazos concedidos por el juez (1).

---

(1) En cuanto al precario en materia de prenda, se ha establecido expresamente que se extingue por el pago; L. 11, *id.*: ... *pecunia soluta* PRECARIUM *solvitur*, es decir, no cabe el interdicto. Era indiferente que el pago no se hiciese más que en el curso del proceso (Gayo, IV, 114), aun según la opinión rigurosa de los proculeyanos, porque el *precarium* pertenecía al *jus gentium*: L. 1, § 1, *id.* Lo mismo exactamente debe de haber pasado en la *lex commissoria* y la *addictio in diem*, cuando había fal ado la condición resolutoria hasta la expiración del término fijado; el juez, que había esperado a decidir hasta este momento, descargaba entonces al demandado de la manera que se lo permitía la fórmula

La pretendida revocabilidad voluntaria del *precarium* no resultaba, según esto, fundada en este caso; era absolutamente incompatible con el fin del contrato y hubiera hecho imposibles las relaciones. Pues bien: lo que es cierto en este caso, debe haberlo sido igualmente en Roma para el caso de la dación en prenda.

Es imposible admitir que el *propietario* anterior, al cual había dejado el acreedor convencionalmente la posesión hasta el día del vencimiento, y a quien debía volver esta posesión con el pago, fuese tratado más desfavorablemente que el *comprador*, cuya propiedad se hallaba todavía en suspenso por algún tiempo.

Pero ¿cómo llegaron los romanos a apelar al *precarium* para efectuar este abandono contractual de la posesión? ¿Por qué no hacer simplemente este abandono por contrato?

Hallo explicado esto por la circunstancia de que los romanos ignoraban completamente la idea de una transmisión de posesión *abstracta*, tal como se la ha figurado la teoría subjetiva. Posesión, tenencia, propiedad, se referían, conforme a su concepto, a ciertos actos jurídicos concretos, a ciertas *causae*. Una de las *causae possessionis* era el *precarium*. Abrigo fundadas sospechas de que con la idea de complacencia que implicaba, según ellos, la etimología de la palabra *precarium* (*quod preces adhibuit*: L. 2, § 3, fd.), los juristas romanos del derecho nuevo introdujeron en la noción del precario un elemento que le era enteramente extraño, según las ideas de la jurisprudencia antigua. Puedo figurarme que esta última atendía, no a la antítesis de la posesión *incierta* y la posesión *cierta*, sino a la de la posesión *transitoria* (pero, por lo demás, asegurada) con la posesión *definitiva;* es decir, con la posesión de propiedad o *ad usucapionem*. Es la única manera de explicar que en materia de prenda, donde, sin embargo, era incontestable el derecho del

---

quod HABES del interdicto; los principios rigurosos de la *intentio juris civilis* no encontraban ciertamente aplicación en este caso; no se trataba, realmente, como en la *rei vindicatio* de la existencia de la posesión en el momento de intentar la *actione*, sino en el momento de la *sentencia*.

que la constituía, a una posesión *asegurada*, se recurriera al *precarium*. En todo caso no ofrece duda, según todo lo que precede, que el dogma actual de la revocabilidad del *precarium* es inexacto; es preciso restringirlo al precario *liberal;* no tiene ninguna aplicación al precario *contractual.*

La posición del comprador a quien el vendedor ha entregado la cosa con reserva de la propiedad, es la misma que la del deudor al cual el acreedor con prenda ha dejado la posesión de ésta. El *precarium* está considerado como un estado transitorio al cual seguirá más tarde, como estado definitivo, según la intención de las partes, la adquisición o la renuncia de la propiedad (liberación del *nexus).*

Todo lo dicho más arriba acerca de la posición jurídica del que ha constituído la prenda, se aplica igualmente al comprador, con la sola excepción de la *primera* de las cuatro reglas formuladas que no tiene aplicación alguna aquí. La *segunda:* restricción de la responsabilidad al caso del *dolo desinere possidere*, descansa aquí sobre la misma consideración; el comprador no debía ser obligado a la *diligentia* para su propia cosa. Lo mismo pasa con la *tercera:* exclusión del derecho al reembolso de las *impensas;* el comprador las hace en su propio interés. Si conserva la cosa, recaen en su provecho; si vuelve al vendedor, debe imputarse a sí mismo el haberlas hecho; hubiera debido esperar a que se decidiera la cuestión o asegurarse bien del consentimiento del vendedor. La *cuarta:* la posesión, resulta forzosamente de la posición de propietario atribuída al comprador.

A estos dos casos de la función contractual del *precarium*, contenidos en las fuentes, se añadía, en mi opinión, por lo menos en Roma, un tercero. Cierto es que las fuentes no lo reconocieron; pero no puede ser objeto de la menor duda cuando se imagina la vida romana, pues era prácticamente inevitable. Era el empleo del *precarium* con el objeto de representar al poseedor ausente.

Partía un romano para la guerra, o se veía obligado a emprender un largo viaje: no por esto se interrumpía la explota-

ción de su fundo; dejaba tras sí en la hacienda a sus hijos y a sus esclavos, y todo seguía su curso habitual. Pero bajo el aspecto jurídico había allí un vacío que colmar; no existía, en el intervalo, representante del fundo, y los terceros, que quizá no habían esperado más que una ocasión favorable, podían aprovecharse de esta circunstancia. El vecino se ponía a ejecutar el edificio que proyectaba hacía mucho tiempo; el individuo que apetecía la propiedad ejecutaba la *dejectio* que tenía preparada. Había un estado de ausencia práctica de derecho, pues no había nadie para reclamar la protección de las leyes. Reducir al propietario a hacer valer su derecho después de su vuelta, era darle un menguado consuelo; mientras tanto, su familia había sido desposeída de su hacienda, percibía otro los frutos y la *operis novi nunciatio* no podía darse después del regreso; debía intentarse inmediatamente, pues si no, caducaba (1).

¿Qué hacer en esta situación?

La representación era desconocida en el antiguo derecho; el medio que más tarde abrió el derecho nuevo, de nombrar de antemano un representante para todos los negocios que se presentaran durante la ausencia, no era conocido todavía en esta época. Pero la época antigua tenía el genio de la invención. La persona que se había elegido como representante estaba provista del derecho necesario o establecida como *portador del de-*

(1) Fué éste uno de los defectos de este medio de derecho que determinaron al pretor a establecer el interdicto *quod vi aut clam*. Ofrecía la ventaja de dar igualmente protección contra la *opus* emprendida durante la ausencia del interesado (*clam*). El segundo defecto era que constituyendo la *operis n. n.* el primer paso de la *actio confessoria* o *negatoria*, no podía ser entablada más que por el propietario. El pretor extendió su medio de protección al *poseedor*; y esto en la más amplia acepción de la palabra. Un tercer defecto era que la *Op. n. n.* no daba protección más que a los *edificios;* el pretor extendió su medio a toda *opus in solo factum*. Su interdicto no era más que el complemento de la *op. n. n.*; los dos estaban basados en la misma idea: protestar contra un *opus* con el efecto de obligar al adversario a restablecer los lugares en su estado anterior; *a su costa* (*restituas*: L. 20, pr., *de Op. n. n.* 39-1). La *actio confessoria* y la *actio negatoria* como *in rem actiones*, no podían tender a este fin.

recho, según la expresión que he empleado en otra parte (1). Para darle la cualidad necesaria para las contestaciones o los actos eventuales, por ejemplo, la *operis novi nunciatio*, que tenían por condición la *propiedad*, ésta le era transferida *fiduciae causa* (2).

Para habilitarlo a fin de perseguir los derechos contractuales, se le hacía intervenir en la conclusión del contrato como acreedor correal *(adstipulator)*; para darle los poderes de nuestros actuales ejecutores testamentarios, se le instituía heredero (3).

El medio indicado no ofrecía dificultad respecto de los fundos o las cosas muebles, cuya propiedad se podía prever de antemano que sería disputada, por ejemplo, por los esclavos, ob-

---

(1) *Espíritu del D. R.*, IV p. 223-253.

(2) En este sentido dice Gayo, II, 60, que el fin de la *fiducia cum amico contracta*, era: *quo* TUTIUS *nostrae res apud eum sint*. Se ha sostenido que, no hallándose todavía el depósito provisto de acción en la época antigua, el que quería asegurar una cosa contra los riesgos exteriores, por ejemplo, durante su ausencia o en previsión de un incendio, no se limitaba a depositarla simplemente en manos de otro (*depositum*), sino que transportaba su propiedad por *mancipatio* (*fiducia*). Pero la *fiducia* no se hallaba tampoco provista de acción, y la transferencia de la propiedad le hubiera concedido al tercero mucho más de lo preciso para la simple conservación de la cosa, le hubiera permitido transferir la propiedad a otro, sin contar que, en caso de incendio, inundación, etc., era imposible proceder a una *mancipatio* para cada una de las cosas que había que guardar; esta operación no estaba indicada más que en los casos en que el fin perseguido exigía que el tercero tuviese la propiedad.

La palabra *tutius*, empleada por Gayo, se refiere a la seguridad de la *propiedad*, y no a la de la *cosa*. Tal era el caso en que se procuraba una garantía contra las confiscaciones que llevaban consigo la proscripción durante las guerras civiles. El que huía para librarse de ellas, comenzaba por hacer una venta aparente de sus inmuebles a uno de sus amigos: *fiducia cum amico, quo tutius apud eum essent*. Su propiedad se encontraba así asegurada (*tutius*), no contra los riesgos de incendio, contra la sustracción, sino contra los riesgos jurídicos, contra los litigios sobre la propiedad que pudiesen surgir durante su ausencia; el fiduciario le daba todas las garantías en este respecto.

(3) *Espíritu del D. R.*, IV, p. 247.

jeto de una *vindicatio in libertatem* inminente. Pero era imposible mancipar *fiduciae causa* todas las cosas muebles contenidas en un patrimonio, sin contar que la fiducia era imposible respecto de las *res nec mancipi*. Se proveyó a este inconveniente por la *lex Hostilia* (pr., J., *de iis per quos*, 4-10), que permitió a las personas encargadas de los intereses del ausente intentar por él la *actio furti*, en el caso de sustracción, al cual se equiparaba, como *furtum nec manifestum*, la evicción violenta de la cosa.

El *precarium*, a mi juicio, servía para la *posesión*, con el mismo fin que la transmisión de la propiedad *fiduciae causa* para la *propiedad*.

El precarista debía desempeñar el mismo papel en la posesión que el fiduciario en la propiedad; era un *representante fiduciario, un portador del derecho*. A las palabras: *Quo tutius res nostrae essent*, de Gayo, en la nota antepenúltima, corresponden las palabras: CUSTODIAM ET AFECTURUS *tradidit* de la L. 38, p. *Dam. inf.* (39-2). No se trataba, entiéndase bien, de dar al representante el goce de la cosa; los esclavos y los hijos la explotaban exactamente como antes, y el producto se vertía en la caja del dueño.

Posesión y propiedad no eran, pues, aquí más que simples imágenes jurídicas, sin ningún contenido real, económico. Así se comprende que según nuestras fuentes, el *precarium* pueda tener por objeto el simple *possidere* sin el *uti;* lo que, hecha abstracción del objeto de la representación aquí admitido, estaría desprovisto totalmente de sentido, pues la posesión, como tal, no tiene ningún valor económico.

Este tercer caso de la función contractual del *precarium* presenta un interés particular; hace comprender perfectamente una regla de la teoría del precario que no se aplicaba a los dos casos examinados arriba: la *revocabilidad voluntaria*.

El *precarium* de procuración era revocable en todo tiempo, como el mandato; es una consecuencia necesaria del fin de la representación.

No será necesario demostrar que los otros rasgos caracterís-

ticos del *precarium*, a excepción de la *liberalitas*, que no se aplica en este caso, como tampoco en los otros dos, responden plenamente a la relación.

La *posesión* del precarista se halla necesariamente exigida por el fin de la representación. El precarista estaba precisamente colocado para proteger la posesión del ausente, y no podía hacerlo más que constituyéndolo a él mismo en poseedor. Como tal, tenía los interdictos posesorios contra los terceros, pero no contra el mandante, por de contado, puesto que no era más que un simple representante.

> L. 17, *de prec.*: *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus* OMNES PRAETER *eum, quem rogavit, uti potest.*

Se comprende también la restricción de la responsabilidad al *dolus*. No podía tratarse aquí de una *culpa* respecto al fundo, cuya explotación no concernía en modo alguno al mandatario; la única violencia de sus deberes de que podía hacerse culpable, consistía en el descuido para obrar en justicia por el mandante, y esta negligencia se hallaba comprendida en el *dolus*, como abuso de confianza, como acto de colisión con los terceros.

En la *adstipulatio*, la responsabilidad del hombre de confianza había sido igualmente restringida al *dolus* por el segundo capítulo de la *lex Aquilia*.

No quedaba lugar, en la relación, para un derecho de restitución de los gastos. El portador del derecho no se encontraba nunca en posición de hacerlos; correspondía esto a los hijos y a los esclavos, encargados de la explotación económica del fundo, mientras que el precarista, como simple fiduciario de la posesión, estaba exclusivamente encargado de la representación jurídica del propietario.

Tenemos aquí una nueva ocasión de convencernos del carácter insostenible del punto de vista de la *liberalitas*. Lejos de prestar en este caso el propietario un servicio al precarista, era

éste quien se lo prestaba a él. El precarista no obtenía la menor ventaja; quizá su posición no le valía más que trabajo y molestias.

Si se quisiera aplicar a esta relación la frase de Ulpiano: *quod preces adhibuit*, no sería exacta más que para el propietario, pues él era quien en su propio interés había pedido al otro que aceptara el papel de precarista.

La circunstancia de que las fuentes no hacen la menor mención de este tercer caso de aplicación de la función contractual del precario, suministrará quizás un argumento contra mi opinión. Suplicaré solamente a los que me lo dirijan, que me digan lo que hubieran hecho ellos si hubiesen vivido en Roma en la época remota en que era todavía desconocida la representación en justicia. En vano hubieran buscado otro medio de garantir sus intereses durante su ausencia. El precario era tan a propósito para esto, que si los romanos no le hubieran conocido ya en la época antigua, hubieran debido inventarlo expresamente para este uso. Si las fuentes no mencionan esta aplicación, se explica suficientemente por la circunstancia de que resultó inútil desde la introducción de la representación en justicia.

