

VIII

Desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia

Un fenómeno que con extraordinaria frecuencia se reproduce en la historia del derecho, es aquel según el cual las ideas que en unas fases más avanzadas de su desenvolvimiento han llegado a ser generales, no se han producido originariamente sino bajo una forma localizada, esto es, con respecto a una relación particular, bien porque su necesidad fuera especialmente urgente, bien porque su concepción y formación fueran relativamente más fáciles. En mi *Espíritu del derecho romano* (T. III, 4.^a edición, pág. 338), donde yo he hecho un estudio especial de ese fenómeno, y que he procurado hacer comprender con el auxilio de ejemplos, he designado esas relaciones como los *puntos de iniciación histórica de lo abstracto*, procurando buscar y reconocer lo que los hace mas especialmente adecuados para el caso. Para la historia del desenvolvimiento del derecho tiene una gran importancia esta localización de lo general, que desde un punto de vista absoluto podría criticarse como un estado de imperfección y de torpeza del derecho. Las ideas del derecho tienen necesidad de tiempo para crecer y adquirir fuerza, al igual que los seres vivos, así que esa *imperfección* aparente viene a ser una *perfección* relativa; esto es, lo que hace falta para una fase determinada de su desenvolvimiento. Precisamente la forma discreta bajo la cual aparecen primero en esa fase, y la extensión restringida de su círculo de aplicación, es lo que los permite organizarse por entero, y *vivir* en el espacio limitado en que se han instalado. En la extensión de los tanteos jurídicos es donde las

ideas del derecho se ven sometidas en su prueba, y donde deben, ante todo, acumularse las experiencias necesarias, para transportarlas luego con seguridad a otras relaciones y atribuir-las al fin un valor *completamente* general. Para la jurisprudencia tiene también mucha importancia esta limitación originaria de las ideas, que le ofrece la ocasión propicia de llenar con seguridad la misión que le incumbe, profundizando primero bajo todos sus aspectos las ideas en la forma restringida que el legislador impone, hasta darles luego la forma jurídica conveniente. Bajo esta forma, sin duda restringida, pero claramente trazada y completa, el pensamiento jurídico se habitúa, se familiariza con ellas, y como, en mi concepto, no hay pensamiento tan puramente concreto que no tenga tras sí, bajo lo concreto, y por obscuro que sea su fondo, lo abstracto—pues ya el primer esfuerzo del pensamiento del hombre, el del niño, contiene una generalización, una abstracción inconsciente, una fuerza de pensamiento sin la cual el lenguaje del niño sería absolutamente incomprendible —, realmente la forma restringida del pensar, cuando el *pensamiento* jurídico se ha habituado a ello, lleva por necesidad a ampliar el horizonte más allá aún de las ideas mismas. Entonces es cuando ocurre preguntar: ¿por qué tal limitación? ¿tiene justificación práctica? ¿no pide el pensamiento, por el contrario, una extensión a otras relaciones, o bien una generalización ilimitada? Así, se ve, de qué modo lo concreto abre el camino a lo abstracto; impulsa, en efecto, al pensamiento jurídico, cuando ha llegado el momento, a privar a la idea de su forma limitada originaria—y téngase en cuenta que, para mí, el pensamiento jurídico comprende el conjunto de todas las fuerzas intelectuales que participan en el desenvolvimiento del derecho, tales como la legislación, la teoría y la práctica.

Es necesario, pues, que estemos siempre en condiciones de mostrar el punto de partida histórico limitado de lo general, y de seguir el crecimiento insensible de una idea, a la luz de los testimonios históricos. A la altura a que llega al fin, todas las relaciones a que se aplica, se focan y entrecruzan, sin que nos revelen la sucesión histórica merced a la cual han llegado a

unirse. Para tal operación deben servirnos de guía las enseñanzas que sacamos de los hechos históricamente averiguados. Si nos dicen que las formas abstracta y compleja son siempre las más recientes, debemos admitirlo, aun en los casos en que esta prueba no pueda procurársenos de una manera positiva. La autoridad de la cronología *interna* debe suplir la de la *externa*. Aun cuando nada supiéramos de la relación cronológica de las servidumbres rurales y urbanas, de la posesión de la cosa y de los derechos del usufructo, del depósito o de la prenda regular—sobre cosas *específicamente* determinadas—, o irregular—sobre cosas *genéricamente* determinadas—, sería preciso no tener idea alguna de cómo el derecho se desenvuelve, para no saber que en todos esos casos la primera forma es la más antigua y la segunda la más reciente. En Roma, el agricultor precedió al ciudadano (1): he ahí por qué la servidumbre rústica es anterior a la urbana. La *cosa* forma siempre el punto de partida natural del derecho de las cosas: todas sus relaciones se desenvolvieron primero en ella, incluso la posesión; por lo que la noción de ésta ha debido, en primer término, ser comprendida y formada en la cosa antes, de pasar al derecho. Lo mismo ocurre con la distinción de la designación específica o genérica de las cosas en las relaciones obligatorias que tienden a su restitución. El objeto natural y al propio tiempo regular de la relación, es la cosa determinada de una manera concreta, no abstracta.

Hagamos ahora la aplicación de lo que venimos diciendo con relación a la tenencia relativa. ¿Cómo han llegado a ella los romanos? ¿La han concebido desde luego con la misma generalidad que tiene en el derecho nuevo, o es una relación particular determinada la que les ha familiarizado con ella y de la cual se ha podido luego aplicar por ampliación a otras relaciones?

