

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 Raumverhältnisse*) 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 (*Voik*); 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 ejemplo, 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 aombro 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 possessionem*). 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 POSSIDENDI*: 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 siguiente 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) (I), 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 reflexiva 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 arrebatarle 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 publico 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.º

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 *Espir. del Der. Rom.*, tomo 4.º, § 60. Bähr, obra citada, págs. 39-42, 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.