Creo que las explicaciones que preceden habrán puesto fuera de duda la función contractual del precario en tres aplicaciones: en materia de prenda, de venta y de representación; y el lector puede ahora decidir por sí mismo qué debe pensarse de la afirmación de Paulo, en la L. 14, *de prec.*: *magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad* NEGOTII CONVENTI *spectat precarium*. Por mi parte, creo que es simplemente un error, como tantas otras opiniones de Paulo que hemos encontrado en el curso de esta obra. El que no quiera abandonar su confianza en la autoridad de Paulo, deberá ver cómo puede mantener en pie, frente al derecho romano, esta falsa abstracción y tantas otras del mismo autor. Yo sigo al derecho romano, y no a Paulo.

B) *La función liberal del «precarium».*

Supone esta función que un romano abandona pasajeramente a otro el goce gratuíto de un fundo o de una casa, y que, en vez de elegir para esto la forma del comodato (1), que está a su disposición y que hace a la otra parte responsable de la *culpa levis*, adopta la forma del *precarium*, que nó le obliga más que por causa del *dolus* y de la *culpa lata*. Es evidente que sólo las relaciones personales particulares pueden haber motivado esta reducción de la responsabilidad afecta al contrato. Creo haberlas descubierto en el terreno de la *familia romana*. Veo el caso de su principal aplicación en la ventaja concedida por el padre a su hijo emancipado, con el objeto de procurarle la situación patrimonial que el *peculium* aseguraba al *filius familias*.

La condición de los hijos de familia en las clases elevadas en Roma era, sabido es, bien diferente la que tienen hoy. La patria potestad, cuando no se disolvía por la emancipación, duraba hasta la muerte del padre de familia, y así podía suceder que personas de edad, que habían desempeñado ya los más altos cargos en el Estado, se hallasen todavía bajo la patria potestad. Su dependencia económica y la conservación doméstica de los hijos en nuestros días, hubieran sido inconciliables con esa situación; el uso exigía que el padre procurase al hijo la independencia económica que convenía a su edad y a su posición social. El hijo de familia de un rango elevado tenía, para él solo, casa en Roma, casa de campo, instalaciones lujosas y numerosa servidumbre, todo con el capital necesario para subvenir, por medio de los intereses, a los gastos propios de su categoría. Era una parte del patrimonio paterno que el padre le abandonaba en vida; pero sólo en forma de peculio, y, por lo tanto, jurídicamente, revocable en todo tiempo; pero de hecho equi-

(1) L. 1, § 1, *Comm.* (13-6): *etiam habitationem commodari posse.*

valente a un patrimonio propio (1). Lo mismo sucedía en el interior del país. El gran propietario territorial asignaba a su hijo, para que los explotara por sí mismo, uno o varios de sus bienes rurales (2). Ni podía ser de otra manera para las otras clases menos afortunadas de la sociedad, en particular para las clases industriales. El hijo que quería ejercer una industria o un comercio, recibía de su padre los recursos necesarios a este efecto; la *actio tributoria* nos ofrece una prueba de ello.

¿Qué sucedía cuando el padre emancipaba a su hijo? Podemos admitir, aun sin el apoyo de pruebas positivas, que la situación de hecho continuaría siendo la misma. Se contaba para este efecto con una doble forma jurídica: la de la merced *jurídica* en forma de donación, el anticipo de la legítima, como diríamos hoy, y la forma dela merced de puro *hecho*, en la cual la propiedad continuaba siendo del padre, y el hijo no obtenía, como antes, más que el simple disfrute, es decir, el *precarium*.

En la práctica, el precario confería al hijo emancipado la misma situación que el *peculium* al sometido a la patria potestad. Si se mostraba digno de la confianza que se le había dispensado, si administraba como era debido, si se conducía con su padre de un modo conveniente, conservaba lo que tenía; si no sostenía su reputación, si se apartaba del camino derecho, si no tenía para su padre los miramientos y el respeto que le debía, si le rehusaba la obediencia, lo perdía todo. Para el hijo respetuoso, obediente, de buena conducta; para el buen hijo, en una palabra, esta dependencia nada tenía de molesta ni de inquietante; no era cadena pesada más que para el mal hijo. Pero esto era precisamente lo que se deseaba; el derecho de revocación le servía de freno y le colocaba bajo el poder del padre lo mismo que al *filius familias;* era la garantía de su buena con-

(1) *Espíritu del D. R.*, p. 212, nota.

(2) Cicerón, que menciona este hecho en *Pro Rosc. Amer.*, c. 15-43 (*certis fundis patre vivo frui solitum esse*), añade esta noticia importante: *quod* CONSUETUDINE *patres faciunt*, es decir, que la concesión de una parte del patrimonio paterno era de uso general. Festo, en el texto citado arriba, menciona igualmente esta costumbre.

ducta. De este modo el *precarium* establecía para el hijo emancipado la misma posición que el *peculium* para el hijo de familia: independencia económica de hecho con dependencia jurídica.

Se pueden emplear indiferentemente las dos expresiones y decir que el *peculium* era el precario del hijo de familia, y el *precarium* el peculio del hijo emancipado.

Esta aplicación del precario no encuentra tampoco el menor apoyo en los textos, y aquellos cuyo pensamiento no va más lejos que las decisiones de los textos, se prevaldrán de esta razón para condenar mi opinión.

Pero también aquí preguntaré a mis críticos, como hace poco a propósito de la función procuratoria del precario: ¿qué hubieran hecho si hubieran vivido en Roma? Creo que no hubieran obrado de otro modo que como, en mi opinión, obraron los romanos.

A imitación del padre, podían otros parientes concebir la idea de dar de la misma manera una parte de su herencia futura a sus herederos abintestato. No son raras aun hoy semejantes cesiones revocables, mientras que las donaciones revocables a personas no parientes debían ser muy raras.

Desde el punto de vista de la forma pura, la revocación de la donación se encuentra, sin duda, en las mismas condiciones que la revocación de la venta; pero en la vida real tiene otro alcance muy diferente. La reserva de revocación en una donación entre vivos es tan contraria a la intención de dar, que, para comprenderla, hay que apelar a motivos particulares. No encuentro tales motivos más que en la hipótesis, admitida arriba, de la cesión de una parte de la sucesión futura al heredero abintestato; hipótesis en la cual la relación personal que existe entre las partes excluye el carácter chocante que, sin esto, tendría una donación semejante, y en la cual la circunstancia de que el mismo donante puede caer más tarde en necesidad, o de que el donatario puede mostrarse indigno de ella por su conducta, hace aparecer tal reserva como perfectamente justificada.

El derecho antiguo no conocía la donación revocable; dar y retener le parecía una *contradictio in adjecto;* la única forma que

ofrecía para verificar un anticipo de herencia con reserva de revocación, era el *precarium*. El derecho nuevo permite alcanzar, además, este fin, mediante la *donatio mortis causa;* pero el precario conservó su utilidad al lado de esta última. El donatario podía eludir el derecho de revocación del donante enajenando la cosa; el precarista, no.

Otra relación, en la cual es verosímil que el precario se haya aplicado frecuentemente en Roma, era la del patrono con el liberto. La concesión de una habitación libre *(habitatio)* al liberado, sea por testamento, sea entre vivos, formaba en Roma un objeto favorito de la generosidad patronal. Originariamente era una relación de puro hecho sin ninguna protección jurídica. Cuando se proveyó de acción a los fideicomisos, se hizo posible dar protección jurídica a la concesión de una habitación libre por disposición de última voluntad; pero la concesión de una habitación libre entre vivos continuó constituyendo como antes una relación de puro hecho, y en tanto, revocable a voluntad, es decir, un *precarium* (1). El único interés que ofrece esta relación para la teoría del *precarium*, es que nos presenta un caso del *in possessione esse* del precarista.

Debería probar ahora que esta función del precario liberal en las relaciones de parentesco responde al tipo trazado por los juristas romanos; pero creo estar seguro del asentimiento de mis lectores, enumerando simplemente los diversos puntos de que se trata aquí, y dejándoles el cuidado de examinar mi opinión.

Son los cuatro puntos siguientes:

1.° Revocabilidad voluntaria de la concesión.

2.° Responsabilidad restringida al *dolus* y a la *culpa lata.*

3.° Exclusión de las indemnizaciones.

4.° Posesión.

Concluyamos, pues, que el precario liberal con concesión de

(1) Así resulta de los términos en que Papiniano justifica la revocabilidad en el caso de que trata (L. 27 *de don.*, 39 5): *non* MERAM *donationem esse, verum officium magistri quadam mercede* REMUNERATUM *regualium, ideoque non videri donationem sequentis temporis* IRRITAM *esse;* o sea, en otros términos: no hay aquí *precarium.*

la posesión tiene prácticamente su lugar en el seno de la familia romana. Pertenece, si no en teoría, a lo menos por su función, a las instituciones de la vida de familia romana. El *precarium* estaba destinado al hijo emancipado y a los herederos abintestato, como la *dos* estaba destinada a las hijas, el *peculium* a los hijos, el *usus fructus* a la viuda y a los otros parientes.

La exposición precedente cree poder enorgullecerse de haber establecido cuatro casos en que el precario es perfectamente comprensible, tanto según su motivo, como según su aspecto jurídico; los tres casos de su función *convencional* en el derecho de prenda, en la transmisión de la propiedad, en la representación, y el caso único de su función *liberal* en las relaciones de familia.

Es posible que haya habido otros casos; por mi parte, no los he encontrado, y esperaré a que alguno haya hecho una demostración como la mía, para el caso que la opinión corriente tiene exclusivamente en cuenta: la *liberalitas* de una manera absoluta Para hacer esta demostración, el que de ello se encargue, deberá contestar a la pregunta de lo que puede haber movido a los romanos a elegir, en vez de la única forma conveniente del comodato con tenencia, la absolutamente impropia del *precarium* con posesión, para el caso en que una persona quiera dejar pasajeramente el uso de una cosa a otra que no se halle ligada con ella por los lazos de la afección.

He probado que la concesión de la *posesión* al precarista tenía en los cuatro casos *serios motivos prácticos;* el fin que se perseguía en todos no hubiera podido alcanzarse si no se hubiera dado al precarista la posición de hecho del propietario.

Pero el *precarium* podía del mismo modo no dar más que la *tenencia*, y esto suscita una nueva cuestión: ¿por qué la tenencia, y por qué no, como en otras ocasiones, la posesión? Evidentemente debe de haber habido casos de *precarium* en que la posesión no tenía razón de ser. ¿Cuáles eran estos casos?

Hemos aprendido ya a conocer uno de ellos, el de la concesión de una *habitatio* libre por parte del patrón al liberado. En este caso en que el precarista sólo obtenía una habitación en la

casa de otro, no podía tratarse de posesión, y no quedaba más que el *in possesione esse*. Otro caso, que puede darse entre nosotros como entre los romanos, y que no es del todo raro, es el siguiente: permite uno a su vecino, que se dispone a edificar, depositar los materiales en sus patios; le permite, después de un incendio, meter el rebaño en su establo, el carruaje en sus cocheras. No hay depósito en este caso; el concedente no asume ninguna *obligación* respecto de estas cosas, sino que se limita a conceder a la otra parte *autorización* para ponerlas al abrigo en su fundo. No es menos cierto que no hay aquí comodato; como contrato real, el comodato supone la tradición de la cosa, y el patio, la cuadra, la cochera, no son en el caso presente, objeto de tradición, sino que continúan en la posesión del concedente.

No queda, pues, más que el *precarium;* pero un *precarium* de otra especie que los que hemos aprendido a conocer hasta aquí; no tiende, para hablar el lenguaje de los romanos, a *possidere*, sino sólo a *in possessione esse*. Ya se comprende que para esto no se necesitaba una convención particular; la tenencia resultaba de que el concedente conservaba la posesión del fundo, y de que era imposible una *compossessio plurium in solidum*.

Sólo las apariencias exteriores distinguen ya este aspecto del *precarium* de las formas indicadas arriba y, para abreviar, podemos designarlo como precario *parcial*, en oposición al precario *total*. En esta última, el precarista obtiene la cosa *entera;* en la otra no obtiene más que una *parte*. Es la misma oposición que hemos aprendido a conocer más arriba en materia de *superficies;* es idéntico el motivo de la diferencia de aspecto de la relación posesoria.

Hecha abstracción de esta relación en que la tenencia era completamente incontestable, y a la cual se podría aplicar, en este respecto, el nombre de *precario* de *tenencia*, para distinguirla del *precario* de *posesión*, ¿dieron los romanos a la tenencia en materia de precario una extensión mayor aún, es decir, establecieron *convencionalmente* la tenencia, aun en los casos en que era posible la posesión en sí?

Esta pregunta se sale del objeto de estas explicaciones, que tendían únicamente a justificar por motivos prácticos la relación posesoria existente en el precario.

El precario de posesión figura todavía hoy en nuestros cursos de *Pandectas* como una institución práctica. En mi opinión, es un completo error, y me felicito de haber hallado recientemente en Bähr (1) esta idea que enseño hace años en mis lecciones. No he oído en mi vida citar, ni he visto en los libros, un caso de este género; tiene, a mi juicio, su lugar propio en el cementerio de la Historia del Derecho que he creado en mi *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (p. 279) para este género de instituciones enteramente muertas para nosotros.

Se puede borrar completamente el precario de posesión de nuestro derecho actual, sin que por ello resulte la menor laguna para la aplicación del Derecho; el comodato lo suple perfectamente. Sólo se encuentra todavía hoy el precario de tenencia en los casos indicados y en otros análogos; pero en la práctica se halla desprovisto de toda importancia para la teoría de la posesión.

Estoy, pues, enteramente de acuerdo con Bähr, en que, cuando el precarista no quiere ceder a pesar de un requerimiento, el poseedor puede expulsarlo por su propia autoridad. Si prefiere obrar en justicia, tiene a su disposición el interdicto *uti possidetis*.

El interdicto *de precario* es, por consiguiente, del todo superfluo; no se le menciona más que por puro escrúpulo histórico.

3.—El inventor de buena fe

La relación posesoria del inventor no ofrece interés alguno práctico para nuestro derecho actual. En efecto, sólo puede presentarse la cuestión respecto de las cosas muebles, y nues-

(1) En su artículo sobre la teoría de la posesión, *Jahrbücher*, 26, p. 293-297.

tro derecho actual no admite una protección particular para ellos que presuponga la posesión jurídica. Para los romanos, por el contrario, la cuestión ofrecía cierto interés a causa del interdicto *utrubi*, y me coloco en este punto de vista del derecho romano puro para examinar la cuestión en la práctica.

Distingo el inventor de buena fe del *negotiorum gestor*, de que se tratará más lejos; apenas hay necesidad de justificar esta distinción.