Hay cuestiones que basta plantearlas para resolverlas. Si nuestra jurisprudencia hubiera procedido así, con la cuestión

(1) Punto es este estudiado por el mismo Ihering en su genialísima obra *Prehistoria de los indoeuropeos*.—(N. DEL T.)

antes indicada, convencido estoy de que hubiera encontrado hace tiempo la respuesta, porque basta representarse las dos relaciones de que aquí se trata, para que pueda verse inmediatamente. La una es la relación de tenencia, que tiene su base en el poder dominical: tenencia de hijos y de esclavos, para el jefe de familia—relación de tenencia *domestica*—; la otra tiene su base en un *contrato*: tenencia de colonos, arrendatarios, comodatarios, etc., etc.—relación de tenencia contractual—. Y yo pregunto: ¿cuál de las dos relaciones es la más antigua? En Roma ha habido siempre hijos y esclavos, mientras que comodatarios, arrendatarios, colonos etc., no los ha habido sino más tarde. Las dos especies de relación de tenencia relativa, la tenencia por procuración y la interesada, se daban necesariamente para la niñez y para los esclavos; *aquella*, cuando el jefe de familia estaba *ausente*, en cuanto entonces aquéllos ejercían la posesión para él; *esta*, aunque el jefe estuviere *presente*, con relación a todas las cosas que les hubiere concedido para su *uso personal*. Estas cosas las tenían *para sí*, no *para él*.

Bien se ve la distancia entre esa relación de tenencia dada por la casa romana misma, y la del arrendatario, la del colono, etcétera. Eran, en verdad, muy raras las ocasiones que la vida romana les ofrecía en la época más antigua—y cuenta que no debe olvidarse que sólo me refiero a esta época—. El antiguo romano cultivaba por sí sus fundos, y si eran pocas sus fuerzas, lo ayudaban su mujer, sus hijos, sus esclavos. La idea de cruzarse de brazos y esperar que los fundos fuesen cultivados por un colono, cobrando el dueño, como capitalista, la renta, no existe en la época primitiva. El alquiler de una casa o de una parte de la misma, no tiene razón de ser en esa época. Esas relaciones no surgen sino en una fase avanzada de la civilización, esto es, en la vida urbana: el pobre que no tiene siquiera una cabaña para cobijarse, no la alquila—nadie querría alquilársela—, sino que se coloca como doméstico, a menos que viva de la caridad. Dejo al lector decidir por sí, si las relaciones de tenencia sobre cosas muebles, comodato, depósito, mandato de

transportar o guardar una cosa—pues es preciso exceptuar el mandato encaminado a la *adquisición de la posesión*—, tienen derecho preferente de prioridad sobre las relaciones de tenencia doméstica.

Nuestra conclusión es que, por muy allá que pueda llevarse la relación de tenencia contractual en el pasado, la tenencia doméstica es anterior con mucho. *La casa romana es el punto de partida histórico de la noción de tenencia, el lugar originario, la patria de la relación de tenencia relativa.*

Esta relación existía sin duda ya bajo esta forma en los tiempos primitivos, pues de no ser así, no hubiera podido designar como suyos ni a su mujer, ni a sus hijos, ni a sus esclavos; en cambio, el caso de tenencia contractual no es fácil determinararlo en esta época. Ahora bien: bajo esta forma—y abordado así la cuestión relativa a saber en cuál de las dos relaciones, doméstica y contractual, *puédieron concebir primeramente* los romanos el carácter jurídico de la relación de tenencia—la *naturaleza jurídica* de la tenencia saltaba a la vista, no sólo del jurista, sino también del hombre vulgar. Todo romano sabía que los hijos y los esclavos no podían intentar una acción contra terceros ni contra el cabeza de familia; lo que en materia de posesión significaba que, en el sentido del derecho, no podían *poseer*, esto es, que sólo podían *tener*. Los dos lados de la relación de tenencia relativa: el *negativo*, que el tenedor *no* posee para sí, y el *positivo*, que el dueño o señor de la posesión *posee* para sí, manifiéstanse aquí con gran claridad a la vista de todos; la percepción del verdadero estado de las cosas era obra, pues, no del pensamiento jurídico, sino de la misma concepción popular primitiva: en tal respecto, antes que ser difícil su reconocimiento, sería necesario no pequeño esfuerzo para desconocerlo.

Que se comparen ahora las dificultades que, según hemos visto, implica la abstracción de la noción de tenencia. Las recuerdo aquí con el objeto de referirlas a la cuestión siguiente: ¿en virtud de cuál relación pudo el pensamiento de los romanos llegar a la noción de la posesión, por la doméstica o por la con-

tractual? En ésta, la tenencia lleva el sello imborrable del pensamiento del jurista del hacer intencional de éste; no caía ni cae aún hoy dentro de la concepción espontánea popular: en aquélla, la tenencia no pide intención y reflexión para penetrar en el orden natural de la vida, sino que era inherente a la casa romana, y así, no sólo *podía*, sino que *debía* imponerse a la inteligencia del hombre del pueblo, vulgar; con lo cual estimo que implica una ventaja no despreciable en favor de mi teoría eso de haber logrado una *base popular* para la noción, por lo demás tan enigmática, de la tenencia. La noción de la tenencia pertenece a las *nociones de la intuición jurídica nacional romana*.

Resumiré los resultados de la investigación precedente en la siguiente proposición:

La casa romana es el *origen*, la *patria de la relación de tenencia*, no sólo en cuanto a su *aparición de hecho*, sino en cuanto a su *reconocimiento jurídico*: realmente en la casa es donde por primera vez se ha revelado a la conciencia de los romanos la noción de la tenencia.

Me he preguntado, además, si no han persistido algunos rasgos de este estado originario. En este punto, tengo siempre por costumbre dirigirme ante todo al lenguaje, que es el conservador fiel de la manera de ver propia de las épocas prehistóricas. Veamos si nos da alguna luz.

