

## VI

### Construcción dialéctica de la teoría subjetiva. Plan de la discusión

¿Qué es, lo que con este trabajo me propongo? No sólo reproducir la teoría subjetiva; de ella he dado ya desde un principio lo más sustancial (II), y si aún faltan algunos puntos, ocasiones más favorables se presentarán de tratarlos. Mi intención es, más bien, mostrar al lector la construcción lógica o dialéctica de la teoría subjetiva. No es, en verdad, raro, en las deducciones científicas, que las condiciones intermedias, de menor importancia al parecer, se pasen en silencio; que es lo que en el presente caso ha ocurrido. Los defensores de la teoría subjetiva no se han dado cuenta de todas las proposiciones aisladas, de que tenían necesidad para su objeto. Vamos por nuestra parte a colmar estos vacíos. A este fin, me he representado de la manera más exacta, posible el camino que debería seguir si yo tuviera que fundamentar la teoría subjetiva, imponiéndome en su virtud, una deducción rigurosamente lógica, cuyos términos todos se relacionan entre sí, sin dejar lagunas, sin prescindir de los eslabones intermedios, sin dar salto alguno. Todo el engranaje lógico de la teoría subjetiva va a ser puesto así en claro ante el lector. No me he limitado, pues, a exponer lo que los defensores de esta teoría *han* pensado, sino que he atendido a lo que *hubieran debido* pensar, si hubieran querido motivar su teoría de una manera rigurosamente lógica. El trabajo que yo he consagrado a este objeto dará sus frutos

en la refutación de esta teoría (XV); allí se someterán a una crítica las diferentes proposiciones particulares.

De lo dicho resulta que no es mi intención hacer la historia del desenvolvimiento de los principios de la teoría; tendré, sí, en cuenta todo lo que sea preciso (XII) el interés que pueda ofrecer para nuestro asunto la historia literaria de la materia; mas por el momento no examino cómo la teoría se ha formado en la historia de la doctrina; me atengo simplemente a la forma acabada, definida, que ha logrado en la ciencia actual.

La dejamos, según queda dicho, construirse por sí misma, ante nuestra propia vista, y al efecto vamos a enumerar uno tras otro, los diferentes materiales con que se construye.

1) Comprobación del *animus rem sibi habendi* en las fuentes.

En la L. 1, § 20 *h. t.* (1) niega Pablo la posesión al representante, a causa de: *cum non habeat animum possidentis*. La teoría subjetiva tiene en ese texto todo lo que puede desear; la regla de que para la posesión es preciso un *animus* distinto del de la tenencia: la cuestión está en distinguirlos.

2) Para ello tenemos un punto de apoyo seguro en la relación misma, en la cual Pablo señala la falta del *animus possidentis*: la del representante. El representante tiene la intención de adquirir para el principal la posesión; para él de nada le vale; limitase, como dice Pablo, a prestar sus servicios—*ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarét*—; y ahora, como el *animus possidentis* consiste en la intención de poseer *para sí*, el que no la tiene, no puede tener la posesión, sino sólo la tenen-

(1) Savigny cosa inexplicable—en el pasaje en que habla por primera vez del *animus domini* (§ 9), no hace uso alguno de ese texto, único que menciona la necesidad de un *animus* especial para la posesión. Invo-ca, es verdad, la L. 18 *pr.*, que dice: *nec indem est possidere et alieno nomine possidere*; pero que no dice en modo alguno que el fundamento de la distinción sea una diferencia en el *animus*. Ahora bien: ese texto se armoniza perfectamente con la teoría objetiva, mientras jamás se hubiera podido sacar de él la subjetiva.

cia. El *animus possidentis* se puede, según esto, calificar como *animus rem sibi habendi*.

3) Tal es la clave para entender la tenencia. Si ésta existe en el representante, porque no tiene el *animus possidentis*, estamos autorizados para admitirla por la misma razón en todos los demás casos en que el derecho romano admite la posesión; el tenedor, según el derecho romano, no tiene el *animus possidentis*. El colono, el arrendatario, el comodatario, se dirá, reciben la cosa, no en interés de aquel que se la entrega: *ut operam duntaxat suam accommodarent*, sino en interés propio; pero tal objeción no debe detenernos, porque si quieren tener la cosa para sí, eso no impide que tengan la posesión para quien se la haya dado, siendo necesario tan sólo hacer una distinción rigurosa entre la cosa, o mejor, la aplicación real de la misma a los intereses de esas personas, y la posesión, que no es necesaria para tales intereses. La posesión no la tienen para sí, sino para aquel de quien recibieran la cosa; su relación en este supuesto no implica otra cosa, en derecho, que el ejercicio de la posesión ajena. La relación de tenencia de propio interés tiene, respecto de la posesión, el mismo carácter que la tenencia por procuración: es *posesión representativa*.

