

## 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* ó *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 algebraica puede contribuir adecuadamente a aclarar y poner de manifiesto las relaciones teóricas. Páreceme 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  $\alpha$ ; 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:

$$\begin{aligned} P &= a + \alpha + c \\ y &= a + c \end{aligned}$$

y para la teoría objetiva será:

$$\begin{aligned} P & \quad x = a + c \\ & \quad y = a + c - n \end{aligned}$$

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*:  $+a$ . La primera tiene por punto de partida la posesión; la segunda la tenencia; para aquella, 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. (I). 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, aplíquese esto al demandante que sostiene tener la posesión en lo tocante al elemento:  $a$ ; la simple prueba de  $a + c$  sólo basta para  $T$  para la tenencia; para la de  $P$  es preciso además  $x$ , esto es, el demandante debe probar el *animus rem sibi habendi*. Según la teoría objetiva, para  $P$  basta  $a + c$ , esto es, el demandante cumple con probar la existencia exterior de la relación posesoria (II); corresponde al demandado probar la *negación*,  $-n$ , esto es, demostrar que una *causae uetentionis* 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».

*tenencia 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 *a*, no puede haber, según ella, más que *y*.

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, *a* 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 religiassus*, 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 véñse 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 ausente 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  $\alpha$  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 instituido 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  $\alpha$ ; tal exclusión es obra de nuestra  $\pi$ , 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  $a + b \neq \pi = y$ , 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  $\pi$  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  $\pi$ , 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 excluida 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 usucapición 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 usucapición 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 *cantidad trágica*, 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 obstáculo de la usucapión. El paralelismo entre ellas es, pues, completo; todos

los rasgos característicos de nuestra  $\pi$  se aplican a uno y a otro.

He indicado el aspecto que presenta nuestra  $\pi$  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  $\pi$  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  $\pi$  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  $\pi$ , es decir, la posesión del dueño o señor de la posesión, es preciso que, cuando se ha admitido falsamente la existencia de  $\pi$ , 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 tiber 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. II, 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 usucapición, 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 instituido 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. Réfiérense, 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) *Scoevola ait.* POSSESSIONIS *furtum, fieri, denique, si nullus sit possessor, furtum negal 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 instituido heredero, se convertía en posesión a título de propiedad, según la L. 88, *de acq. rer.* (39, 2); *licet nihil attingat hereditarium*. Véase, acerca de esto, mis *Vermisäthen Schriften*, páginas 5 y sigs.

(2) Véase la comprobación en mi *Exp. 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 atribuirle 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  $x = a + c - n$ , 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 heredibus* 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, imaginándose 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 subjetiva!—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  $\pi$  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 queremos 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  $\pi$ .

*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.