No hay en él una expresión exclusiva para la relación posesoria de las personas bajo la potestad del jefe de familia. La tiene para su relación de propiedad: tal es la palabra *peculium*. Por ella nos designa la imitación de la propiedad con relación a las personas bajo potestad. Según la intención del jefe de familia, las personas que le están sometidas deben, con relación a las cosas que les concede su peculio, tomar de hecho la posición del propietario; deben poder disponer de ellas aun sin su consentimiento, sacando el derecho de esa voluntad del jefe de familia, la consecuencia, tanto para el *derecho de las cosas*, pues

concede a sus enajenaciones el mismo efecto jurídico que si hubieran sido hechas por un propietario, como para el *derecho de las obligaciones*, puesto que reconoce a sus acreedores un derecho a ser pagados con cargo al peculio; en suma, el peculio llena en los límites fijados por el derecho, la función de la propiedad (I).

Para la relación posesoria de las personas sometidas al jefe de familia, los romanos han conservado la palabra *possessio*; el *naturalis*, con que la distinguen de la posesión jurídica, no le es particular, pues se emplea para toda relación de tenencia en general. Pero si es cierto que la tenencia ha sido concebida *doctrinalmente*, en primer término, para la relación posesoria de las personas bajo la potestad doméstica, es preciso admitir lo mismo con respecto a la designación del *lenguaje*. La palabra es el heraldo del pensamiento: anuncia que éste está allí.

He ahí por qué es necesario referir la primera aparición de una palabra que más tarde ha obtenido una significación más amplia, adonde el pensamiento se ha apoderado por primera vez de la idea que expresa, donde la idea ha surgido, encontrándose por tal manera en la casa romana la designación de la relación de tenencia con el nombre de *Naturalis possessio*, que por tanto ha sido la designación originaria de la relación posesoria en el interior de la casa romana; designación que no se transporta hasta más tarde a la relación de tenencia contractual, al propio tiempo que la noción de tenencia.

El término *naturalis* encuéntrase también como técnico en otra combinación, en la de *obligatio naturalis*. Debe, en mi concepto, decirse de la *obligatio naturalis* lo mismo, con respecto a las tres direcciones antes indicadas: la prioridad de su aparición *de hecho*—su reconocimiento doctrinal—y su designación con el *lenguaje*. Imagínese de un lado los casos extremadamente raros e insignificantes de la *obligatio naturalis*, una parte de los cuales, a mi ver, no han sido señalados por los juristas sino tan sólo con el objeto de agotar todo lo que pueda decirse de esta mate-

(1) *Quasi patrimonium* (L. 47, § 6), *de pec.* (15, 1). *Veluti proprium patrimonium* (L. 19, § 1, L. 32 pr., L. 39 id.).

ría, y de otro su aparición incesante, diaria, absolutamente inevitable en la casa romana y no se vacilará en admitir que allí tuvo que ser donde se pudo formar por primera vez una idea de ellos y darles sus nombres. Así como la *possessio naturalis* contiene el reflejo del *derecho de las cosas*, así la *obligatio naturalis* contiene el del *derecho de las obligaciones* dentro de la casa romana. Si no podemos concebir la casa romana sin la *tenencia* de las personas bajo el poder doméstico, tampoco podemos concebirla sin actos jurídicos de dichas personas. Entre los miembros de la casa romana sometidos al jefe de la familia, tanto entre sí, como respecto de ésta, establecíase una corriente de obligaciones, en que todos tenían que conceptuarse comprendidos. El esclavo que hubiese hecho un préstamo a su compañero de esclavitud, el hijo de familia que hubiese hecho un préstamo a su hermano, estaban seguros de su restitución. Si no se verificaba, se dirigían al jefe de familia—que dentro de la casa romana tenía la posición de un juez—(*domesticus iudex*)—. Por las dos partes se había atendido en esos casos a un *acto jurídico*, cuyas condiciones legales existían subjetiva y objetivamente como en los demás casos. Pero como la circunstancia de negar el derecho a este acto, la consecuencia civil, la acción, imposibilitaba la admisión de una *obligatio* en el sentido del derecho—*obligatio civilis*—, quedaba sólo la *obligatio naturalis*, el *naturale debitum*, según la equidad natural—*naturalis equitas*—o de la vida doméstica. En la *possessio naturalis* de las personas bajo potestad, la *noción de la posesión*, y en la *obligatio naturalis*, la *noción de obligación* se estrellan contra el obstáculo que implica la constitución de la casa romana: nuestra *n* es quien quita aquí a las condiciones de la obligación, como más arriba a las de la posesión, la eficacia que de otro modo hubieran tenido. En ambos casos no se requería el ojo del jurista para ver el verdadero estado de las cosas, claro resultaba a la vista de todos, pudiendo, por nuestra parte, decir de la *noción de la obligatio naturalis*, lo mismo que más arriba se dijo de la *possessio naturalis*; habiendo surgido *de hecho* en la casa romana, e imponiéndose irresistiblemente a la *conciencia común*, no

era un producto del arte de los juristas, sino una noción completamente popular y una de las nociones jurídicas originarias del pueblo romano—¡hubiera sido necesario un esfuerzo para no percibirla!