El inventor tiene, sin duda, intención de entregar la cosa al propietario, y en este sentido, se podría decir que obra como gerente de negocios. Pero esto no es exacto. En efecto: en primer lugar, el gerente de negocios, una vez comenzado el negocio, está obligado a llevarlo a término (1), y seguramente nadie disputará al inventor el derecho de rechazar la cosa que ha inventado (2). Luego, en el inventor, a la intención de devolver la cosa al propietario, puede también unirse la intención de guardarla para sí, si no puede descubrirse al propietario.

Tras la intención de obrar para el propietario se encuentra, pues, la intención de obrar para sí (3). Así se comprende que las fuentes no mencionen en ninguna parte la aplicación de la *act. neg. gest.* contra el inventor. Las acciones de que tenía que servirse el propietario en caso de negativa a restituir la cosa, eran la *condictio furtiva*, la *actio furti* y la *actio ad exhibendum*, que garantizaban completamente sus intereses. Las disposiciones de nuestro derecho actual sobre los derechos del inventor impiden toda asimilación.

Ahora bien, ¿cómo debe concebirse la relación posesoria del inventor?

---

(1) L. 3, § 2; L. 21, § 2, L, 31, § 2. de *negot. gest.* (3-5).

(2) Puede tener para esto, motivos perentorios; por ejemplo, la cosa mancha su vestido, o sus manos; se cansa de llevarla tras de sí; encuentra gentes ante las cuales no puede presentarse con ella. Según el derecho romano, que no le obliga a restituir más que cuando la ha enajenado por *dolo* (*act. ad exhibendum:* L. 15, *ad exh.*, 10, 4), podía rechazarla.

(3) Delbrück, en los *Jahrbücher*, III, p. 48.

Según la teoría subjetiva, es indudablemente la *tenencia*, puesto que reconoce el derecho superior de otro, y tiene intención de restituirle la cosa. Con razón se ha decidido Mandry por la posesión, y ha establecido de una manera perfectamente justa la imposibilidad de hacer otra cosa. Hasta el descubrimiento del propietario, que estaría, según la opinión contraria privado de toda protección posesoria aunque el interés del inventor, lo mismo que el del propietario, la pidan imperiosamente; el inventor debe ser protegido, sino por él, en todo caso por el propietario.

Pero el camino de la deducción jurídica que sigue Mandry para alcanzar el resultado, no es, a mi juicio, el más seguro. Consiste en probar que el inventor no *puede*, en absoluto, tener intención de poseer para el propietario. Debe decirse que no puede *continuar* la posesión de éste, puesto que está perdida, ni *adquirirla* de nuevo, puesto que esto no es posible sin orden suya; no queda, pues, más que la intención de poseer para sí, siempre a reserva de transferir la posesión al propietario, si llega a ser descubierta. Pero admitiendo que la voluntad de poseer se determine según lo que al poseedor *debe* decirse y no según lo que se *dice*, empieza por no ser exacto que al inventor deba decirse que el propietario ha perdido la posesión.

Sabido es que la posesión de la cosa perdida continúa hasta tanto que el que la ha perdido nota la pérdida y trata de encontrarla; sólo cuando lo ha procurado infructuosamente, es cuando puede decirse que ha perdido la posesión (1). ¿Puede saber el inventor, al ver la cosa, si continúa la posesión o si se ha perdido? Encuentra un pañuelo en el bosque y lo recoge para devolvérselo a un hombre que va delante de él, a alguna distancia, y que supone es el que lo ha perdido; trata de alcanzar a este hombre, pero no lo consigue. Aquí la posesión no estaba perdida todavía. Supongamos que el inventor sea un jurista que conoce la teoría de la posesión y quiere ajustar a ella su *animus*.

---

(1) L. 3, § 13, *h. t.*: ... *vas ita exciderit ut non inveniatur*. L. 25, pr., ib.: *ut ignoremus ubi sit*.

Su intención no sólo *podía*, sino que *debía* ser *continuar* la posesión. Pero admitamos que la cosa encontrada engaña por su aspecto exterior; que llevaba ya cierto tiempo en aquel sitio; que, por consiguiente, había desaparecido la posesión: ¿se sigue de aquí que el inventor no pueda, sin poderes del propietario, adquirir la posesión para sí, que *deba* obtenerla él mismo aun cuando su intención no pasara de la tenencia, cuando es perfectamente libre de hacerlo según la teoría subjetiva? Mandry alega, para justificarlo, que sin esto no habría posesión; lo cual no se compadece con la L. 1, § 20, *h. t.*, pero hemos mostrado más arriba el valor de la deducción que hace Paulo en este texto. La teoría de los juristas romanos se concilia perfectamente con la hipótesis de la tenencia en el uno, sin que haya posesión en el otro.

Mandry se veía obligado a hacer esta deducción, porque, sin atenerse a la condición del *animus domini*, se atenía, sin embargo, a la de la voluntad de poseer. Para poder admitir la posesión en el inventor, debía atribuirle el *animus possidendi*, que, en su opinión, no es incompatible con la intención de transferir en seguida la posesión al derechohabiente.

Según mi teoría, la voluntad de poseer, en el sentido de la teoría dominante, no tiene nada que ver aquí... ni en ninguna otra parte.

El inventor toma la cosa; por este sólo hecho detiene la posesión en tanto en cuanto no haya una disposición positiva que se la rehuse, y en vano buscamos en las fuentes semejantes disposiciones.

Se nos objetará que la lleva consigo necesariamente la lógica del derecho romano, puesto que el inventor tiene la intención de devolver la cosa al propietario, y por lo tanto, no puede tenerla de adquirir la posesión para sí. Pero también el mandatario tiene la intención de devolver la cosa al mandante, y, sin embargo, obtiene la posesión. La intención de obrar para otro y la posesión para sí mismo, se concilian perfectamente entre sí. El inventor adquiere la posesión como reemplazando al propietario; éste resuelve todas las dificultades. Para la juris-

prudencia antigua de Roma, que no conocía todavía la adquisición directa de la posesión por representante, éste era el único aspecto posible de la relación. Ciertamente, la jurisprudencia nueva hubiera podido aplicar aquí el punto de vista de la representación directa; pero no lo ha hecho, y ha hecho muy bien, según las razones prácticas que hemos indicado arriba.

Conclusión: *el inventor tiene la posesión.*

4.—El gerente de negocios

Por los motivos que acabamos de indicar, el gerente de negocios no podía, según el derecho antiguo, obtener más que la posesión, y en mi opinión, la jurisprudencia nueva hubiera debido disponer lo mismo. Pero en el intervalo, la adquisición inmediata de la posesión en beneficio del representado se había hecho posible en los otros casos de representación (mandato, tutela), y se creyó que se debía extenderla igualmente a la gestión de negocios; no, bien entendido, en el sentido de que el representado obtiene la posesión sin voluntad, sino en el de que le bastaba su rectificación para obtenerla (1).

¿Cómo debemos representarnos la relación posesoria antes de esto? El gerente de negocios, ¿tiene o posee? Me he pronunciado por esta última manera de ver. El motivo principal que a ello me obliga es un motivo práctico. Si se concede la tenencia al gerente de negocios, habría en el intervalo hasta la decisión de parte del dueño del negocio—la cual puede hacerse esperar mucho tiempo si no es conocida todavía o si se halla ausente—un estado de carencia completo de protección de la posesión. En la adquisición de la posesión por un representante autorizado no existe esta situación puesto que es conocido el mandante. Se me objetará que, una vez que existe la posesión, no puede

(1) Ulpiano, L. 42, § 1, *h. t Procurator, si quidem mandate domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non nisi ratam abuerit dominus emptionem.* Paulo, S. R. V., 2, 2.

convertirse en tenencia por una simple declaración de cambio de voluntad por parte de otro. No admito la negación; la relación de tenencia supone, según la teoría de los juristas romanos, tal como la he establecido, una *causa detentionis*. Antes que ésta exista no puede obrar; no puede, pues, tratarse de tenencia; si la cuestión de tenencia surge, no hay el menor obstáculo, porque obra sobre la relación posesoria; la posesión se convierte en tenencia en virtud de la regla del derecho.

Los juristas romanos no se pronunciaron acerca de la relación posesoria del gerente de negocios; se limitan a la regla de que el dueño del negocio pueda procurarse la posesión y la propiedad mediante su ratificación. Considero muy peligrosa esta regla; la garantía que la cosa da al representante autorizado, respecto de los gastos que ha hecho o las obligaciones que ha asumido, se la arrebata el gerente de negocios por el efecto reconocido a la ratificación (L. 42, § 1, cit.); el representado puede arrancarle violentamente la cosa a un simple tenedor, y a él le toca ver cómo ha de hacerse entregar lo que le concierne.

¡Cuánto más justo hubiera sido que la jurisprudencia nueva se hubiera conformado con la antigua! Quizá viva en la creencia de que ha acertado en todo; tiene que ver cómo puede conservar su fe en este caso. En cuanto a la antigua jurisprudencia romana, participo de esta creencia - cada fragmento que someto a un examen atento, me llena siempre de nueva admiración—; pero en cuanto a la jurisprudencia nueva, hace ya bastante tiempo que mi opinión ha cambiado.

XVIII

Historia ulterior de la noción de tenencia

Propiedad, posesión, tenencia y *jus in re*: tales son las formas fundamentales del derecho de las cosas en Roma. Se las puede seguir hasta en los tiempos más remotos, y se han conservado hasta la época más moderna. El rasgo más saliente y distintivo de su carácter, es que se aplican de un modo uniforme a las cosas muebles y a las inmuebles; la distinción del derecho inmobiliario y del derecho mobiliario, que lleva el sello particular del derecho germánico, es desconocida en el derecho romano.

El aspecto que revisten estas cuatro formas fundamentales en la época de su aparición en la historia y en el derecho de Justiniano no es el mismo; ha sido objeto de un desenvolvimiento considerable. En cuanto a tres de ellas: la propiedad, la posesión y el *jus in re*, se *amplió* extensa o intensivamente la idea que les sirve de base, mientras que, en cuanto a la tenencia, dicha idea se restringió extensiva e intensivamente a la vez.

La idea fundamental de la propiedad romana es la protección absoluta contra los terceros: *la rei vindicatio*. En la época primitiva se halla restringida a la granja romana, con los esclavos y el ganado necesario para su explotación; es decir, según hemos visto, a las *res mancipi;* pero bien pronto se extendió a las *res nec mancipi*, y el derecho nuevo no vaciló un momento siquiera en separar la *rei vindicatio* de la propiedad (*rei vindicatio utilis*).

La idea fundamental de la posesión es facilitar la protección

de la propiedad. Bajo ciertas condiciones obtiene el propietario; probando la simple exterioridad de la propiedad, el mismo resultado qué si probara su existencia jurídica (1). La *bonae fidei possessio (actio Publiciana)* sirve para el mismo fin de facilitar la protección de la propiedad. A la prueba de qué ha nacido la propiedad sustituye la de un *hecho externo* del cual hubiera *podido* nacer.

---

(1) Sobre la objeción de que el no propietario se aprovecha igualmente de esta protección, véase mi obra acerca del *Fundamento de la protección posesoria*. Es la condición indispensable para poder concederla al propietario, y los casos en que se hallan excepcionalmente separadas la propiedad y la posesión, no deben tomarse en cuenta entre la mayoría infinitamente grande de los casos en que están reunidas. Acerca de la importancia legislativa de estos elementos de hecho, véanse las páginas 153 y siguientes. La objeción de que aun la prueba líquida de la no propiedad del poseedor se rechaza respecto de la acción posesoria (véase, por ejemplo, Dernburg, *Pandekten*, 1, § 170), se refuta bajo el aspecto *histórico*, es decir, desde el punto de vista del procedimiento antiguo, por el principio de la cuestión *única* que regía todas las instancias judiciales (véase más adelante): el demandado no podía invocar una obligación en un proceso sobre la propiedad, ni invocar la propiedad en un proceso sobre la posesión. Desde el punto de vista *legislativo* se refuta, diciendo que es fácil hablar del aspecto líquido de la no propiedad del demandado; pero que, como tantas otras imágenes abstractas, esta idea carece de realidad práctica; la propiedad o la no propiedad de la una o de la otra parte no es *nunca* líquida allí donde no hay registros territoriales.

La objeción de que la protección posesoria puede volverse *contra* el propietario, es exacta; pero la conclusión que de ella se ha sacado, según la que, por consiguiente, no ha podido ser introducida *para* él, es tan falsa como si del hecho de que un propietario no puede abrir la puerta de su casa, porque no tiene la llave, se quisiera inducir que no había mandado hacer la llave para él. El propietario que encuentra cerrada la puerta de la posesión entra por la de la propiedad, pero al ladrón que ha penetrado por la primera se le expulsa por la segunda. La contradicción que ha hallado mi teoría sobre el fundamento de la protección posesoria tiene su causa última en la hipótesis de que el derecho protege la posesión a causa de la *voluntad*. Es la misma aplicación errónea de la idea de voluntad en derecho que ha influído de una manera tan nefasta sobre tantas otras teorías. En realidad, la voluntad no forma el *princi-*

La idea fundamental del *jus in re* es la protección absoluta de aquel a cuyo servicio ha puesto la cosa el propietario para ciertos fines. La forma originaria bajo la cual era exclusivamente conocido el *jus in re* de la época primitiva, y a la cual continuó restringida más tarde la expresión *servir*, absolutamente exacta para aquella época, era la servidumbre predial, y aun solamente la servidumbre rural, única que ofrecía interés para los labradores. El desenvolvimiento de la vida urbana le añadió en seguida la servidumbre urbana; el progreso de la agricultura le unió, además, una masa de servidumbres rurales desconocidas antes. A la servidumbre predial se unió la servidumbre personal, y a las servidumbres se añadieron, como nuevas formas del *jus in re*, la superficie, la enfiteusis y el derecho de prenda.

La idea fundamental de la tenencia en la época primitiva era la carencia de derecho del tenedor respecto del *dominus possessionis*. Indicada en la casa romana por la dependencia jurídica de los hijos y de los esclavos respecto del padre de familia, la tenencia les sirvió a los romanos para organizar la relación del propietario con sus arrendatarios y sus inquilinos, de tal manera, que se ponía al proletario en manos del rico.

La aplicación de la noción de tenencia a las cosas muebles no tenía gran importancia práctica, a excepción de la adquisición, como hemos visto, de la posesión por representante: en todo caso, quedaba completamente en segundo término respecto del alquiler.

