

La prueba histórica de la teoría subjetiva

Imaginémosnos las condiciones históricas que la teoría subjetiva presupone en lo referente al origen de la distinción entre posesión y tenencia. Si *dogmáticamente*, tiene su fundamento en la diferencia de la voluntad de poseer, esto prueba, desde el punto de vista *histórico*, que encuentra ahí su *origen*; o más concretamente, los romanos han tomado la distinción entre posesión y tenencia de la consideración del dualismo de la voluntad de poseer; han reconocido que esta distinción teórica reclama lógicamente la de la posesión y la tenencia, cediendo así a la fuerza coercitiva de una *noción*; en suma, lo que ha dado origen en Roma prácticamente a la distinción indicada, es la *coacción teórica*.

Los defensores de la teoría subjetiva no se han dado cuenta clara de esta consecuencia de su doctrina. Se han deslizado rápidamente por la historia, así como por el procedimiento (IX) y por el lado político legislativo (X). Si se hubieran detenido en la historia, hubieran advertido las objeciones que se suscitan contra la teoría antes enunciada. El que la verdad de que aquí se trata sea una de aquellas que, una vez reconocidas, provocan una fuerza tal de convicción, que ningún pensador puede sustraerse a ella, es una cuestión muy diferente de la de si los romanos la habían *reconocido* ya en la época antigua. También las verdades deben esperar que llegue su hora: el espíritu humano las reconoce insensiblemente, y si, como la historia nos enseña, los mandamientos más sencillos de la ley moral que hoy admi-

timos como verdades morales, innatas, hubo épocas en que eran tan poco conocidos, como las verdades matemáticas o las leyes del universo, ¿cómo extrañar que haya ocurrido lo mismo con las verdades puramente jurídicas, que sólo pueden invocar en su favor la fuerza coactiva de una noción! Atribuir a los antiguos romanos la percepción de su carácter incontestable, es dotarles en materia jurídica de una madurez de juicio que, por muy natural que pueda parecer a los juristas de nuestros días, no es sino el fruto de una larga educación de pensamiento jurídico. Realmente, si han admitido, unas veces la posesión, y otras la tenencia, no ha sido por motivos *prácticos*, sino en virtud de una noción. Se ha planteado la cuestión siguiente: ¿qué situación posesoria reconoceremos al ladrón, al bandolero? respondiendo: la posesión, porque todos tienen el *animus domini*. Pero entonces, ¿concederemos también la posesión al arrendatario, al colono, al comodatario? Según esto, los antiguos romanos, profundizando especulativamente en la ciencia de la voluntad, se habrían visto llevados a percibir la necesidad teórica incontestable de la posesión y de la tenencia, encontrando así su guía para la construcción práctica de toda la doctrina, salvo los casos de posesión derivada, en los cuales, por un cambio inexplicable, se han separado de su fin, dejándose llevar, por motivos prácticos sin valor, hasta prescindir de la lógica de la noción de la voluntad.

Dejo al lector en libertad de fijar por sí mismo en qué época quiere colocar, en la Roma antigua, ese producto de la jurisprudencia: en el tiempo de las XII Tablas, antes o después. A menos que la apreciación del dualismo de la voluntad de poseer, y la inteligencia de las consecuencias a él referentes, en razón del aspecto distinto de la relación posesoria, no haya sido innato en todo tiempo al pueblo romano, preciso es que haya habido una época dada, donde *aún no* había esta inteligencia y donde, por tanto, no había distinción alguna entre posesión y tenencia, o bien, por el contrario, *todas* las personas que tenían en su poder una cosa, eran tratadas, *ya* como tenedores, *ya* como poseedores, esto es, donde la protección posesoria se

concedía o se negaba a todos. En la época de las XII Tablas, según lo atestigua su disposición sobre la concesión de las *vindiciae*, la protección posesoria existía ya, esto es, la noción de posesión era ya prácticamente concebida y expresada. Que haya sido antes o después de las XII Tablas cuando se llegó a distinguir la simple tenencia de la posesión, de todos modos es preciso que la cosa se haya verificado algún día, y según la teoría subjetiva; no ya por consideraciones prácticas, sino tan sólo porque se ha advertido la diversidad de la voluntad del poseedor. El pueblo hasta entonces había logrado ver, en su primitiva sencillez, un poseedor aun en el mismo colono. Pero de repente un jurista, que, en virtud de sus investigaciones especulativas sobre la esencia de la voluntad de poseer, había llegado a reconocer que el colono o arrendatario no tenía la verdadera voluntad de poseer, supo ponerlo en claro a los ojos del pueblo: y éste se sometió a la acción del concepto y en adelante el arrendatario y el colono fueron mirados como tenedores.

