

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, reconocible, con la cosa, convirtiendo la pura relación de lugar en una relación de posesión (*Besitzverhältnisse*). 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 influido 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 posesoria! 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. Únicamente 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: solicitud 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 volumen 3.º 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*—*Auttheilnehmen, 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 que 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. I, § 21, *h. t.*: la *palabra* ha sustituido 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.º, § 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 *tómar* 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 demás 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 escrúpulo 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 adquiriera 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 fait 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, *k. 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 (I), 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... necesse 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 podido 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.º, la relación corporal con la cosa, la cual permite ejercer sobre ella el poder de hecho (*corpus*); 2.º, 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 prohíba 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 ordenado, 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*.