---

pio, sino sólo una *condición* de la posesión. Dernburg (lugar citado) se ha emancipado con razón de este falso subjetivismo de la voluntad; da a la posesión una base objetiva, caracterizándola como el orden social aparente. A esto conduce igualmente mi teoría; pero añade el motivo justificativo por el cual protege el derecho este orden aparente o «el reparto establecido de los bienes reales». Por esto regularmente concuerda en su reparto jurídico, y esto es lo que yo he tenido en cuenta para decir que la protección posesoria ha sido introducida en interés de la propiedad.

Esta extensión de la noción de tenencia, que, hecha abstracción de las excepciones indicadas, debe haber hallado su conclusión en una época relativamente remota, fué seguida más tarde de un movimiento de *retroceso*. Comienza ya en el terreno romano, y prosigue en la Edad Media y en la época actual.

Tal es lo que entiendo por historia ulterior de la tenencia romana.

El interés que dicha historia presenta no consiste en el simple hecho de los cambios que aquí se han realizado, sino en la conclusión que podemos sacar de ellos. Esta conclusión es que la idea de carencia del derecho del tenedor, que en la época primitiva sólo se tenía en cuenta en la tenencia, se convirtió, en la época siguiente, en objeto de repulsión, y no concordaba con su sentimiento del derecho ni con sus intereses económicos. El destino ulterior de la noción de la tenencia nos hace conocer el fallo de la historia: vamos ahora a aprender a conocer la crítica real que la historia ha hecho de la noción de la tenencia.

I. Historia ulterior de la noción de tenencia en Roma

La historia de la tenencia en Roma sigue dos direcciones: una se caracteriza por la restricción *extensiva* de la noción de tenencia, es decir, por el estrechamiento de su campo de aplicación; y otra, por su restricción *intensiva*, es decir, por la atenuación de la idea de ausencia de todo derecho para el tenedor.

Reducción del campo de aplicación de la tenencia.

Vemos ciertos casos de tenencia destacarse, para encontrar la protección del derecho, bajo la forma de posesión real o de *juris possessio*. Ya hemos encontrado este hecho. El arrendatario de un *ager vectigalis* y el enfiteuta obtienen la posesión real; el usufructuario y el usurario tienen la *juris possessio;* el superficiario obtiene la una o la otra, según las circunstancias.

La protección jurídica aparece en otros dos casos todavía, sin que los juristas romanos invoquen siquiera la *juris possessio*. Así el arrendatario del *locus publicus* se ve protegido por el interdito de *loco público*, y el *immissus in possessionem* por el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*. Estos interdictos conferían, los dos, una *plena* protección; reunían en sí las tres funciones de los interdictos posesorios: *adipiscendae*, *retinendae*, *recuperandae possessionis*. En todos estos casos, a excepción del de las servidumbres personales, la elevación de la tenencia a la categoría de posesión (*possessio rei* o *juris*) se refiere históricamente a la participación tomada por el poder público en el establecimiento de la relación.

La superficie se reputa afecta al suelo público en virtud de una convención jurídica con la ciudad. Lo mismo pasaba con el *ager vectigalis* y el *locus publicus*. La *immissio* se concedía por el pretor; así, pues, igualmente, por el Poder público.

Por todas partes aquí, tras la persona privada, se hallaba la autoridad pública, a quien se infería un ultraje atacando la relación posesoria por ella establecida.

En las locaciones públicas se añadía también el interés administrativo y económico que hemos señalado más arriba. Para las servidumbres personales la protección posesoria resultaba como una consecuencia necesaria de la protección petitoria.

En la mayor parte de estos casos los juristas romanos no admitieron más que la simple tenencia por parte del que tiene de hecho la cosa entre las manos, y esto a fin de asegurar la protección posesoria al propietario. Pero ésta es completamente indiferente para la única cuestión que aquí me preocupa, a saber, para la protección del derecho concedido o rehusado al tenedor.

En *la práctica* se abandona, en tales casos, la noción de tenencia. El tenedor está protegido, lo mismo contra el titular de la posesión, que contra los terceros. En este sentido, pues, se puede decir que *todos estos casos salen del dominio de la tenencia*.

Debilitación intrínseca de la noción de tenencia.

Cuando establecían la noción de la *juris possessio* para las servidumbres personales, se les presentaba a los romanos la mejor ocasión de desprenderse completamente de la noción de tenencia en el sentido antiguo, es decir, el principio de la falta de derecho del tenedor, y conceder a este último la protección jurídica bajo el nombre de *juris possessio*.

No han llegado a hacerlo; pero ha habido, sin embargo, un progreso considerable.

Ya en otra obra (1) he consignado el aserto frecuentemente reproducido de que los arrendatarios y los inquilinos no pueden participar de la protección jurídica más que por mediación del propietario, y he enumerado los medios de derecho que el derecho romano pone inmediatamente a su disposición. Son la *actio injuriarum* y el interdicto *quod vi aut clam*. Este último, por más que los romanos no lo contaron en el número de los interdictos posesorios, porque no suponía la posesión, sino sólo un interés (L. 11, § 14, *quod vi*, 43-24), ejerce en realidad la función de un medio posesorio; protege contra todos los atentados al estado de posesión, que pueden ser considerados como *opus in solo factum*, y pertenece también al arrendatario (L. 12, ídem). Estas personas tenían, entiéndase bien, el derecho de sostener por la fuerza su relación posesoria, siempre que no fuese contra el propietario. La circunstancia de hallarse contractualmente obligado a dejarle la cosa, no infería ningún perjuicio a su poder como poseedor. Como tal podía expulsarlos a su grado; si resistían, tenía el interdicto *uti possidetis* o *unde vi*, sin que pudieran prevalerse de sus derechos contractuales. Se hallaba esto conforme con el método analítico del procedimiento antiguo, según el cual no se comprendía al demandado

(1) V. mi disertación sobre *den Rechtschutz gegen frivole Rechtsverlatsungen* en mi *Jahrbücherw*, vol. 3, págs. 308-335.

en las excepciones que no contenían una denegación directa de la demanda (1); se hallaba reducido, para sus demandas reconvencionales, a la vía de la acción directa.

El procedimiento nuevo se ha separado de este método. Permite la producción de las pretensiones independientes del demandado; permite, por ejemplo, en la *reivindicatio*, la excepción indicada en nota y la demanda de restitución de las impensas. En la acción personal admite la excepción de compensación. Así se ha permitido igualmente entonces al demandado en acción posesoria invocar el derecho de obligaciones (véase más abajo): la propiedad, el crédito, la posesión, se detienen ante su derecho.

Entre estas innovaciones, la más importante es la relativa a la posesión; en virtud de ella se ha modificado fundamentalmente la relación entre la posesión y la tenencia. La tenencia no es, como en la época antigua, una relación enteramente privada de derecho; se halla jurídicamente protegida cuando reune las condiciones de que depende esta protección. En todos estos casos el progreso se presenta bajo las apariencias *exteriores* de una reforma de procedimiento, lo que podría hacer creer que ha sido fruto de una concepción más libre del mecanismo procesal. Pero esta oposición no resiste a la crítica; el cambio que se opera en el procedimiento no es más que el reflejo y la obra del que se ha cumplido en el sentimiento jurídico nacional. Se consideraba contrario a la equidad que, como en la época antigua, el propietario pudiese reivindicar contra el comprador la cosa vendida y entregada, pero no mancipada; que el acreedor pudiera exigir del deudor, al cual también él debía, el importe entero de su crédito; que el arrendador pudiera ex-

(1) V. *Espíritu del Derecho romano*, IV, §§ 50-52. Porque en la posesión el demandado no era oído en cuanto a la excepción de su propio derecho de propiedad, lo mismo que en el petitorio no podía prevalerse de los derechos contractuales nacidos de una venta (la *exceptio rei venditae et traditae*, del derecho pretorio), y en las acciones personales no podía oponer la compensación *utraque actio it sua via*, como dice Séneca, *de benef.*, VI, 6, hablando de la reconvención.

pulsar al arrendatario sin motivo; y se concedía como consecuencia una excepción al demandado.

Aquí, como en todo lo demás, la excepción no es más que la forma bajo la cual el sentimiento jurídico nuevo se hace valer contra el derecho inflexible de la antigüedad: *ne cui dolus suus per ocasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.* (L. 1, § 1, *de exc. doli*, 44-4). Las formas del procedimiento no son más que los medios de alcanzar los fines reales perseguidos por la ley o de satisfacer las exigencias formuladas por el sentimiento jurídico; cuando el sentimiento jurídico ilustrado de la época nueva se formalizó en cuanto a la carencia de derecho del arrendatario y el inquilino, se había hallado ya la forma necesaria para responder a esta evolución del sentimiento jurídico, lo mismo en cuanto a la posesión que en cuanto a la propiedad y la obligación.

El primer jurista que depone acerca de este hecho y le concede la atención que merece, es Marcelo, en la segunda mitad del siglo II. En la L. 12 *de vi* (43-16), trata del caso en que, habiendo vendido el arrendador el fundo arrendado y autorizado al comprador para tomar posesión de él, el arrendatario opone resistencia.

¿Hay aquí una *desposesión*? Marcelo parte del punto de vista de que *nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emtorem, cui jusserit dominus tradi possessionem, non admisisset;* pero añade esta restricción: *nisi propter justam et probabilem causam id feccisset.*

Tal es igualmente su decisión en la L. 20, *h. t.*, cuando el comodatario rehusa restituir la cosa al comprador. *Alias*, dice, *videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim, si alia* QUAEPIAM FUIT JUSTA ET RATIONABILIS CAUSA *non redendi, non utique ut possessionem ejus interverteret?*

Así es completamente indiferente para la decisión, que venga el mismo propietario o que se presente otro en su nombre; que el tenedor tenga la cosa en virtud de un contrato oneroso,

el arrendamiento, o en virtud de un contrato gratuito, el comodato; se trata únicamente del motivo de su negativa. Esta negativa es fundada; la resistencia de hecho que opone se halla plenamente justificada; no hay, pues, aquí *desposesión*.

Marcelo no expresa esta opinión como una idea nueva y propia suya; no se sirve de las fórmulas usadas en tales casos: *posse defendi*, *dici*, *probabilius esse*, etc. Podemos concluir de aquí que la evolución en la concepción de la relación que existe entre el tenedor y el titular de la posesión, de que sus palabras son testimonio, estaba ya comprendida en su época y no era objeto de duda alguna.

Existe una contradicción aparente entre esta decisión de Marcelo y la de Papiniano en la L. 18, *de vi* (43·16). El arrendatario no ha dado acceso al comprador. Este jurista ve aquí, *sin reservas*, una desposesión violenta del arrendador sin dejar lugar a la posibilidad de una negativa legítima del arrendatario:

> *Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit.*

Esta decisión es en extremo sorprendente, tanto desde el punto de vista del desenvolvimiento de la jurisprudencia romana, como desde el de la compilación de Justiniano. Es difícil creer que la jurisprudencia nueva haya abolido un progreso ya conquistado en la época de Marcelo; y de abolirle, ¿cómo hubieran podido los compiladores, después de haber expuesto una regla en la L. 12, retirarla algunas líneas más abajo, en la L. 18?

La explicación se encuentra quizá en la circunstancia de la *vacua possessio*, que Papiniano señala expresamente al principio del texto

> *...jussit emtorem in* VACUAM POSSESSIONEM *ire*,

mientras que Marcelo no menciona esta circunstancia en los dos textos citados:

L. 12, cit.: *cum is in possessionem missus esset.*

L. 20, cit.: *rem emtori tradi jusserit.*

Papiniano suponía el caso en que, habiendo expirado el arriendo, el arrendatario que había dejado ya el fundo (1), oponía resistencia al comprador. Marcelo suponía el caso en que el arriendo no había expirado todavía, o en que se trataba de expulsar al arrendatario antes del vencimiento.

Bajo otra relación causa sorpresa el texto de Papiniano. Después que el arrendatario se niega a reconocer al comprador, el arrendador da a éste orden de expulsar por la fuerza al arrendatario, y el jurista declara *ilícito* este mandato; si el arrendatario intenta contra él el interdicto *unde vi*, el comprador no puede privarse de esta orden: *dixi* (*emtori*) *non esse juvandum, qui mandatum* ILLICITUM *percepterit.*

¡Cosa extrañal Si en la negativa del arrendatario a dar acceso al comprador hay una *vis* contra el propietario, como el mismo Papiniano la reconocía, y si el propietario saca de ella el derecho de mantener su posesión por la fuerza, la expulsión del arrendatario ejecutada por él es una *res licita* y, por consiguiente, la autorización dada al comprador de ejecutarla en su lugar es un *mandatum licitum*. Si este último es, por el contrario, *illicitum*, la expulsión ejecutada por el mismo propietario debe ser igualmente una *res illicita.*

Confieso francamente que encuentro incomprensible la decisión de Papiniano. En todo caso, es un signo del tiempo un jurista antiguo no hubiera visto nada de ilícito en semejante mandato, y esto muestra cuánto habían cambiado las ideas de la época respecto del desahucio de los arrendatarios.

Marcelo no nos suministra ningún informe sobre la *justa et probabilis*, *justa et rationabilis causa* (2). ¿A qué pretensiones del arrendatario alude?

(1) Vat. fragm. § 249 (5): ... *Vel abscessu sui, si domus vel fundus aut quis ejusdem generis erit,* SEDEM NOVO DOMINO PATEFECERIT. No hay *vacua possessio* en tanto que ocupe alguien el fundo, aunque sea como simple tenedor. L. 2, § 1, *de act. emti* (19-1): *vacua possesio tradita non intelligitur si alius in ea legatorum fideive commissorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideant.*

(2) Según Windscheid (*Lehrbuch.* II, § 400, 7), que, al mismo tiempo, nos da la bibliografía de la cuestión, es preciso pensar en el caso en que

Ante todo, hay que pensar en su pretensión de conservar la cosa durante el tiempo fijado por la convención, y quizá también en el reembolso de las impensas necesarias que incumbe al propietario, y el derecho del arrendatario y del locatario de ejercer el *jus tollendi* (1).

Ante tales motivos, la resistencia que el tenedor opone al dueño de la posesión no contiene un atentado a su derecho de posesión: *non videbitur possessione dominum intervertisse* (L. 20, cit.). Merced a esta consideración, el motivo que lleva a la posesión a ceder ante la obligación, se transporta a la posesión misma; está descartado el conflicto. Es la misma situación que cuando el demandado responde a la acción del contrato, que éste ha versado sobre su propia cosa (2).