Para el teórico arriesgado, esta tesis no tiene nada de inadmisibile. Si, según afirman Huschke y Lasalle (1), los romanos han logrado por vía especulativa la regla: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, ¿por qué no ha de ser lo mismo en cuanto a la distinción entre posesión y tenencia? Los romanos antiguos han sido precisamente un pueblo tan eminentemente dotado desde el punto de vista especulativo, que Hegel hubiera podido recibir de ellos lecciones—¡esos romanos prosaicos cuya existencia, valor y pensamiento se consumían en las cosas prácticas!

¡Ahí es nadal! ¡Apio Claudio o Carruncanio pensando como Huschke y Lasalle! Admitámoslo. Veamos ahora si han tenido buen éxito en el pueblo romano estas deducciones especulativas. Dicen: el mandatario no puede obtener la posesión porque no tiene el *animus possidentis*—la deducción de Pablo, ¡cosa

(1) Me he decidido acerca de esto en *Scherz und Ernst in der Jurisprudens*, págs. 19 y sigs.

extrañal—|El pueblo romano no escucha la voz de la verdad! |el mandatario obtiene la posesión! Sólo cambian las cosas en la época imperial después de la concesión de la representación directa para la adquisición de la posesión. El derecho antiguo no conocía la representación, y no establecía excepción alguna en este respecto, para la adquisición de la posesión; era preciso obtener los efectos y atender a ellos de un modo *mediato*. El mandatario adquiría la posesión y la propiedad en su propia persona; siendo preciso un acto especial de tradición para transferir ambas al mandante; esto es, *posesión* con intención de adquirir *para otro*. He ahí en realidad un golpe de muerte contra la idea del influjo determinante de la voluntad de poseer sobre la relación posesoria. La idea de que la intención de poseer para otro sea la base de una *forma especial de relación posesoria*—idea fundamental de toda la teoría subjetiva y cuya falsedad reconoceremos a su tiempo—, no se ha manifestado nunca en el respecto histórico; el derecho antiguo no vacila en reconocer la posesión también en ese caso.

Podría dar aquí por terminada la prueba histórica a que he querido someter la teoría subjetiva. El supuestó de que los antiguos juristas romanos habrían llegado por obra de la especulación acerca de la esencia de la voluntad de poseer, a sentar la distinción entre la posesión y tenencia, y aplicarla a las diferentes relaciones, es tan claramente inaceptable, que nos hace falta insistir; aparte de que la hemos refutado directamente con la argumentación relativa al mandato. Los romanos han debido llegar por otro camino al reconocimiento y a la aplicación de esta distinción entre posesión y tenencia; ahora bien: sólo un motivo práctico ha podido guiarles. Pero aun dado esto, el establecimiento de la distinción resulta siempre una producción tan potente de la facultad de abstracción jurídica, que en mi conocimiento de la antigua jurisprudencia romana, no podría comprenderlo si yo mismo no hubiera descubierto en la relación posesoria de la persona bajo potestad (VIII), el caso en el cual, en todos los tiempos, la noción de tenencia ha sido vista claramente por los romanos, de suerte que les bastaba trans-

portar a otras relaciones jurídicas en que prácticamente pudiera convenir. No creo que quepa poner mejor de manifiesto, el valor eminente que ha tenido para el reconocimiento científico y la aplicación práctica, de la noción de tenencia, ese punto de partida fijo atribuido a los romanos, sin trabajo ni participación intencional de su parte que explicando las dificultades y obstáculos extraordinarios que desde el origen se oponían a su establecimiento o determinación.

El jurista formado en la escuela del derecho romano, está tan familiarizado con la distinción entre la posesión y la tenencia, que la admite y acoge, como tantos otros conceptos, como algo natural y corriente, sin darse cuenta de las grandes dificultades que se oponían a su determinación. Hace, después de todo, lo mismo que todos hacemos respecto a ideas y nociones por nosotros recibidas, completamente formadas por nuestros antepasados. Es mucho ya, cuando nos damos cuenta de que no han existido siempre, sino que han llegado a ser (*geworden sind*) alguna vez; siendo para la misma ciencia, la historia debe *surgen* (*devenir, Werden*s) de las ideas, de las nociones, de los conceptos, en muchos de los dominios del pensamiento humano, un capítulo que consta de una página apenas comenzada. ¡Y añádase todavía que casi nunca llegamos a representarnos además del proceso y marcha del *devenir* (*Weraens*), las dificultades que lo rodean!—cuando el niño vive, la madre olvida pronto los dolores del parto.