En ambas relaciones la casa romana fué la que ha hecho a los romanos ver claro la *distinción del hecho y del derecho*, o sea entre la *eficacia* y la *ineficacia* jurídica de un mismo conjunto de condiciones positivas, y toco aquí con un fenómeno histórico jurídico de primer orden, que hasta ahora no se ha advertido: tal es la importancia eminente de la casa para el despertar temprano y el desenvolvimiento primero del pensamiento jurídico nacional. Al negar á los estados jurídicos aparentes su eficacia ordinaria, la constitución de la casa romana daba un impulso imperioso al pensamiento jurídico: era como acicate de la conciencia jurídica y no creo exagerar al decir que el temprano aparecer de la facultad de análisis jurídico de los romanos debe atribuirse a la casa romana. Ponía, en verdad, al romano en una altura desde la cual debía ver el mundo del derecho con mirada de jurista; porque la casa era como *atalaya del derecho*. Nociones que hoy sólo el jurista comprende, resultaban entonces accesibles a la conciencia común. En la expresión puramente gramatical de la distinción entre *civilis* y *naturalis*, para las dos relaciones indicadas, el pensamiento común se había apoderado de una distinción doctrinal de la mayor importancia para la manera de ver el derecho; tal es la distinción de lo *jurídico* (*Rechtlichen*)—esto es, el *derecho*—y el *hecho* (*Factischen*); trátase, en efecto, de una distinción colocada a modo de presente jurídico en la cuna del derecho y acomodable desde los primeros momentos al pensamiento jurídico. Bajo la fórmula poco aparente, *civilis* y *naturalis*, ocúltase una de las obras más preciosas del pueblo romano. La jurisprudencia romana la ha encontrado ya totalmente hecha en su camino, pues en la antigua Roma el pensamiento jurídico no ha esperado a los juristas: el pueblo iba delante de ellos. Todo el mérito corresponde a la *casa romana*.

No tengo por qué explicar aquí la aplicación por el derecho

posterior de la distinción entre *civilis* y *naturalis*, toda vez que mi fin se limitaba a remontarla hasta la casa romana (1).

Vuelvo a la posesión. Creo estar autorizado para considerar como sentado que el término *possessio naturalis* dado a la relación de tenencia, tiene su origen histórico en la casa romana. Allí es donde la relación se ha revelado primeramente a la conciencia, siendo allí también donde, por consiguiente, ha debido sentirse por primera vez la necesidad de distinguirla lingüísticamente de la posesión.

Una segunda modalidad del lenguaje, en la cual creo poder descubrir también un reflejo del antiguo estado de cosas, es la de *in possessione esse*. *Esse* indica la estancia (*Aufenthalt*) sobre una cosa, y no se puede estar sino en cosa *inmueble*. Esta expresión lingüística de la mera estancia en la cosa, era tan exacta para los hijos y los esclavos, que moraban con el jefe de familia en la *misma* casa, o estaban en el *mismo* fundo, y ponía tan de relieve, de una manera tan ostensible, la apariencia exterior de su posición, que do quiera ha constituido el punto de partida de todas las formas lingüísticas. Al propio tiempo dicha expresión resultaba inapropiada para el arrendatario o el colono cuya intención no se limitaba a una simple estancia en la cosa. Así, pues, la expresión ha podido formarse en la primera relación y no en la segunda, de donde infero y afirmo que no ha sido transportada a esta última sino posteriormente. No sé yo si mi sentido del lenguaje me engañará; pero veo además en esta expresión una indicación de la estancia del tenedor *junto* al poseedor, de la estancia *común*, en la misma cosa: esto es, de

(1) El último empleo histórico de la distinción de *civilis* y *naturalis* con respecto a las relaciones domésticas, es la aplicación hecha por Justiniano a la propiedad de la mujer sobre las cosas dotales, en la L. 30, Cod. de *jure dot.* (5, 12). *cum NATURALITER permanserunt in ejus dominio*: límitase con esto a presentar la idea popular del lado de hecho de la relación, según lo habían hecho ya antes de él los juristas romanos, por ejemplo, Pablo, en la L. 11 de lib. 28, 2. Véase a este propósito mi *Espíritu del derecho romano*, tomo 2.º, páginas 208 y siguientes. Sabido es cuán amplio empleo se hace de tal distinción en las relaciones de la familia—matrimonio, concubinato, adopción, emancipación, agnados y cognados.

la *coposesión (Mitbesitz)*. *In possessione est*, implica tácitamente otro como *possessor*, en cuya *possessio* se encuentra el tenedor; ahora bien: en la significación originaria, es decir, puramente *sensible* de la expresión, no puede tratarse de otro; sino de aquel que se reconoce por los sentidos como poseedor, esto es, aquel que está *presente* por sí mismo ante la cosa. El dueño que ha cedido a otro la ocupación material del fundo, no se *ve* en el mismo; su posesión no descansa en las reglas del derecho: *possessio civilis* en ese sentido; en cambio se *ve* al jefe de familia. *In possessione esse* significará, según esto, la relación de posesión *común, sensiblemente* reconocible, entre el poseedor y el tenedor.

Esta idea tiene un apoyo en la significación técnica de las palabras *in possessione mittere, ire*, del Edicto pretorio. En los casos en que la *immissio* no tiene en cuenta más que la *custodia rerum et observantia* (L. I *quib. ex c.* 42-4) el *immissus* no obtiene la posesión, sino tan sólo la tenencia (L. 12 *ib.* L. 3, § 23, *h. t.*): tiene *junto* al poseedor (L. 5 *pr. ut in poss.* 36, 4: *SIMUL CUM EO POSSIDERE JUBETUR*), y sólo si ese medio de posesión se revela como eficaz, es cuando *dominus deficiendus erit possessio-ne* (L. 15, § 23, *Damni inf.*, 39, 2).

Al igual que la expresión *naturalis possessio*, la *in possessio esse* ha sido transportada más tarde de la tenencia doméstica a la contractual. Espero demostrar luego por qué medio. La diferencia del punto de vista desde la cual esas dos expresiones comprenden la tenencia, salta a la vista. La primera nos la designa por el lado *negativo y absoluto*: el tenedor no es poseedor; el segundo, por el lado *positivo y relativo* con relación al dueño: el tenedor ejerce la posesión de este último; la primera expresión tiene, pues, también aplicación a la relación de tenencia absoluta: la segunda, no.