La demanda es rechazada *ipso jure*, porque no se han reuni-

---

el locatario «no quiere retener la cosa en virtud de su derecho de locatario sino como cosa propia». Si ésta es una *justa et probabilis causa*, existe en todas partes; el locatario no tiene necesidad de declarar que tal es su voluntad y habrá una *justa causa* de su resistencia. No veo cómo puede conciliarse esta proposición de Windscheid con la que sigue inmediatamente: «Los textos sólo quieren decir que la *retención del contrato de arrendamiento* no hay posesión». Cuando Windscheid añade: «cuando resulta de la propia declaración del arrendador, en la acción, una obligación para él de dejar la cosa al locatario, no se puede negar a este último que haga valer esta obligación, por vía de excepción, aun contra la acción posesoria»; no puedo menos de pensar que lo mismo pasa siempre.

Para obrar contra el que se encuentra, de hecho, en posesión de la cosa, el acto debe probar que el demandado posee *a pesar suyo*, es decir, como *injustus possessor*, *vi*, *clam*, *precario*, o *por sí*, es decir, como tenedor en *su* nombre. En este último caso debe invocar para éste la *causa detentionis*, es decir, el contrato de arrendamiento, si se trata de un locatario. Pues bien; por esto mismo confiesa la existencia de una obligación de su parte, y ésta, según los principios generales, debe reputarse que dura tanto en cuanto no se ha probado la extinción; en otros términos, para obtener éxito en su acción posesoria, debe probar que ha expirado el arrendamiento y que ha venido para él el tiempo de pedir la restitución de la cosa.

(1) L. 19, § 4; L. 55, § 1; *Loc.* (19-21).

(2) L. 45, pr., *de R. J.* (10-17).

do sus condiciones legales; la resistencia del tenedor no constituye una *vis*, y ésta excluye a la vez el interdicto *unde vi* y el *uti possidetis*, que suponen ambos la *vis* por parte del demandado.

Es decir, para hablar el lenguaje del fondo del derecho, que el derecho de expulsión perteneciente al propietario no es limitado como en la época antigua, sino que se halla encerrado dentro de ciertos límites.

No fué seguramente la jurisprudencia la primera que puso un límite al ejercicio arbitrario del derecho de desahucio de parte del titular de la posesión. Vemos en la L. 54, § 1, *Loc.* (19-2), que los arrendatarios se aseguraban contra esta eventualidad por medio de una pena convencional, y la jurisprudencia no hallaba ningún inconveniente en considerar como válida esta convención; si hubiese advertido un desacuerdo con la idea de la posesión, ¿no hubiera debido declararla nula, lo mismo que en otros casos análogos: por ejemplo, la exclusión contractual de la libertad de testar, del derecho de vender del acreedor con prenda, o las convenciones sobre la dote, que estaban en contradicción con el destino de ésta o con la esencia del matrimonio? No vió en ello ningún obstáculo; lo que prueba cuánto habían cambiado las ideas sobre la posesión jurídica del titular de la posesión frente al tenedor.

Cuando Paulo, cuyo es ese texto, declara ineficaz la pena convencional en el caso en que el arrendatario se retrase en el pago de la renta (1), o descuida el fundo, no atiende más que a la intención presunta de las partes *(verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et, vt oportet, coleret)*. Lo que reconocía aquí, para el caso en que el arrendatario se hubiese asegurado por medio de una pena convencional, debe, con mayor razón, admitirse

(1) Los dos años de que se trata en el texto forman parte de las circunstancias de la especie concreta, no forman una condición del derecho de desahucio, como se ha creído equivocadamente. Paulo basa únicamente su decisión sobre que *si pensionibus paruerit*, sin hablar de los dos años.

en el caso en que lo ha hecho, es decir, en caso de descuido en el cultivo del fundo o de falta de pago de la renta.

El desahucio del arrendatario no podría ser objeto de duda, aun desde el punto de vista del derecho nuevo.

Puede preguntarse, cómo conciliar ciertas constituciones del título *Locati* (4-65), en el Código, con las decisiones comentadas arriba de los juristas romanos: me refiero a las L. 3, 32, 34, *Locati* (4-65). Los dos últimos textos parecen indicar que Zenón ha querido prohibir por ellos de una manera absoluta, al arrendatario y al locatario, toda resistencia contra la orden de evacuación emanada del arrendador; pero ninguno de ellos habla en nuestro caso de desahucio *durante* el término del arrendamiento, sino sólo de la conducta ilegal del arrendatario *después* de la expiración del arriendo. En la L. 32 intenta una acción contra el nuevo arrendatario que ha tomado el fundo después que él: *quasi rem illicitam aut agenti damnosam temptaverit.* Se trata, pues, por su parte, no de una resistencia contra el derecho de desahucio del propietario, sino de la discusión de su derecho de arrendar su fundo según le parezca, dirigida contra el nuevo arrendatario. Así resulta perentoriamente de las frases siguientes:

Qui POST EUM *cum domini voluntate ad eandem* CONDUCTIONEM ACCESSIT.

Es decir, se ha presentado un nuevo arrendatario, al cual ha traspasado el fundo el propietario.

Patere FACULTATEM *dominis domos suos... cui voluerint* LOCANDI.

Es decir, se trata simplemente del derecho del propietario de arrendar el fundo a quien quiera.

Nisi forte pacta per scripturam specialiter inita... agentis intentionibus suffragantur.

Es decir, si el arrendatario no se ha reservado, en documento, la renovación de su arriendo al expirar el término corriente.

Según la L. 34, cit., se podría creer que todo arrendatario que rehusa restituir el fundo y obliga al arrendador a recurrir

a los Tribunales, comete una injusticia, por lo cual; *ad similitudinem invasoris alienae possessionis non solum rem locatam, sed etiam aestimationem ejus victrici parti praebere compellatur.*

En realidad, no se trata más que del caso en que, *despues* de extinguido el arrendamiento, el arrendatario se permita retener la cosa hasta la *sentencia definitiva (litem usque* AD DEFINITIVAM SENTENTIAM).

El punto es importante. Si el arrendatario tiene pretensiones reconvencionales, por las impensas necesarias que incumben al actor, nada se opone, en el procedimiento de la *actio locati*, a que haga valer estas pretensiones. El juez, lo mismo que puede hacerlo en todas las acciones que tiendan a *restituere*, impone al demandante el reembolso de estas impensas por medio de una sentencia incidental (*arbitrium*). Si se ejecuta, depende del demandado sustraerse a una *condena* en la sentencia definitiva; restituye, y el juez le absuelve de la acción; si no la ejercita el actor, se le priva de su acción. No se llega a una condena en la sentencia definitiva más que cuando el actor se niega hasta el último momento, *sin fundamento*, a restituir, y entonces sufre con razón la pena con que se le ha conminado, mientras que no hubiera podido justificarse ésta si hubiera tenido motivos legítimos para rehusar.

De esta manera el texto está en armonía con la decisión de Marcelo (1), y en este sentido lo comprendieron igualmente los autores de las Basílicas (XX, 1, 94), los cuales corrigieron la inexactitud del texto añadiendo: *post expleta tempora locationis.*

La L. 3, Cod. id., contiene un rescripto de Antonino Pío, en el cual dice a un locatario de una casa, a su instancia, que no puede ser lanzado contra su voluntad. No se le permite al arrendador expulsarle más que por tres causas: *nisi propriis usibus dominus esse necesariam eam probaverit aut corrigere domum*

(1) En apoyo de este razonamiento, véase la L. 10, Cod. (8-4) del mismo Zenón, en la cual no se prohibe la resistencia al arrendatario más que en el caso *cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret.*

maluerit aut tu male in re locata versatus es; a las cuales añade este cuarto motivo, expresado en forma de condición: *Si pensionem domino insulae solvis.* Como guarda silencio acerca de la causa que pudiera esperarse ver en primer lugar, la expiración del término del arrendamiento, resulta que el Emperador sólo tenía en cuenta la cuestión de la disolución del arriendo *durante* el término del contrato.

Para la inteligencia del texto, es de gran importancia representarse claramente el doble sentido que pueda tener. Puede significar: el arrendador puede, en los casos citados, disolver el arrendamiento antes del término sin exponerse a las reclamaciones contractuales del locatario, o bien puede hacerlo, pero bajo reserva de entenderse con el locatario.

Antonino Pío quiere *mejorar*, no *empeorar*, la posición del locatario. En este sentido comprendieron su disposición los autores de las Basílicas (XX, 1, 65), que la hacen preceder de la nota; *pulchrum jus constitutio continet;* y ven, por consiguiente, en ella una innovación preciosa del derecho anterior.

Pues bien: sabemos que, según el derecho anterior, el locatario tenía igualmente derecho a una indemnización en caso de desahucio. Este derecho se halla formalmente reconocido en las Pandectas por un jurista del comienzo del Imperio, Alfeno, precisamente en uno de los casos mencionados por Antonino Pío (1). Aun en el caso en que el arrendamiento se rescinda por culpa del locatario (falta de pago de la renta y deterioro), y en que, por consecuencia, se halla excluída toda acción de daños y perjuicios por la aplicación del principio: *quod quis ex culpa sua damnum sentit damnum sentire non videtur* (L. 203, *de R. J.*, 50-17), es preciso concederle todavía un derecho a la restitución de sus impensas.

El texto deja, pues, enteramente a un lado la cuestión de las consecuencias contractuales del desahucio; se refiere exclu-

(1) L. 30, pr., *Loc.* (19-2), que distingue dos casos respecto de la regla que se ha de aplicar para medir la indemnización: *si vitiatum oedificium* NECCESSARIO *(dominus) demolitus esset*, o bien: *si* NON *fuisset necesse demoliri, sed quia* MELIUS *oedificare vellet, id fecisset.*

sivamente al derecho de desahucio del arrendador, y lo subordina a restricciones a las cuales no estaba sometida anteriormente, o que, aun admitidas ya en la práctica, quizá no habían recibido todavía la sanción de la ley.

No dice el texto lo que se ha de decidir cuando el arrendador no respeta las restricciones de la ley. Seguramente entonces el locatario podía resistir de hecho; la decisión *invitum te expelli non oportet* le daba derecho a ello, y no hay en su resistencia ninguna perturbación de la posesión que dé al arrendador el derecho de intentar el interdicto *uti possidetis*.

Por el contrario, cabe aplicar ahí el punto de vista que hace valer Marcelo respecto de la resistencia del arrendatario que tiene una *justa et probabilis causa: dominum possessione intervertisse non videtur*. Pero ¿qué auxilio se le presta al arrendatario si el arrendador le expulsa lo mismo? Si no hubiera aquí ningún auxilio judicial, no se hubiera conseguido el fin que el Emperador se propuso alcanzar; toda la disposición, el pretendido *jus pulchrum* de los bizantinos, hubiera sido una raya en el agua. Hubiera continuado en vigor el derecho antiguo; hubiera quedado el locatario reducido a intentar la *actio locatis* por daños y perjuicios. La protección que el Emperador le reservó, no puede evidentemente consistir más que en la obligación impuesta por el juez al arrendador de devolver la cosa al locatario, pues esto significa, en la práctica, que la *actio conducti* ejerza la *función de un medio posesorio*, que restablezca de hecho la relación de tenencia anterior.

Considerada bajo este aspecto la disposición de Antonino Pío, aparece como un nuevo paso en el camino abierto por Marcelo para asegurar el tenedor contra la arbitrariedad del titular de la posesión. Contiene una prueba más de la evolución que se había realizado en la época nueva respecto de la concepción de esta relación.

El Emperador avanza sobre el jurista. Este había hecho depender, sin distinción, el derecho de resistencia del arrendatario, de la existencia de una *justa et probabilis causa*, es decir, de la apreciación del juez. Esta indeterminación, que seguramente

ha debido producir reales inconvenientes en la práctica, en tal respecto, que podía suscitar la cuestión todos los días, fué corregida por el Emperador, por medio de la enumeración de cuatro causas bien determinadas que podían autorizar al arrendador para expulsar. Después hay la diferente actitud tomada de una parte y de otra, en principio, en esta cuestión. Marcelo, con la jurisprudencia anterior, se atuvo a la *legitimidad, en principio, del derecho de desahucio*, y sólo se elevó hasta la idea de que *excepcionalmente* puede no haberlo. Antonino Pío declara abolido, *en principio*, el derecho de desahucio (*invitum te expelli non oportet*) y no lo admite más que en casos completamente excepcionales. Así la relación entre la regla y la excepción es en uno y en otro enteramente opuesta; la excepción de Marcelo se ha convertido en regla; la regla, en excepción.

Entre las causas que cita Antonino Pío (1) no se encuentra la venta verificada por el propietario.

Cuando la opinión corriente admite el derecho de desahucio, aun para este caso, se pone en abierta contradicción con la L. 3, Cód. cit. El propietario, según ella, no puede en caso de venta expulsar al locatario; según Marcelo y Antonino, el locatario está en su derecho si resiste, y si, a pesar de todo, el propietario le expulsa, tiene, como hemos visto, la *actio conducti* para la restitución real de la cosa. El comprador que no se ha convertido en propietario por tradición, la cual no es posible más que con el consentimiento del locatario, no puede tampoco; si no obstante, lo hace, hay que aplicar la decisión de Papiniano en la L. 18, *de vi* (43-16: *emtori non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit*. En el caso contrario, el propietario hubiera podido eludir simplemente la disposición de la L. 3, Cód. cit., encargando a otro de practicar el desahucio en vez de hacerlo por sí mismo.

(1) En esta exposición, puramente histórica, no puedo entrar en el examen teórico de estas causas, y principalmente de la necesidad que el arrendador podía experimentar personalmente de volver a tener la cosa. No examino tampoco hasta qué punto podía aún hacerse uso del punto de vista de Marcelino ante la L. 3, Cód.

Los textos en los cuales se apoya esta opinión o la regla, de que la venta rompe el arrendamiento, no contienen esta regla. Tres de entre ellos (1) conceden al legatario de la propiedad o del usufructo de la cosa arrendada el derecho de desahuciar al locatario. Pero precisamente en su persona no existe el obstáculo que excluye este derecho en la persona del mismo arrendador: la obligación contractual. Sin duda, en el primer texto, el derecho de expulsión del usufructuario se halla basado en la analogía de la venta: *ad exemplum* VENDITIONIS... *potest usufructuarius conductorem repellere*; y otros dos textos (2) reconocen que el locatario está enteramente entregado en manos del comprador; pero el punto decisivo, a saber, si el comprador había o no recibido la tradición, queda sin resolver.

Si se ha verificado la tradición, todo está en orden; el comprador se ha convertido en poseedor y propietario, y como se ha tomado sobre sí las obligaciones del vendedor, nada se opone a su derecho de desahucio. A este caso hay que restringir, en mi opinión, las decisiones de estos textos, los cuales, por *venditio* entienden, no la simple conclusión del contrato consensual, sino su realización por medio de la tradición de la cosa.