No se me tildará de paradójico cuando estimo de un modo superior esas dificultades con respecto a la distinción teórica entre posesión y tenencia, viendo en esto uno de los productos más dignos de estimación de la abstracción jurídica. ¿Qué importancia tiene tal distinción, se dirá, ante los modelos de capacidad jurídica que en tan gran número nos ofrece la jurisprudencia nueva, por ejemplo, la doctrina de la indivisibilidad de las obligaciones y la del derecho de acrecer entre coherederos y colegatarios? Se me ocurre una doble respuesta a este propósito. En primer lugar, esas teorías pertenecen al período de la jurisprudencia plenamente desenvuelta; forman el sutil trabajo

de terminación que la conclusión de la obra de la antigua jurisprudencia exigía. En cambio, el origen de la distinción entre la posesión y la tenencia está colocado indudablemente en una época muy atrasada (VIII). Además, esas producciones son nuevas exclusivamente en el terreno de la *abstracción*: no se hace más que seguir hasta en sus últimas ramificaciones nociones anteriormente adquiridas—*invenit facile est addere!*—El sitio del acontecimiento es en nuestro asunto muy otro; es el de la *percepción sensible*, y de lo que se trata en este punto es de romper los lazos de la percepción sensible.

En derecho, como en todo lo demás, el punto de partida histórico de lo suprasensible es la percepción sensible. En otra ocasión, en mi *Espíritu del derecho romano* (T. III, § 43), he demostrado eso para el derecho antiguo de Roma, refiriéndome a la manera cómo dominaba una ruda apreciación sensible y materialista en las nociones e instituciones todas de la época antigua. Sólo la época posterior pudo librarse poco a poco de los lazos de la apreciación groseramente sensible, para elevarse a una apreciación suprasensible, espiritual; y más arriba hemos visto de qué modo tal progreso se ha realizado en el dominio de la posesión. Ahora bien; precisamente ahí es donde se ofrece tal progreso sometido a las mayores dificultades; nunca me cansaré de repetirlo. En efecto, a diferencia de todas las demás instituciones, la posesión está referida y unida a la existencia real; todas las demás nociones pueden eliminar al elemento sensible y lo han hecho en el curso de su desenvolvimiento; en cambio, en la posesión existe como inmanente en su base originaria, en su esencia: forma un elemento teórico de la misma, y en parte alguna la dificultad de separarse de las entrañas de la sensibilidad, para dar a la relación un *carácter independiente de la apariencia exterior*, ha sido más grande que en este caso.

Tal es el punto de vista desde el cual es preciso colocarse para apreciar en todo su valor la importancia del progreso realizado por el pensamiento jurídico, cuando ha llegado a sentar la distinción entre posesión y tenencia—implica la completa destrucción de la *apariencia sensible*. Desde el punto de vista de

la percepción sensible, los arrendatarios, inquilinos, etc., aparecen como poseedores, y aquellos a nombre de quien poseen, como no poseedores. Esta relación natural sensible resulta completamente trastornada por el derecho: las personas que de hecho *poseen*, no poseen; las que de hecho *no poseen*, *poseen*.

Considerada de este modo, la distinción parece que es, en derecho, una de las producciones más salientes de la facultad de abstracción jurídica; pero a esta abstracción—y doy aquí mi opinión sobre la historia del desenvolvimiento de la noción de tenencia en el derecho romano—no se ha elevado la jurisprudencia romana por el camino del pensamiento jurídico espontáneo y por su propia iniciativa, sino en virtud de una relación en la cual tenía sin remedio que reconocerla: la *relación posesoria de las personas sometidas a una potestad*. El que aun sin eso hubiera podido un día llegar la jurisprudencia a fijar la noción de tenencia, siguiendo acaso otro camino, al efecto de atender de algún modo a los intereses prácticos, es cosa para mí muy dudosa; de todas suertes, hubiera llegado mucho más tarde.