4) El carácter común de todas las relaciones de tenencia consiste en que el tenedor no quiere ocupar la cosa sino de un modo *pasajero*. Aquí descubrimos un elemento importante para fijar la distinción que debe hacerse en la voluntad de poseer: la dirección de ésta hacia una posesión *permanente*, o hacia una *temporal* o *pasajera*. El poseedor regular—prescindiendo de los casos de posesión derivada—quiere tener la cosa de *una manera permanente, para siempre*. Pudiera decirse que la voluntad del poseedor es tener la cosa de una manera *duradera*, y la del tenedor de una manera *pasajera*.

5) Con esta distinción relacionaré otra de una manera muy estrecha. El tenedor tiene su relación posesoria de otro respecto de quien se obliga a devolverle más tarde la cosa, y al cual, por esto, reconoce como su *derechohabiente*. La tenencia se caracteriza, pues, como una *relación de dependencia jurídica*—

*rechtliches Abhängigkeitsverhältniss*—, reconocida por el mismo tenedor.

Sin duda que el poseedor puede ser también constreñido por medio de los interdictos posesorios a entregar la cosa al propietario o al poseedor anterior, pero su *intención*—y para calificar la voluntad de poseedor hay que atenerse a ella sólo—, a retener la cosa para él; no les reconoce como derechohabientes de hecho. La posesión implica una pretensión de *autonomía*—*Selbständigkeit*—, de *independencia*, por lo que la tenencia contiene respecto de la relación posesoria un reconocimiento de *sumisión, de dependencia, de inferioridad*.

6) El prototipo de esta autonomía querida del haber personal y permanente, o de la independencia de la relación posesoria, respecto de cualquier otra persona, es la *propiedad*—*Eigentum*—; la que al proporcionarnos, con relación al lado objetivo de la posición, el más fecundo de los puntos de vista para definir exactamente la *noción de la posesión*, nos sirve también con relación al lado *subjetivo*, para definir exactamente la *voluntad de poseer*. Estatiende a la afirmación *de hecho* de la posición del propietario. El poseedor es aquel que, aun sin ser propietario, se conduce, no obstante, como tal; aquel que, aun sin poseer o sin creerse poseedor *como propietario*, entiende, sin embargo, tener la cosa *como un propietario, al modo* de un propietario. La expresión que revela perfectamente esta voluntad es la de *animus domini*; se deriva de la empleada por Teófilo (II, 9, 4; III, 29, 2) a este efecto; *ψυχή δεσποζοντος*. Con esta fórmula se resuelve el problema de la voluntad de poseer: puede resumírsele como la *pretensión a la situación del propietario*—*Prätention der Eigentumstellung*—o algo más ampliamente, como la intención de tener la cosa *permanentemente*, con *autonomía, e independientemente* respecto de tercera persona, *a la manera*, en suma, del propietario.

7) Llevada esta voluntad hasta sus consecuencias últimas, se hubiera debido admitir también la tenencia en ciertos casos de posesión derivada, donde hay también una relación *pasajera* en la cual el que tiene la cosa reconoce a otro por encima de él,

como derechohabiente, de quien ha recibido su poder, y a quien está obligado a *devolver* la cosa una vez terminada su relación con ella. Cuando el derecho romano admite aquí la posesión, es por una anomalía fundada en razones históricas o prácticas. Se puede, sin embargo, aun respecto de esta situación, hacer valer una consideración que la hace accesible al pensamiento jurídico. «Considerada, dice Savigny (§ 9), como un derecho, la posesión puede ser enajenada; en su virtud, el poseedor verdadero y originario, puede transferir el derecho de la posesión, a aquel que ejerce la propiedad en su nombre.

Esta excepción de la regla, fundada en una disposición positiva, no puede admitirse más que en los casos en que las fuentes la reconozcan expresamente.

Por mi parte, añadido a estas proposiciones, acerca de las cuales están conformes la mayoría de los defensores de la teoría subjetiva, esta otra, que sólo reconocen algunos, pero que es, en realidad, la clave del edificio, en cuanto se limita a deducir la consecuencia última, de la importancia dada a la voluntad para la formación de la relación posesoria. Ya antes me he referido a ella (II).

8) En tanto que el derecho no le pone obstáculo alguno, quien tiene la cosa en su poder puede dar a la relación posesoria existente otro aspecto, cambiando su voluntad de poseer: el vendedor, por ejemplo, que declara que en adelante quiere poseer la cosa vendida a nombre del comprador, se convierte en tenedor, y hace de este último un poseedor.