He ahí todo lo que el lenguaje puede revelarnos acerca del aspecto originario de la relación de tenencia (1). A los dos pun-

(1) Tan sólo para rechazar una idea, que a otro pudiera ocurrírsele, como ahora se me ha ocurrido a mí, haré notar que el término *extraneus*, de que se sirvió la L. *ulá. h. t.* para la relación posesoria: *adversus extraneus vitiosa possessio prodesset solet*, no da punto de apoyo a la idea

tos de apoyo, si no por enteros evidentes, a lo menos dignos de nota, que nos proporciona, hay que añadir un testimonio de un jurista romano, cuya alta importancia para nuestro asunto aun no ha sido advertida por nadie: es el texto de Gayo, IV, 153:

Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, LICET IS NOSTRO JURI NON SUBJECTUS SIT, quaiis est colonus et inquilinus.

Gayo distingue entre la posesión propia o *inmediata*, y la *mediata* por otra persona, y toma por base en cuanto a esta última la distinción entre la tenencia *doméstica* y la tenencia *contractual*. Los términos de que se sirve para esta última, nos muestran de un modo claro, la idea que tenía de una y otra. Al decir del colono y del inquilino que tienen para nosotros: *LICET in nostro juri subjectus non sit*, claramente dice que, en rigor, el *NOSTRO NOMINE possidere* presupone el *NOSTRO JURI subjectum esse*. Que pueda existir sin esta última condición, he ahí para él una particularidad sobre la cual juzga necesario llamar la atención de una manera especial. La idea misma, por mí desenvuelta antes, es la que aquí se manifiesta en Gayo: la casa romana es el asiento originario de la relación de tenencia; la forma normal de la tenencia es la de los hijos y la de los esclavos; fué ya más tarde cuando se extendió de éstos a los colonos y a los inquilinos.

¿Y es quizá ésta una idea particular de Gayo? Bastaría esto ya, porque esta concordancia de opinión con un jurista ro-

desenvuel a arriba. Otra modalidad de lenguaje de que se sirven los romanos para designar la relación de tenencia relativa, es: *nostro nomine possidere*. Podría pretenderse que hay ahí, también una indicación de la relación doméstica. Cuando se preguntaba a los esclavos o a los hijos a quién pertenecía lo que tenían en sus manos, daban el nombre del padre: ese nombre cubría la casa toda, y por tanto, posesión: *possident nomine patris*. Mas este argumento no tiene fuerza alguna probatoria, como se demostrará más adelante.

mano, me pondría a salvo de la censura de introducir en el derecho romano una idea que éste no conocía. Gayo ha experimentado exactamente la misma impresión que yo. La relación de tenencia doméstica es la forma originaria de la relación de tenencia, mientras la contractual sólo contiene una imitación.

En realidad Gayo se ha limitado aquí a dar la concepción romana antigua de la tenencia. Esta concepción consistía en que la posesión mediata del dueño, su poder sobre la *cosa*, resultaba de su poder sobre la *persona*—tiene la cosa en su poder *porque y en tanto que* la persona está en su poder. Esta concepción resulta clara por una indicación que Gayo nos ha conservado sobre otro asunto. Al tratar de la adquisición para el jefe de la familia por las personas que se encuentran *in manu mancipiove* (II, 90), distingue la posesión de la propiedad. Esta última, dice, se puede también adquirir por terceras personas:

au autem possessio adquiratur, quaeri solet QUIA, IPSAŚ NON POSSIDENUS.

De donde sacamos una doble conclusión.

En primer término, que en la época de Gayo se admitía aún la posesión sobre los hijos de familia, así como sobre los esclavos. Opinión que fué abandonada por el derecho nuevo (1), y de la cual, que yo sepa, no se encuentra ya rastro en la compilación de Justiniano. Si se tiene presente que, según el derecho antiguo, los hijos de familia podían ser reivindicados (2), y que en el procedimiento de reivindicación había siempre margen para la concesión de las *vindiciae*, es decir, para la adjudicación de la *posesión* interina, la admisión de la *posesión* sobre los hijos

(1) Pablo, en la L. 1, § 8, *h. t.*

(2) L. 1, § 2 de R. V. (6, 1). Ulpiano refiere aquí que Pomponio tenía también por aplicable la antigua *reivindicatio* de donde se seguía que también ha admitido la posesión sobre los hijos de familia, si bien en la práctica había sido reemplazada por los medios jurídicos indicados por Ulpiano: *petuntur (liberae personae) aut praedictis, aut interdictis, aut cognitione praetoria.*

de familia, en el derecho antiguo, no puede causar sorpresa alguna, explicándose así al propio tiempo que el desuso de la *revindicatio* de los hijos haya producido también la desaparición de la posesión sobre los hijos, que era su consecuencia.

La *segunda* conclusión que sacamos del texto de Gayo, es que la antigua jurisprudencia no conceptuaba el simple poder *jurídico* sobre la persona, como suficiente para la adquisición de la *posesión*. Este poder bastaba para la adquisición de los *derechos*, por lo que las personas *in manu mancipiove* podían adquirir *derechos* para el jefe de familia, mientras las personas libres no (1). Para la *adquisición de la posesión* era preciso la posesión sobre la persona; sólo los esclavos y los hijos de familia, que *poseemos*, pueden adquirir la posesión para nosotros. ¿De dónde se origina esta extravagancia? Trátase, en verdad, del punto de vista de la *simetría jurídica*, que tantas veces hemos encontrado en la antigua jurisprudencia, según he demostrado con una porción de ejemplos (*V. Esp. del D. R.*, tomo 3.º, edición 4.ª, págs. 625 y sigs.); punto de vista fundado en la regla: el derecho engendra derecho; la posesión, posesión. Un jurista de la época antigua hubiera visto una *inelegantia juris*, una infracción de las leyes del arte jurídico, en lo de que el poder meramente jurídico sobre la persona fuese el medio del poder real, físico, tal cual lo exige la posesión, mientras que la adquisición de la posesión por una persona que lo poseía no sería más que una consecuencia necesaria de la relación; poseyendo la persona misma que posee, posco también lo que posea. Esta persona podría ser considerada como el instrumento, como una especie de mano alargada, mediante la cual yo mismo he podido lograr la posesión. Aplicando este punto de vista es como la jurisprudencia le negaba al señor la posesión adquirida por un esclavo que dejase de estar en su posesión (2).