Tal es el sentido que incontestablemente tiene esta palabra en *ad exemplum venditionis* de la L. 59, § 1, cit.

El paralelo entre el usufructuario y el comprador no hubiera sido justo. Si el jurista no hubiera querido designar al propietario con el término «comprador», tanto hubiera valido asimilar la posición del titular de un derecho real, con la del titular de un derecho personal.

Resulta de las explicaciones precedentes que la regla «venta rompe arriendo», que se cree tomada del derecho romano, no existe realmente en él. Era exacta en el antiguo derecho hasta Marcelo y Antonino Pío; pero fué abolida en el derecho nuevo, puesto que la L. 3, Cód., no cita el caso de venta entre las cau-

(1) L. 59, § 1, *de usufr.* (7-1); L. 32, *Loc.* (19-2); L. 120, § 2 *de leg.*, I (30).

(2) L. 25, § *Loc.* (19-2); L. 9, Cód. *Loc.* (4-65).

sas que autorizan al arrendador para disolver el arrendamiento y desahuciar al locatario.

El locatario no debe consentir la tradición al comprador, y ésta no puede hacerse sin su asentimiento. Contra los actos de violencia del propietario o del comprador, tiene la protección del Derecho. La posición jurídica del locatario se ha mejorado así extraordinariamente en comparación con el derecho antiguo, y esto era quizá lo que los bizantinos tenían en cuenta en su *jus pulchrum* de la L. 3, Cód. cit.

Estaba reservado a la teoría romanista, en su afección parcial por la idea romana antigua de la posesión, cerrar los ojos ante el prudente progreso hecho por el derecho nuevo, y hacer revivir en aquella máxima un resto de la época primitiva de Roma, que podía responder al rudo sentimiento jurídico de entonces, o más bien, que no ha sido impuesto al derecho más que por la preponderancia social de las clases ricas sobre las pobres, pero que ha sucumbido ya, en la Roma nueva, ante el sentimiento jurídico ilustrado y que está en flagrante contradicción, a mi juicio, tanto con nuestro sentimiento jurídico actual, cuanto con nuestras actuales relaciones económicas.

Si los bizantinos vivieran hoy, se asombrarían de lo que ha llegado a ser su *jus pulchrum*, mientras que un romano de la época primitiva quizá lo aplaudiría.

La protección jurídica del tenedor ha recibido, pasajeramente, en los últimos tiempos del Imperio, mayor extensión todavía por consecuencia de la L. 4, Cód. Teod., *unde vi* (4-22), de Arcadio y Honorio, la cual extiende al tenedor una disposición (reproducida en la L. I, Cód. Just., *si per vim*, 8 5), que Constantino, en la L. I, Cód., cit., había dictado para el posesor. Consistía en el auxilio asegurado al posesor contra la desposesión realizada durante su ausencia. Todos aquellos cuya misión es defender sus intereses: arrendatarios, parientes, amigos, libertos, hasta los esclavos, están autorizados para denunciar el hecho al juez, el cual debe conocer de oficio de la causa, y restablecer inmediatamente el estado anterior.

En apariencia es una enormidad jurídica; se abandona una

de las ideas fundamentales del derecho privado, a saber, que el interesado mismo es el único que puede dictar acción; en realidad, Constantino no hacía más que recoger una idea del antiguo derecho romano poniendo las gentes abandonadas bajo la protección de las personas encargadas de velar por sus intereses.

Ya la *lex Hostilia*, de los comienzos de la República, había seguido el mismo camino, permitiendo intentar la *actio furti*, en el caso de robo de las cosas pertenecientes al que había sido reducido a prisionero del enemigo, o se hallaba ausente en el servicio del Estado, a las personas encargadas de representarlos (pr., J., *de iis per quos*, 4-10); y no faltan otros casos de aplicación, sea en el antiguo, sea en el nuevo derecho (1). La L. 8. Cód. Teod. *de Jurisd.* (2-1), de Arcadio y Honorio (extractada en la L. 8, Cód. Just., *unde vi*, 8-4) nos ilustra acerca del punto de vista, desde el cual se consideraba esta protección jurídica del ausente; era, en suma, el de la *persecución de oficio* del derecho actual. El medio de derecho que con este fin se da, se designa aquí como *momentariae possessionis interdictum*, y se le añade la nota siguiente: *quod* NON SEMPER *ad vim publicam pertinet vel* PRIVATAM, *mox audiri*, INTERDUM *etiam sine inscriptione meretur* (2), es decir, *excepcionalmente*, aun sin introducción de una instancia penal, lo que muestra claramente la significación *originaria*, criminal o de policía, del medio (3).

---

(1) Me refiero a la *agere pro libertate pro tutela*, y a los ejemplos que he dado en el *Espíritu del D. R.*, IV, p. 110, n. 157; p. 345, n. 528, entre los cuales hay uno de Justiniano.

(2) El párrafo segundo de la constitución original, da la explicación siguiente: *Cum igitur de his reous* PARVIS AC MINIMIS *tuos sit injuria potestatis judicare, decretum est, eas tantum* CAUSAS CRIMINALES *a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritus horror inscriptionis impleverit.*

(3) La opinión dominante no ve aquí más que otro nombre para designar el interdicto *unde vi*. Es un error, según resulta de este texto; el interdicto *unde vi* es una acción penal ordinaria, el interdicto o la *actio momentaneae possessionis*, o, como se dice también, la *actio momenti*, no lo es, si no hubiera podido ser intentada por los esclavos; no es más que la denuncia hecha a la autoridad de un acto de violencia. He tratado de

La disposición de Constantino no indica que la protección haya de pertenecer también al tenedor: no habla más que de la *possessio* sin distinción, lo cual no puede significar más que la posesión jurídica. Pero en la L. 4, Cód. Teod. citado de Arcadio y Honorio, se completa esta expresión de tal manera, que queda fuera de duda la extensión del medio de derecho al tenedor.

Las palabras decisivas son las siguientes:

> *Sub quocunque igitur* NOMINE *vel* TITULO POSSIDENTI *repetendi copia praebeatur, qui* UTENDAE REI HABUIT FACULTATEM.

Quien no tenga la idea preconcebida de la imposibilidad de la extensión de la protección posesoria al tenedor, y no cierre además sistemáticamente los ojos a la verdad, no puede negarse a admitir que este texto debe comprender también al tenedor.

Aun cuando *sub quocunque* TITULO debería ser referido al poseedor (oposición del *justus* y del *injustus possesor*), *sub quocunque* NOMINE no puede gramaticalmente ser entendido si no es comprendiendo al propio tiempo al tenedor.

La expresión *possidere*, dicen los Emperadores, debe ser tomada aquí en el sentido más amplio: todo individuo al cual dicho término sea aplicable *gramaticalmente*, tendrá la protección posesoria. Lo cual separa o aparta expresamente la significación *civiliter*, y comprende también la *naturaliter possidere*, esto es, la tenencia. Cuando los Emperadores añaden aún el miembro de la frase: *qui utendae rei habuit facultatem*, que se aplica también al colono y al inquilino, no se trata, en verdad, de una simple y pura tautología; trátase, sin duda, de una restricción a lo que precede; el medio no será concedido sino a quien tiene

---

esta acción en mi obra *Del fundamento de la protección posesoria*, páginas 111 y siguientes, y salvo algunas modificaciones sin importancia, mantengo todavía en todas sus partes la opinión que allí defendí, a pesar de las contradicciones de que he sido objeto desde entonces.

la cosa en sus manos *para sí*, quien tiene un interés en el mantenimiento de la relación posesoria, y no quien no hace más que explotarla para el propietario; en suma, se concede tan sólo al *poseedor* y tenedor *interesado*, pero no se concede al *tenedor por procurador*.

La idea que en el fondo se ofrece, es la de la *protección del interés en el mantenimiento de la relación posesoria*.

A este argumento *gramatical* contenido en esas dos frases, en favor de la extensión del medio al tenedor, se añade aún el argumento real de la organización particular del procedimiento de ese medio. El juez no debe entregarse ahí a un examen atento y detenido de la relación posesoria; el demandante *debe* ser auxiliado inmediatamente; el procedimiento no puede experimentar el más leve retardo—*celeri redhibitione consulere nec judicium dilatione suspendi*—.

Esta expedición inmediata del asunto constituye el rasgo fundamental del medio (1), y así se explica también el nombre de *actio* MOMENTI, *interdictum* MOMENTARIAE *possessionis*, MOMENTANEAE *possessionis actio*, y la indicación del fin de la acción: *ad repetendum* MOMENTUM. Lo cual indica en una sola palabra el punto sobre el cual el juez debe hacer que su atención se fije, la existencia de la relación posesoria *en el momento de la dejectio*. El juez no tiene por qué preocuparse con el pasado; debe limitarse exclusivamente a la relación posesoria en el momento de la *desposesión*.

Todas las cuestiones concernientes a la calificación de la posesión: posesión jurídica o tenencia, *possessio justa* o *injusta*, lo llevan y dirigen al pasado, al origen, a la *causa* de la relación. De este modo la misión que le incumbía, y que se reduce a restablecer el estado de cosas anterior, se hace perfectamente posible de llenar: PROTINUS, ILLICO, CELERI *reformatione*, *resti-*

(1) Hállase constantemente señalada en las fuentes. Véase, si no, los textos en mi obra antes citada, pág. 115 nota. Encuéntranse en ella las expresiones siguientes: *juris suffragium quod* IN CELERI REFORMATIONE *consistit* – CELERI *redhibitione*—CELERI *reformatione* – PROTINUS *restituta* – ILLICO *reddatur*.

tutione, redhibitione; en cambio, toda investigación relativa a la calificación de la posesión, haría que su fin se frustrase, surgiendo el peligro de: *judicium dilatione suspendi.*

Trátase, en verdad, de la misma idea que en el *summariissimum;* en suma, auxilio jurídico inmediato sobre la base de la prueba a *prima facie*, con exclusión de todas las investigaciones profundas y detenidas, o de la *res altioris indaginis*. La comparación de los dos medios es exacta aún, en cuanto que el *summariissimum*, lo mismo que la *actio momenti*, descansaba originariamente en la acción de oficio del juez (1); no difieren entre sí más que porque aquélla es *retinendae*, y ésta *recuperandae possessionis*, con relación al efecto recuperatorio, se parece a la *actio spolii—reintegranda*—que también se otorgaba al tenedor.

Esos tres medios concuerdan entre sí, en que el juez debe combatir por ellos la violencia, de una manera absoluta, sin detenerse a examinar la calificación propia de la relación posesoria.

La constitución de Arcadio y Honorio no ha sido acogida en el Código por los compiladores; la protección jurídica que ella había otorgado al tenedor le fué de ese modo tácitamente retirada. En las *Pandectas*—L. 1, § 10, *unde vi*, 43, 16—se niega expresamente al colono, a pesar de la contradicción que ello supone, y presenta con lo que precede (§ 9): *dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive* NATURALITER, *possidcat, nam* ET NATURALIS *possessio ad hoc interdictum pertinet*, y en el Código no se encuentra apoyo alguno para decidir lo contrario. Sólo en un punto la disposición parece haber adquirido una existencia definitiva. En el derecho anterior, el *injustus possessor* no encontraba protección alguna contra la *dejectio* violenta de parte del *justus possessor* por medio de *vis simplex;* el interdicto *de vi simplici*, que le pertenecía, se negaba por la *exceptio vitiosae possessionis*.

En el derecho nuevo esa excepción no tiene ya valor. Justi-

(1) Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 233 y sigs., en particular el texto que cita de Inocencio: *si sibi est timor armorum* EX OFFICIO SUO DE PLENO *et sine libello judex* COGNOSCERE DEBET, *quis possideat.*

niano (§ 6, 3, *de interd.*, 4-15; L. 1, p. *Unde vi*, 43-16) expone esto como derecho vigente, sin notar que esta innovación emana de él. Ahora bien; cuando una innovación le pertenece, acostumbra a decirlo. Sin duda, pues, la ha encontrado anterior a él. El único pasaje de las fuentes que permite seguirla hasta una época anterior, nos lo ofrece la constitución citada antes de Arcadio y de Honorio. Aparece aquí el interdicto *momentaneae* expresamente concedido también al *sub quocunque* TITULO *possidenti*, es decir, aparece concedido hasta el *injustus possessor*. La calificación de la posesión no debe en manera alguna ser tomada en consideración por el juez; en otros términos: la *exceptio vitiosae possessionis* está rechazada.

La circunstancia de que nuestra constitución no ha sido acogida por los compiladores de Justiniano, me dispensa de extenderme más y de tratar con mayor detenimiento y profundidad, como sería de rigor si pudiera aquélla pretender revestir una importancia dogmática, por ejemplo, con respecto a la cuestión de saber si ese medio corresponde al tenedor mismo contra el titular de la posesión; si es preciso restringirlo al caso de ausencia de este último, que es el único a quien la constitución se refiere, o bien, si es necesario extenderlo al caso de presencia.

2. Historia de la noción de tenencia en la Edad Media y en la Edad Moderna

Trátase de cosas perfectamente conocidas en los puntos a que voy a referirme en las indicaciones que siguen a continuación y que, por lo tanto, no reclaman explicaciones profundas ni detenidas. Nos representan y ofrecen el curso ulterior de un movimiento progresivo que ya en Roma había comenzado, tendiendo al establecimiento de una relación exacta, y respondiendo al sentimiento jurídico natural y a los intereses económicos, entre la posesión y la tenencia.

La primer fase colócase en la Edad Media.

Cuando ocurrió la recepción del derecho romano, la teoría de la posesión adquirió también un vigor práctico. Esto no

pudo ser posible sino a costa de un atentado grave al derecho indígena y de un desconocimiento del sentimiento jurídico nacional; los alemanes, muy particularmente, han debido pagar muy caro la teoría posesoria romana. Según las ideas del derecho alemán, el colono tiene la relación especial denominada entonces *gewere*: estaba, pues, perfectamente garantido; el propietario no podía expulsarle; la venta no *mataba* el arriendo.

Esta sabia idea de la *gewere* del colono fué reemplazada por la tenencia romana; los juristas descubrieron de repente que el colono no tenía la verdadera voluntad de poseer, y que, por tanto, no podía ser más que un tenedor, y no un poseedor. Su suerte resultaba de este modo perfectamente fijada: era la del colono romano en la época del rigor, sin restricciones, de la teoría posesoria romana, a quien el propietario podía expulsar libremente, según su voluntad, y a quien se remitía con sus derechos, fuente del *uti possidetis* de este último, a la acción del contrato. Más romano que el mismo derecho romano, no se tuvo por el nuevo derecho en cuenta para nada el mejoramiento que su posición jurídica recibiera por parte de Marcelo y Antonino Pío; en caso de venta, debía ceder.