Con lo expuesto queda cumplida la tarea que nos habíamos propuesto. Hemos seguido la teoría subjetiva de la posesión en su construcción; hemos visto levantar su edificio, y para juzgar de su exactitud, debemos ahora examinar los diferentes materiales de que se ha servido. Creo, sin embargo, que aún debo hacer más: posible es que algunos de esos materiales no resistan al examen, y hasta que la teoría toda aparezca como extraña al derecho romano, sin que por eso dejen de tener el valor de tantas otras teorías de nuestra ciencia actual, esto es, el de

una creación independiente de la jurisprudencia moderna. No basta decir que esas innovaciones, cuando por otra parte tienen derecho a la vida, no son conformes al derecho romano: la jurisprudencia moderna puede y debe reivindicar el derecho de construir, derecho ejercido por los romanos de una manera tan amplia. No sería ésta, después de todo, la primera vez que por su obra se completaba una teoría romana incompleta. En su virtud, no limitaré mi examen crítico de la teoría subjetiva a saber si está o no está fundada en las fuentes—y ya veremos que no lo está (XV)—; la someteré a la prueba en todos los sentidos y aspectos. La examinaré atendiendo al punto de vista *lógico*, al *práctico* y al *histórico*.

El *lógico*.—Este examen tendrá como objeto la exactitud de la construcción dialéctica que acabamos de exponer: recaerá sobre la cuestión de si el fundamento en que la teoría subjetiva ha apoyado su edificio, es seguro y sólido; si los diferentes materiales están al abrigo de toda crítica y están reunidos adecuadamente: en suma, se hará la *crítica interna* de la teoría subjetiva desde su propio punto de vista. Dejaremos a un lado la cuestión de saber si para el derecho romano es *dogmáticamente verdadera*, pues pienso juzgarla tan sólo desde el punto de vista de la *corrección lógica formal*. Posible es que resista la prueba en tal respecto, sin que por ello tenga valor alguno dogmático, como lo es también que no la resista aun cuando en definitiva esté en lo justo.

El *práctico*.—Examinaremos la teoría subjetiva desde el punto de vista de su *aplicabilidad práctica*, quedando aquí también a un lado lo referente a su corrección lógica y a su verdad dogmática. La someteremos al Juez, a fin de que la aplique, y para saber si se presta a ello, la someteremos también al legislador, a fin de saber si su adopción se justificará desde el punto de vista legislativo. En efecto, un legislador moderno, que hiciera una ley sobre la posesión, ¿debería adoptar la teoría dominante?

El *histórico*.—Todo lo que en derecho tiene valor, debió de *alcanzarlo* alguna vez. Examinaremos la teoría subjetiva desde,

ese punto de vista, estudiando las condiciones bajo las cuales ha podido nacer entre los romanos. A este efecto nos representaremos la historia del desenvolvimiento de la noción de la tenencia, tal cual ha *debido* desarrollarse, desde el punto de vista de la teoría subjetiva, aun cuando ella misma no se haya dado cuenta.

En la indicación de los tres señalados puntos de vista no seguiré el orden con que quedan señalados. Para la exposición siguiente me conviene seguir otro orden, que al efecto de orientar al lector en las investigaciones que vamos a hacer, indicaré.

Comenzaré con la *prueba histórica* de la teoría subjetiva (VII). Su conclusión es la de que es imposible que la distinción entre posesión y tenencia haya podido ser tomada, como debiera haberlo sido en virtud de la teoría subjetiva, de la idea dominante entre los romanos de la dualidad de la voluntad de poseer. Esta conclusión negativa me procurará la ocasión de examinar por mí mismo, y de resolver, la cuestión del origen de la distinción entre posesión y tenencia (VIII).

Pasaré luego a la *prueba práctica*, la cual fundaré en la aplicación de estas dos medidas: la *procesal*, relativa a la *cuestión de la prueba* (IX), y la *político-legislativa*, que se refiere a su *utilidad* legislativa (X).

Lo último será la *prueba interna* de la teoría subjetiva. La haré preceder de la prueba *didáctica* (XI), y de una rápida historia de la doctrina (XII. Ojeada sobre la historia de la literatura). Tiene por sí misma dos objetos. Primeramente la decisión de Pablo, que la ha producido (XIII), no para sentar que esta decisión no puede aspirar a la verdad dogmática, punto que queda para otro capítulo (XV), sino para mostrar cuál era el propósito de la decisión de Pablo. A continuación se tratará de la *construcción dialéctica* de la teoría subjetiva, y examinaremos la exactitud y el carácter concluyente de las proposiciones contenidas en los números 2-7 (XIV).

Sólo después de esto proporemos que la teoría subjetiva no está de acuerdo con nuestras fuentes. Esta prueba resultará de

la justificación positiva de mi propia teoría. Si logro mi propósito, habré demostrado al propio tiempo la falsedad de la teoría subjetiva (XV). Esta parte positiva de mi tarea recaerá sobre los siguientes puntos: Justificación por las fuentes de la teoría objetiva (XV). Teleología de las relaciones posesorias derivadas (XVI). Relaciones posesorias problemáticas (XVII). Conclusiones para la teoría y para la práctica (XVIII).