Sólo con relación a la continuación de la posesión, una vez

(1) Gayo, II, 86, 95.

(2) L. 21, pr. de A. D. D. (47, 1)... *quia servum non possideam*. L. 54, § 4, ib., y L. 1 § 6, h. t.

establecida, fué como prevalecieron desde los tiempos antiguos otros principios. Por medio de una persona libre se podía, *no adquirir*, sino *mantener* la posesión, reproduciéndose también distinción tan fecunda en consecuencias con respecto a los derechos (1). Sin ella, el propietario desde el momento en que dejara irse de su mano la cosa, hubiera, sin más, perdido su posesión; en cambio, con ella conservaba la posesión, si la entrega sólo se refería a la tenencia. Ahora bien; esta noción de la tenencia debíanla los romanos a la casa romana, en donde floreciera siempre. Precisamente para probarlo me he detenido en la exposición precedente, y creo haber logrado mi propósito.

Al propio tiempo he probado que la noción de tenencia ha sido *transportada* de las relaciones domésticas a las contractuales.

La tenencia sale de la casa romana y se pone en camino.— Sigámosla, pues.

La tradición histórica nada dice en cuanto a la marcha seguida por la noción de la tenencia en las diversas relaciones contractuales, no debiendo esto sorprender, porque ese movimiento progresivo debió de haberse realizado muy al principio. Procuraremos suplir, mediante combinaciones históricas, los atestados positivos que las fuentes no nos ofrecen.

Conformándome con una idea puesta ya a prueba en todos los casos análogos, restablezco el lazo de unión entre el *punto de partida* y el *punto de llegada* de su desenvolvimiento histórico, buscando los *encadenamientos intermedios*. Del derecho ro-

(1) Véase, como ejemplo, la L. 24, § 2 de *usurp.* (22, 1), donde Pablo trata de la interpelación hecha por el representante y rechaza la objeción fundada en la inadmisibilidad de la representación, diciendo: *nec hoc casu per liberam personam ACQUIRI, videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprendit, negotium meum agens, manifesti actionem mihi parat*, y L. 3 pr. *quod vi* (43, 24), donde Ulpiano razona igualmente respecto a la interdicción de un *opus novum* hecha por un representante: *nec quem monsat, quod per liberam personam actio ACQUIRI NON SOLET, nam prohibitio haec DEMONSTRAT VI te facere*.

mano en su buena época cabe decir lo mismo que de la naturaleza; no conoce los saltos; realiza las transiciones paso a paso hasta llegar al fin; elévase de lo que es originariamente limitado hasta la generalidad completamente ilimitada.

Siguiendo este método, procuraré indicar las relaciones de tenencia contractual que mayor afinidad tenían con la tenencia doméstica, y a las cuales, por tanto, se podría transportar con mayor facilidad y naturalidad la de la noción de tenencia. Para encontrarlas, es necesario conocer los rasgos característicos de la tenencia doméstica y examinar a cuáles relaciones de tenencia se aplican fuera de la casa.

Dos son los rasgos. El *uno* es la *relación de dependencia* personal de los hijos—en adelante me serviré de este término, por abreviar para designar las personas todas sometidas a potestad—del jefe de familia. El *otro* es la *comunidad* de su posesión o sea la *coposesión*, como yo creo poder llamarla sin temor a una mala interpretación. Veamos si podemos encontrar puntos de comparación en la relación de tenencia contractual. Comencemos por el segundo.

La *coposesión* (*Mitbesitz*) del tenedor. Cabe concebirla para los *inmuebles*; para los muebles, no. Aplícase a los inmuebles bajo la forma del arriendo de una parcela de tierra y del alquiler de un cuarto o de una habitación. Si la existencia de esas dos relaciones puede demostrarse en la antigua Roma, nos dará el eslabón deseado que una la tenencia contractual con la doméstica. ¿Existieron? Una de ellas: la coposesión en la casa, existía, de tal modo, que en la formación de la palabra *inquilinus*, que sirve para designar al inquilino, el lenguaje señala esta forma de la relación de alquiler como la más *exclusiva*. Festo explica esta palabra del modo siguiente (1): *qui eudem colit focum vel EJUSDEM loci cultor*. El *inquilinus* es, pues, el que mora con el jefe de la familia en la *misma* casa. Su situación contrasta con la de los hijos en la casa paterna, y no sólo en cuanto a la coposesión, sino

(1) Véase Vanicek, *Griech. lat. etimologisches Wörterbuch*, I, pág. 124; *col, cotere, col onus, in-quil-inus*.

también en cuanto a la dependencia personal: el señor de la casa puede poner siempre al inquilino a la puerta, usando para ello de su derecho de señor.

¿Y la relación de arrendamiento? El lenguaje no nos presta aquí auxilio: la palabra *colonus* tiene un sentido completamente general, siéndome imposible probar históricamente la existencia del arrendamiento parcial en la época antigua. En cuanto a la posterior, por el contrario, puedo demostrar, no que existiese de hecho, cosa clara, sino que a diferencia de nuestra época actual, constituía la *regla*. Hablando de él, Columela (II, 7) trata del arriendo parcial como de la forma normal: habla siempre de los *coloni* en plural y nunca del *colonus* en singular, y eso, por de contado, refiriéndose, no al arrendador, que tiene *varios* fundos que arrendar, sino al que posea *un solo* fundo. De donde se sigue que no le arrienda por entero, sino por parcelas. La manera como Columela describe la situación de esos arrendatarios según debe ser para tener su forma propia, es muy significativa: *patris familia, felicissimum FUNDUM—singular—, esse, qui COLONOS—plural—, indigenas haberet et tanquam in PATERNA POSSESSIONE natos jam inde in cunabulis LONGA FAMILIARITATE retineret*. Resultan aquí los colonos contados en la familia, tomada en el sentido más lato; trátase de una relación que de una parte y de otra se hereda de padre a hijo, por lo que era extraordinariamente vecina de la relación doméstica.