De este modo, pues, con el derecho romano fué cómo los pueblos modernos recibieron el donativo de la cosa más mala que jamás se había producido: la noción de tenencia aplicada a la relación posesoria interesada. Tuvieron que dejarse decir por los juristas que todo individuo que tiene la cosa, no como un propietario o a la manera de un propietario, y al cual el derecho romano no ha reconocido, a pesar de todo, la protección posesoria, no tiene ningún derecho a ésta, y que el tenedor es, en cuanto a la relación posesoria, un hombre fuera de la ley.

Los mismos juristas no han disimulado la contradicción grave que va implícita en esta regla con el buen sentido jurídico del pueblo. Impotentes para resolverla completamente para la relación indicada, excluyéndola en principio y a pesar de las fuentes romanas, la noción romana de la tenencia, a lo menos, han hecho cuanto les era posible para conceder en todos los casos al tenedor una protección restringida contra los actos de

violencia. Tal era el objeto del *summariissimum* y de la *actio spolü—reintegranda—*; uno y otra fueron otorgados sin distinción al tenedor como al poseedor. Verdad es que frente al titular de la posesión, uno y otra no tenían gran importancia para el tenedor; no la garantizaban contra él más que *provisionalmente*, no *definitivamente*; no implicaban ni presuponían prejuicio alguno respecto del *possessorium ordinarium*. A este último aplicábase en todo su rigor la teoría posesoria romana: colono e inquilino debían ceder, sin poder en la reclamación o instancia posesoria prevalerse de las cláusulas de su contrato.

En el número de las extensiones que en la Edad Media recibiera la protección posesoria, tanto la del tenedor como la del poseedor, cuéntase también la extensión que Inocencio III daba, por su célebre *Caput: saepe contingit* (C. 18, X, *de rest. spol.*, 2-13), a la *actio spolii* contra el tercero *malae fidei possessor*. En mi concepto, esta disposición de aquel de los Papas romanos que mejor ha conocido el derecho romano, es uno de los progresos más preciosos y más penetrantes que la teoría posesoria romana ha hecho nunca, explicándose la condenación de Puchta (*Pandekten*, § 135, c.) únicamente por falta de vistas prácticas, y por un servilismo o sumisión exagerada hacia el formalismo doctrinario.

En efecto, ¿por qué Puchta lo condena?

Porque la *idea* de la posesión implica que no puede ser protegida sino contra aquel que la ha atacado inmediatamente. Pero ¿y la idea? ¿Dónde la encontraremos? Seguramente no es una intuición innata; además la idea de la posesión *romana* no puede indudablemente buscarse sino en el *derecho romano*.

Ahora bien: entre los romanos, durante varios siglos antes de los cambios introducidos por Justiniano, el interdicto *utrubi* se otorgaba contra los terceros. Si el pretor romano no ha encontrado ahí una contradicción con la idea de la posesión, ¿cómo y por qué Puchta quiere imputar como crimen a Inocencio el no haber hecho lo que el pretor había hecho antes de él? La consideración que le movía a ello era perentoria. Si la acción posesoria no se otorga más que contra quien ha arrebatado de

un modo inmediato la posesión, el camino resulta completamente trazado para paralizar los efectos. Quien siente deseos de apoderarse de la posesión, encarga a otro. Al efecto, tiene buen cuidado de elegir a un individuo que no tiene nada, y que puede, por consiguiente, dejarse condenar sin temor, y que le cede inmediatamente la posesión.

¿Para qué va a servirle al expulsado el interdicto *unde vi* contra el *dejiciens*? Para nada absolutamente. Verdad es que si puede procurarse la prueba de que esta expulsión ha sido hecha por orden de otro, será fácil acudir en su auxilio; pero si las dos personas no le hacen el obsequio de darle a conocer la convención, le costará no poco probarla.

Se me objetará, quizá, que la misma dificultad se presenta con relación a la prueba de la *mala fides*. Mas para esto bastaba siempre sólo la prueba de que la situación posesoria anterior era *conocida* por el demandado. Si la conocía, hallábase su *mala fide* adquiriendo la cosa, sin procurarse más seguros informes de un individuo que no tenía la posesión anteriormente.

La idea que guiaba a Inocencio era, pues, la idea tan excelentemente cuerda de asegurar al poseedor su posesión contra la neutralización del medio recuperatorio que le pertenecía.

De este modo ha venido a colmar una laguna indiscutible que contiene la teoría del interdicto *unde vi* romano, a lo menos tal cual se presenta en nuestras fuentes, por lo que ha procedido con plena razón y fundamento el proyecto de Código civil alemán, en el § 818, al conservar la regla que ha introducido.

¡Cuánto más alto no resulta el Papa del siglo XIII que el jurista del siglo XIX!

Y eso que éste era uno de los más eminentes, honra preclara de nuestra ciencia, a pesar de su amor hacia el formalismo lógico. En el Papa, la apreciación clara de lo que en la práctica es preciso, *non obstante juris civilis rigore*, como él mismo añadía; en Puchta, el sacrificio completo de esas necesidades en el interés exclusivo de una pretendida corrección teórica.

Todo cuanto la Edad Media ha hecho por el tenedor se resume en esta proposición: frente al titular de la posesión, su

posición a consecuencia de una falsa interpretación del derecho romano, se ha empeorado más bien que mejorado; pero, en cambio, por medio del *summarissimum*, de la *actio spolii* y de su extensión contra el tercer poseedor, se le ha procurado una protección posesoria completa, lo cual, al fin y al cabo, debe considerarse como un progreso muy notable con relación al derecho romano.

El último paso dado para el mejoramiento de la situación del tenedor, la protección contra el titular de la posesión, se ha hecho esperar durante mucho tiempo, no habiéndose verificado sino en el siglo último.

Y de este modo tocamos ya en la época moderna con el período de la abolición del derecho romano por las legislaciones nacionales.

Se experimenta una singular impresión al ver que hasta aquellos mismos Códigos que en realidad se han separado del derecho romano, reconociendo al tenedor romano la plena protección posesoria, no han tenido, sin embargo, el valor suficiente para echar por tierra la teoría del *animus domini*. El dogma enseñado por la ciencia, de la necesidad indispensable del *animus domini* para la verdadera y efectiva posesión, pasaba por inquebrantable y ha pasado en casi todos los Códigos (1). Sus autores respectivos se hubieran comprometido científicamente si no hubieran rendido al dogma indicado los honores que le eran debidos. Pero en algunos sólo se contiene y manifiesta un simple respeto, dejando al hombre, que puede vanagloriarse de poseer el *animus domini*, el honor de llamarse exclusivamente poseedor, en tanto que el que no goza de este beneficio debe darse por contento con llevar el nombre de «poseedor incompleto» (*unvollständiger Besitzer*), como se dice en el *Landrecht prusiano*, o el de tenedor—*Inhaber*—según el proyecto de nuestro Código civil—el del Imperio de Alemania.

(1) Puedo dispensarme de detenerme aquí en los detalles, remitiéndome al efecto a Stobbe: *Handbuch des deutschen Privatrechts*, II, § 75. En cuanto al derecho bávaro y al *Landrecht* prusiano, puede verse además la obra de Bruns, *Recht des Besitzes*, §§ 48 y 49.

La innovación que el *Landrecht* prusiano introdujo con respecto al aspecto práctico de la relación jurídica del tenedor, es a mi ver, la más importante de cuantas se pueden registrar en la historia de la posesión en general, tanto en Roma como entre nosotros. Consiste tal innovación en que la protección posesoria se reconoce al tenedor del derecho romano, en la relación de tenencia de *propio interés*, con el nombre de *poseedor incompleto* (I, 7, § 11), mientras que con relación al *simple tenedor de hecho—blossen Inhaber*—o sea, usando los términos de mi lenguaje, al tenedor *por procuración—procuratorischen Detentor*—, se queda en el derecho romano. Así dice: «Aquel a cuyo nombre el simple tenedor posee, puede en todo tiempo, por su propia autoridad privarle de la guarda» (*ib.*, § 144), con esta restricción únicamente: «sin embargo, no se permitirá, ni aun al poseedor indicado, servirse de una violencia privada ilícita; en virtud de la cual se perturben el reposo y la seguridad públicos, o bien se perturbe al tenedor en el goce de los demás derechos» (párrafo 145).

La noción romana de la tenencia, o lo que viene a ser lo mismo, el derecho de posesión del titular de la posesión, queda de ese modo reducido a sus justos límites.

Con idéntico fundamento, Suárez, que puede reclamar en esto, como de ordinario, el mérito de ese prudente y oportuno progreso (1), ha rechazado la falta de protección del tenedor frente al señor o titular de la posesión, en la relación de tenencia de propio interés—relación del colono, del inquilino, del co-

(1) La crítica notable, a la cual somete la teoría romana de la posesión, pone eso fuera de duda. Véase esto en Bruns, ob. cit., p. 435. Naturalmente, su trastorno completo de la teoría romana de la posesión no ha tenido buena acogida entre los doctrinarios, ni aun en Bruns (obra citada, p. 471). Y sin embargo, en razón de sus penetrantes investigaciones acerca del desenvolvimiento histórico del derecho de posesión en la época moderna, Bruns hubiera debido llegar primero que nadie a considerar la posesión muy de otro modo a como se considera desde el punto de vista romano, o mejor, romanista.—Pero la necesidad del *animus domini* en la posesión es para él también, como más arriba hemos visto, una verdad inatacable, un arca santa de la lógica.

modatario—, manteniéndola, en cambio, en la relación de tenencia por procurador.

Por lo demás, la seguridad, ya legalmente establecida con anterioridad (1), en favor del inquilino y del colono, en caso de venta de la cosa se refiere de un modo íntimo a ese punto de vista nuevo. Nada se opone a la venta y a la trasmisión de la propiedad por el arrendador, pero sin que puedan dirigirse ataques contra los derechos de esas dos categorías de personas. Su relación, nacida del contrato, pudiera decirse, empleando la terminología romana, que se ha erigido en *jus in re* (I, 21 § 2). El comprador sucede activa y pasivamente en la relación obligatoria al vendedor (2). Desde el punto de vista de la teoría romana, es una regla esta que resultaría también muy discordante: en cambio, desde el punto de vista práctico, tal es el único aspecto justo de la relación (3).

Y ya hemos llegado al fin.

La continuación de la historia de la noción de tenencia en los últimos tiempos de Roma ha llegado a su conclusión con la erección del ocupante interesado en poseedor, realizada por el derecho prusiano y por algunos otros derechos modernos. El proyecto de Código civil alemán ha dado un paso más reconociendo la protección al tenedor *(Inhaber)* sin distinción, y por lo tanto, al tenedor por procuración. Pero eso no pertenece todavía a la historia, siendo de esperar que nuestro futuro Código no lo haga.

Más arriba decía que la historia ulterior de la tenencia romana iba a revelarnos el juicio de la historia acerca de la noción romana antigua de la tenencia. Ahora conocemos ya la

(1) V. O. Fischer *Soll Kauf Pacht und, Miethe brechen?* Berlín, 1888, página 84.

(2) Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, tomo I, 2.ª edición, § 291.

(3) Para la transmisión activa se ha querido recurrir al punto de vista de la cesión—Dernburg, ob. cit., nota 6—, sin necesidad, en mi concepto. Si en virtud de la ley, sólo la relación de obligación pasa pasivamente al comprador, ¿por qué no ha de pasar también activamente? En la discusión de esta posibilidad obra aún un último resto de la concepción romanista.

crítica que la historia ha formulado y aplicado sobre esta noción. La noción romana de la tenencia, en su forma originaria, no ha resistido a la prueba histórica: no se la debe contar entre las ideas sanas, viables y vigorosas del derecho romano, que ponen de manifiesto su salud y su vitalidad en la manera como crecen, se desarrollan, prosperan; no debe contársela entre las ideas imperecederas, sobre las cuales la crítica de la posteridad nada ha podido hacer, sino que es preciso contarla entre las ideas más frustradas que la historia del derecho romano ha podido registrar: imagen fiel de las circunstancias económicas imperfectas y de las tendencias brutales de la época antigua, y por ello mismo condenadas por adelantado a la suerte que merecían, esto es, a no progresar, crecer, prosperar con el desenvolvimiento de la vida económica y del sentimiento del derecho, sino más bien a retroceder más y más, hasta sucumbir por último ante ellos. La historia de todas las demás ideas del derecho de las cosas en Roma, es un *progreso* incesante; la de la noción de la tenencia, un *retroceso* incesante, hasta que por fin ha llegado al único punto en que es tan legítima como indispensable: a la relación de tenencia por procuración.

En resumen: la historia ulterior de la tenencia nos presenta la lucha de la noción de tenencia con la noción de posesión. Pero, detrás de las *nociones*, se encuentran en la vida práctica los *intereses:* ellos son, en verdad, los que han dado vida a los hechos jurídicos, a los cuales el jurista, por medio de sus nociones, debe dar tan sólo una forma conveniente. No son, pues, las nociones de posesión y de tenencia las que luchan entre sí, como si únicamente se tratase de saber cuál de las dos merece y debe alcanzar el premio, sino que son los intereses prácticos reales de la vida, los que se hallan en juego, cuando se plantea la cuestión de saber si en una relación dada se debe admitir la tenencia o la posesión.

Toda la historia de la distinción entre la posesión y la tenencia, no sólo el epílogo antes descrito de la historia de la noción de tenencia, sino también la historia descrita anteriormente, a partir del momento en que esta noción ha dejado la casa

romana, atestigua claramente, y de un modo incesante, la fuerza impulsiva de la idea única y siempre la misma: la idea del *interés*. Esta sola idea encierra todo cuanto nos representa: es el muelle del reloj que produce el movimiento.

Vamos ahora a fijar ese punto de vista en las diversas fases históricas de la relación de posesión derivada, desde la época más apartada, en Roma, hasta el presente. Son tales fases históricas cuatro, a saber:

1. *La primera.*—Preséntanos esta fase histórica la oposición del poseedor y del tenedor en los tiempos primitivos. Trátase de la relación del propietario territorial con las gentes subordinadas, clientes (1), colonos, a los cuales aquél había dejado el uso de una porción de su tierra o de una parte de su casa a cambio de servicios, de prestaciones en especies, en dinero, y a quienes podía expulsar en todo tiempo.