Ahora, ¿podremos remontar el arrendamiento parcelario a la época antigua? En mi concepto, si se ha conocido entonces el arrendamiento, sólo podía ser en la forma indicada. El verdadero aldeano no arrienda toda su hacienda; no está habituado a ponerse por entero a renta, cruzándose de brazos como un capitalista; eso lo deja para el hacendado de la ciudad, que no puede cultivar por sí sus tierras, o el rico poseedor de bienes que quiere descansar o que posee inmuebles con exceso para poder cultivarlos por sí mismo. Cuando el aldeano arrienda, lo hace sólo de parte de su hacienda, que está en condiciones especiales esto es, que no puede cultivar fácilmente o que no puede utilizar con tanto lucro como los demás. Así en la antigua Roma el

aldeano arrienda una parte de su fundo, como un prado, una viña, los olivares, de que podía prescindir: casi nunca lo hacía de todo el fundo.

Admitiendo la coposesión en los colonos y los inquilinos, en la época antigua, se explica cómo la modalidad de la frase *in possessione esse*, tomada de esas relaciones, puede transportarse de la familia a esas personas. Después de haberse acostumbrado, respecto de ellas, a designar de ese modo su relación posesoria, la expresión se extendió luego a todos los arrendatarios e inquilinos, para quienes no cuadraba su significación puramente originaria sensible de coposesión; en cambio, tomó de ésta la significación ideal, atendiendo exclusivamente a la característica jurídica de la relación.

La relación de dependencia personal del tenedor.—La posesión jurídica del colono y del inquilino, en la antigua Roma, es tan fundamentalmente distinta, en el respecto jurídico, de su posición actual, que apenas si pueden compararse. Hoy esas personas gozan de la completa protección del derecho, no sólo de la protección personal por las acciones contractuales, sino también de la protección posesoria (*summarissimum, actio spoli*), y bajo el imperio de las legislaciones donde no rija la máxima de derecho común: «venta mata arriendo», se la concede una seguridad en su posición jurídica que en nada cede a la del propietario: ambos tienen según el lenguaje romano, un *jus in re*. El arrendatario actual tiene la misma seguridad que el enfiteuta romano; el inquilino actual tiene la del superficiario romano; si cumplen con su deber, si pagan su renta o alquiler, si no destruyen la cosa, el dueño nada puede sobre ellos.

En la antigua Roma ocurría precisamente lo contrario: no había una acción de contrato: la *actio conducti* corresponde al sistema del *jus gentium*: es de origen más reciente. Los colonos o inquilinos no tenían, como simples tenedores, ningún derecho a la protección posesoria: el propietario podía lanzarlos por sí, y si se resistían, tenía el *interdictum uti possidetis* o *unde vi*. Podía llegar hasta prohibir al colono la recolección de los frutos, y si éste no respetaba la orden, no sólo no obtenía la propie-

dad de los mismos (1), sino que cometía un *furtum*. No hay, pues, derecho alguno ni para el colono ni para el inquilino.

La semejanza de esta relación de tenencia de los colonos y de los inquilinos, con la doméstica, es clara. Como ésta, era una relación de puro *hecho*, una relación *ad bene placitum*, dejada por entero a la voluntad y al capricho del dueño: éste no miraba sus colonos o inquilinos de modo diferente que a sus hijos y a sus esclavos. Lo significativo para esta concepción, es el hecho de que, al modo como el padre de familia vigilaba a sus hijos, el dueño vigilaba a sus colonos cual jornaleros de él dependientes; obligábalos a trabajar cuando eran perezosos o dejaban de hacer en tiempo oportuno los trabajos necesarios (2).

Preguntarése con extrañeza cómo una relación tal, que condenaba a esas personas a un estado de total falta de derecho, ha podido mantenerse en Roma durante siglos. A lo cual respondo preguntando a mi vez, si es menos sorprendente que durante siglos haya dejado el derecho sin protección jurídica a los hijos. No es el derecho el único poder de quien la vida tiene que esperar la reglamentación adecuada de las relaciones humanas; a su lado están las *costumbres*, que, según el testimonio de la historia, han puesto bien de manifiesto el poder de hacer sus veces, cuando el derecho no ha alcanzado aún su pleno desenvolvimiento (3). Y allí donde ambos faltan, queda todavía otro motivo para realizar lo que hoy acostumbramos a esperar tan sólo del derecho: la consideración del interés personal, quiero decir, no sólo del interés material, sino del ideal-también; el temor de la opinión pública, el miedo a comprometer una buena reputación, una posición social. El dueño que en Roma abusaba sin medida del poder que el derecho le reconocía, para lanzar a su colono sin motivo, comprometía su reputación, y debía sufrir análoga experiencia a la de nuestras amas de casa que maltratan a sus criados, que suelen no encontrar quien las sir-

(1) L. 6, *de donat.* (39, 5).

(2) Columela, loc. cit.; *avarus* OPUS EXIGAT *quam pensiones*.

(3) Puede verse la prueba, con respecto a la organización de las relaciones de familia en Roma, en mi *Esp. del D. R.*, II, § 32.

va. El mismo dueño tenía el mayor interés en conservar un colono probado, era preciso que estuviera loco para lanzarlo. Por el testimonio citado de Columela, sabemos que las familias de los colonos persistían durante varias generaciones en el mismo fundo.