Desde nuestro punto de vista de los intereses puede decirse lo siguiente: el *único* criterio tomado en cuenta y al cual se atiende en esta fase, es el *interés del propietario:* el interés del tenedor no se tiene presente para nada; he ahí lo que puede estimarse como idea dominante.

2. *La segunda.*—El derecho, en esta otra fase histórica, elévase hasta la idea de proteger jurídicamente el interés que pueden tener *varias* personas en una misma y única cosa. Al lado del propietario, otras personas—que más arriba dejamos indicadas—encuentran también protección para su relación posesoria. En las servidumbres personales y prediales, y en la superficie, se ha resuelto ese problema de la doble posesión bajo la forma de la *posesión del derecho—Rechtsbesitzes—*. La posesión de un derecho encuéntrase en este caso frente a la posesión de una cosa—*Sachbesitz—*, en la misma relación que el *jus in re* respecto de la propiedad.

El fenómeno que en el terreno de la propiedad se ha producido, se renueva en el terreno de la posesión; la protección

(1) Ya hemos visto antes oportunamente que tampoco eran éstos sino verdaderos tenedores.

posesoria se ofrece aquí, como siempre, al lado de la protección petitoria: sin ella resultaría esta última una pura ilusión. En cuanto a las otras dos relaciones señaladas en el lugar indicado, los juristas romanos no parece que hayan acudido al punto de vista de la posesión de derecho, y así nos encontramos sin más ante el hecho brutal, según el que el tenedor goza de la protección posesoria.

3. *La tercera.*—Esta fase histórica acoge de nuevo la idea de la primera fase, pero cambiándola por completo. La posesión se traspasa del propietario a la parte contraria; ésta es exclusivamente protegida. El propietario no es ya protegido por el posesorio. Tal es la relación de posesión derivada en derecho romano y de posesión imperfecta en el derecho prusiano. Desde nuestro punto de vista puede decirse lo siguiente: *se toma en consideración únicamente* el interés, en la persona del tenedor de hecho.

Esta situación de la relación es sin duda extraña. El propietario tiene aquí, seguramente, el mismo interés que en los casos de la primera y de la segunda categoría. Ahora bien: ¿por qué razón no obtiene del propio modo la protección posesoria?

No le han faltado buenos motivos al derecho para negársela, limitándole en lo tocante a la protección de su interés al camino que también debe seguir el tenedor, a saber: al camino que supone la acción del contrato. En lo referente a los motivos que han hecho conceder la posesión al adversario, puedo remitirme a las explicaciones dadas ya anteriormente. Reemplazándole obtiene la protección posesoria para estar a cubierto por la cosa de sus mejoras. El secuestro la obtiene, porque mientras dura la situación que el embargo supone, no hace falta que ninguna de las dos partes esté en situación de obrar sobre él. El acreedor con prenda la obtiene, porque el fin de la prenda exige su libertad, su independencia completa frente al deudor. La propiedad de esta cosa se pone en sus manos: pudo transmitirla a otras personas: prácticamente ocupa la misma posición que el propietario fiduciario: la de un propietario que dispone de su cosa siendo su propio interés la garantía más ade-

cuada de que no la destruirá o de que, si la pierde, la recuperará por los medios del derecho que a su disposición tiene.

Ahora bien: ¿por qué el deudor ha de ser jurídicamente protegido contra el acreedor con prenda, mientras dura el contrato de prenda? Tiene tiempo de esperar que semejante relación haya cesado, y entonces la *actio pignoratitia* le procura el medio perfectamente suficiente para hacer valer sus pretensiones. El enfiteuta obtiene la posesión real tanto en su propio interés cuanto en el del propietario del fundo. El interés de este último está perfectamente a cubierto por su derecho al canon y por su derecho de retracto, que pueden hacer valer tanto el uno como el otro bajo la forma de una acción personal.

El derecho prusiano ha admitido de un modo exactamente igual la misma situación para la relación del poseedor frente al propietario. También aquí se hubiera podido invocar la noción de la posesión jurídica o del derecho— *Rechtsbesitzes*—. Desde el punto de vista de la construcción jurídica hubiera eso equivalido a aconsejar en ese sentido que la posesión real en la persona del propietario hubiera podido ser invocada, para justificar jurídicamente ciertas facultades indispensables en la relación de arrendamiento, por ejemplo, la entrada en el fundo o en la casa con personas deseosas de comprar o de arrendar, o la ejecución de reparaciones necesarias, simples facultades en las cuales los juristas romanos veían actos de posesión (L. 3, § 3, *uti poss.*, 43-17). En la práctica, la invocación por el propietario de la obligación contractual de sufrir esos actos el colono o el inquilino, basta perfectamente.

4. *La cuarta.*—Esta fase histórica tiene por objeto la tenencia por procuración. Sirve *exclusivamente* al interés del *señor de la posesión—Besitzherrn*—. La admisión de la posesión en su persona, y de la mera y simple tenencia en la del representante, no es más que la expresión adecuada de lo que implica la idea de interés.

En la ojeada que precede no he mencionado especialmente el aspecto particular de la relación posesoria en el precario. Más arriba hemos demostrado que en él también la idea del

interés era la base de la posesión real en la persona del precarista; el interés del propietario en el precario por procuración; el interés del precarista en los demás casos de precario. El interés del propietario de recabar en todo tiempo la posesión, estaba a cubierto por el derecho de expulsión, que se le reconocía como *possessor justus* contra el *possessor injustus*, y por el interdicto *uti possidetis*, que le correspondía en caso de resistencia. El interdicto *de precario* no tenía el carácter de una acción posesoria; no tenía por base la idea de obligación. Resulta eso de la circunstancia de que mediante este interdicto el demandante podía también hacer valer sus pretensiones obligatorias en razón de *dolus* y de *culpa lata*, todo lo cual trasciende de la esfera propia de la acción posesoria.

Según lo que precede, lo que nos da una orientación adecuada para penetrar y entender el sentido del desenvolvimiento histórico de la distinción entre la posesión y la tenencia, es la idea del interés. De la voluntad de poseer que, según la teoría dominante, ha hecho surgir esa distinción, en parte alguna se encuentra la menor huella, ni en los primeros momentos de su aparición en el seno de la familia romana, ni después de haber salido de ella, ni luego en todo el transcurso de su historia ulterior. Donde quiera, pues, la idea del interés es a la que la posesión presta sus servicios. La idea de una oposición en el seno mismo de la voluntad de poseer se apoya y descansa en una abstracción errónea de un jurista romano del derecho nuevo. Y no ha servido nunca para más que para perturbar durante lo menos quinientos años la teoría romanista. No tiene la menor importancia para el derecho de posesión, tal cual los romanos mismos lo han organizado (1).

(1) En la edición alemana de este libro se contiene un capítulo acerca del Proyecto de Código civil alemán, en lo relativo a la posesión y la tenencia. Este capítulo no entra en rigor en el cuadro propio de la obra; así que en otras ediciones se ha suprimido, de conformidad con el autor, dejando así íntegra y escueta la crítica de la doctrina reinante acerca de la voluntad en la posesión, que es lo que tiene un interés más general.—(N. DEL T.)

XIX

Conclusión

Creo haber sentado hasta la evidencia que la teoría reinante sobre la voluntad de poseer es insostenible. Pero ¿qué resulta de aquí desde el punto de vista de la exactitud del método reinante? Es posible que esta teoría sea errónea, a pesar de un método exacto, y que la mía sea exacta, a pesar de un método erróneo. ¿Cabe hacer responsable al método de la ciencia de los errores cometidos por ésta? No, ciertamente, en una porción de casos; pero hay también errores ocasionados por un método de observación o de investigación falso e impropio, dada la naturaleza del objeto. Esos errores acusan irremediablemente el vicio del método; un error sólo de ese género puede poner el vicio de manifiesto, porque aquél hubiera sido imposible con un método exacto, ni más ni menos que un solo juicio, una sola pregunta, un solo aserto, pueden revelar el grado de instrucción, la manera de pensar de un hombre. Doy a semejantes juicios, preguntas o asertos el nombre de sintomáticos; pintan al hombre entero. Lo mismo pasa con ciertos errores científicos: son de naturaleza *sintomática;* denuncian un vicio del método. Este mismo vicio del método habrá producido, sin duda, numerosos errores; mas para probar su existencia no es necesario reunir éstos. Para inferir de la manzana el manzano y de la ciruela el ciruelo, no es necesario reunir todos los frutos que sobre esos árboles hayan brotado. Las manzanas no se producen en el ciruelo, ni las ci-

ruelas en los manzanos; la suma de los frutos hace falta para probar la *fecundidad*, no la *naturaleza* del árbol: para nuestro caso un fruto basta. En otro sitio yo haré la prueba de que el método inexacto de nuestra doctrina ha producido una porción de frutos pasados; me he atenido aquí a uno solo, y creo haber probado de un modo suficiente en este libro su ruín naturaleza.

He elegido la posesión como *prueba típica* del método de nuestra moderna jurisprudencia, porque bien pudiera creerse que ha sido predestinada a dar una muestra de todas las faltas imaginables que aquélla pueda cometer. Parécese al caballo patológico de las escuelas de veterinaria, destinado a mostrar todos los defectos y enfermedades del caballo.

He aquí una lista de todas las faltas cometidas, para que se me diga si quedó alguna por cometer: para el razonamiento de mi punto de vista crítico, me remito a los pasajes respectivos de la obra.

1. Se ha guardado silencio acerca de las decisiones contrarias de las fuentes (XV).

2. Se han aceptado sin crítica las abstracciones puramente doctrinales de los juristas romanos (*animus possidentis:* XIV; *constitutum possessorium:* X).

3. No se ha tenido en cuenta el lado histórico de la cuestión (VII, VIII, XVIII).

4. No se ha dicho una palabra acerca de la cuestión de la prueba (IX).

5. Se ha prescindido por completo del lado legislativo de la cuestión, y no se ha intentado crítica práctica del supuesto estado de cosas en derecho romano.

6. Se ha realizado con la mayor violencia el punto de vista formalista sentado, maltratado la lengua, el sentido común, formulando premisas no probadas y conclusiones erróneas, haciendo lógica oportunista contradictoria consigo misma (XIV); en suma, se ha sido incorrecto aun desde el único punto de vista en que la teoría parecía ser inatacable: la *Lógica*.

¿He probado yo el vicio del método? Estimo que sí, si es verdad que por el fruto, la manzana, se conoce el árbol, el manzano. Nuestra jurisprudencia no se hubiera confundido de ese modo a tomar como brújula el *fin* de las relaciones posesorias. La cuestión de la prueba y el lado legislativo hubieran sido suficientes para salvar el escollo.

Hagamos ahora la contraprueba. No me detendré en el valor práctico de los resultados que he obtenido: hablan éstos por sí mismos. La distinción entre la posesión y la tenencia se ofrece como la cosa más sencilla del mundo. Hállase contenida en *el obstáculo para la posesión residente en la persona del tenedor*. La cuestión de la naturaleza de la relación posesoria encuéntrase de ese modo libre de las fluctuaciones de la voluntad subjetiva; es tan clara objetivamente como fácil de resolver. La *regla del derecho*, y no la *voluntad*, es quien decide de la posesión y de la tenencia. El orden y la seguridad reinan en todo. La cuestión de la prueba es como se desea. El obstáculo a la posesión no debe ser tratado de modo distinto al de la usucapión: uno y otro son cuestión de prueba contraria.

Los obstáculos de la posesión son de derecho positivo, siendo preciso preguntar lo que ha determinado a los romanos a excluir la posesión en ciertos casos, a pesar de la reunión de sus condiciones legales. Y aquí es donde entra en escena el *fin* o el *interés práctico* que nos ilumina todos los fenómenos que en la materia aquí percibimos, aunque sea el más enigmático de todos, v. gr., el *precario*.

La cuestión de la posesión y de la tenencia es una cuestión de interés.

Tal es la clave que nos abre el conocimiento de todos los desenvolvimientos dados a esta distinción desde los tiempos romanos más remotos hasta nuestros días.

No ha sido obra del azar esos descubrimientos, ni los debo yo a una de esas felices inspiraciones cuyo origen se ignora; todo ha sido cosa de la aplicación metódica del punto de vista desde el cual considero todo lo que forma parte del mundo

del derecho: el fin práctico en materia de derecho. Sin duda, las fuentes fueron las que empezaron a destruir mi fe en la teoría reinante: no pueden sus decisiones conciliarse con ello. Pero entre esa primer duda y la construcción completa de mi teoría había un largo camino, que yo he recorrido con el fin en la mano.

Estoy convencido de que si yo dijese a un espíritu perspicaz ignorante de mi teoría: la teoría reinante sobre la posesión y la tenencia es falsa; toma por brújula la idea de fin para descubrir la verdadera teoría; examina desde ese punto de vista qué motivo práctico puede haber dado vida a todos los fenómenos con que tropiezas: convencido estoy, digo, de que acabaría por encontrar lo mismo que yo he encontrado. Debe, sin duda, tener el conocimiento de la época antigua de Roma e identificarse con ella: nada serviría sacar odiosas conjeturas de los hechos de nuestra vida actual. No basta preguntarse: ¿para qué habrá servido tal o cual cosa en la época antigua?, sino: ¿qué hubiese hecho yo, si hubiese vivido en esa época, para alcanzar tal o cual fin con los medios que el derecho ponía a mi disposición? Tal es la manera de poner en práctica el método realista con relación a la *historia del derecho*; la idea de fin aplicada a la solución de los problemas históricos del derecho, es, puede decirse, la *Heurística de la historia del derecho*. Tomando por base lo que nos ha sido transmitido sobre el derecho, los usos del pasado y la manera de obrar, hace surgir la época antigua no sólo en sus relaciones exteriores, sino también en su manera íntima de ver, a fin de darnos una respuesta a las cuestiones que una tradición defectuosa se niega a resolver. Comienza aquélla, pues, en realidad, donde cesa la manera habitual de escribir la historia o el método *descriptivo*. Y a ella es a quien yo debo la solución de una porción de problemas de la historia del derecho, estando convencido de que revelará su fecundidad para la ciencia en la medida misma en que el método formalista ceda ante el realista.

Entonces, y sólo entonces, quedará reducida a la nada la insípida objeción sacada de la falta de testimonios exteriores

de las fuentes, con que tantas veces hemos tropezado y que se pondrá en campaña — no lo dudo — contra varias de las opiniones emitidas en esta obra, por ejemplo, respecto del fin del precario. El porvenir sabrá apreciar la fuerza probatoria de la idea de fin, aun para las cuestiones de la historia del derecho.

FIN