Resulta, pues, que, de hecho, únicamente el colono *malo* era el lanzado de sus tierras en Roma, no teniendo el poder en virtud del cual podía ser lanzado sin razón, más que un valor inapreciable. De este modo no había dificultad alguna: el dueño se defendía a sí propio: lanzaba al colono malo para poner en su lugar uno bueno. Precisamente, para garantizar esta posibilidad al propietario, se le concedía la posesión, concediendo al tenedor solo la tenencia. Pero del propio modo que el *jus necis ac vitae* del padre, no se dirigía más que contra el *mal* hijo, que se hubiere hecho digno de la muerte, y de hecho a *él solo* se aplicaba, así el derecho de lanzar al colono sólo se aplicaba al *malo*. Para no limitar el ejercicio de esos derechos a los dos casos contra el *malo*, por la prueba previa de la maldad, estaban concebidos de una manera bastante general, a fin de poder en derecho aplicarse aun contra el *bueno*. El derecho sabía que el uso, el interés personal y otros motivos corregirían los abusos; y bien puede afirmarse de que así era en realidad, teniendo en cuenta la circunstancia de que los romanos, tan prácticos, han dejado subsistir semejante estado de cosas durante siglos. La organización satisfactoria, de hecho, de la relación de arrendamiento en la antigua Roma, no obstante la falta completa de protección jurídica, no es, en verdad, más sorprendente que el contraste que ofrecen nuestras relaciones actuales, con respecto al cumplimiento de actos jurídicos, en los cuales la fórmula literal prescrita, no se observa de ordinario a causa de su complicación (1).

Paréceme haber probado, en lo que precede, que la relación

(1) Véase mi citada obra, *Esp. del D. R.*, tomo 3.º, edic. 4.ª, pág. 489, n. 66a. Más adelante volveré a tratar la transformación sufrida por la protección jurídica de los colonos e inquilinos, en el derecho romano posterior y en el derecho actual.

de los colonos y de los inquilinos, tal cual se presentaba en la antigua Roma, tocaba muy de cerca a la de los miembros de la familia, y si el derecho romano ha conservado aquí su manera habitual de avanzar paso a paso, a esa relación debe de haber sido a la que en un principio hubo de transportar la noción de tenencia. Ahora bien: esto quiere decir que en la relación contractual, la tenencia ha aparecido primeramente en las cosas *inmuebles*. En el sistema de protección de los derechos en Roma, y por razones prácticas fáciles de comprender, la cosa inmueble tiene una preponderancia decidida respecto de la mueble: para aquélla, la duración de la protección jurídica implica dos veces el tiempo de la de las muebles, sin distinguir entre la propiedad y la posesión; las cosas inmuebles prescriben a los dos años, las muebles al año; el *interdictum uti possidetis* prescribe al año, el *utrubi* al año. La misma noción de la propiedad del derecho más antiguo—*dominium ex jure Quiritium*—, estaba, en mi concepto, originariamente (1) en la más estrecha correlación con la propiedad inmueble: no comprendía entre las cosas muebles sino aquellas que servían a la *agricultura*—esclavos, animales de tiro y carga—. Así que allí fué donde se ha concebido y formado en un principio la noción de posesión, que no se transporta sino más adelante a las cosas muebles. Si es cierto, y como tal lo tengo (2), que la concesión de las *vindiciae* fué en Roma la más antigua forma del procedimiento de la posesión (3), la cual no se reemplazó por el Pretor con la pro-

(1) La indicación necesaria de esta opinión, véase en mi *Jahrbüchern*, V. 23, pág. 204, nota 2.

(2) He emitido esta opinión en mi libro sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, pág. 57, trad. esp. La misma relación entre la protección de la propiedad y la posesoria se ofrece también en el derecho griego. (V. F. Hofmann, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*, Viena, 1870, pág. 127). También se encuentra en el procedimiento de libertad en Grecia y en Roma. (V. F. Büchner y E. Zielmann, *Das Recht von Gortyn*, Francfort 1885, pág. 84). La forma de la protección posesoria consistía aquí también en la concesión de *vindiciae*.

(3) Así lo testifica Gayo, IV, 16: *praetor secundum alterum eorum vindiciae dabat id est interim aliquem POSSESSOREM constituebat*.

tección por los interdictos posesorios, hasta la época relativamente reciente de su intervención creadora (I), infiérese de ahí al propio tiempo la prioridad de la protección posesoria de las cosas inmuebles con respecto a la de las muebles. *Vindiciae*, dice Festo, *olim dicebantur illae, quae EX FUNDO sumtae in jus*

(1) Estimo falsa en absoluto la idea de Nieburh, recientemente recogida por Dernburg, *Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Berlín, 1883, y según la cual la protección posesoria se deriva del *ager publicus*. Se estrella por de pronto contra la redacción misma del *interdictum uti possidetis*, EUM FUNDUM. Quien tenga una idea de la distinción que la terminología romana mantiene entre *ager* y *fundus*, no dudará un momento que el Pretor romano que hubiera designado el *ager publicus* por *fundus*—junto o separadamente, no importa—, hubiera incurrido en la censura de no saber una palabra de latín. *Ager* designa de un modo absoluto el suelo, no determinado sino mediante adiciones—*publicus, privatus, vectigalis, tributarius*, etc.—*fundus* es el individuo agrícola formado por la unidad de la explotación: la granja romana; las dos expresiones están en la misma relación que en materia de cosas muebles, en la teoría de la especificación, las de *substantia, forma* y *species*. *Ager* designa la sustancia de la cual ha sido tomado el *fundus*, no se hace *fundus* sino por la especificación agrícola, por la unidad de la explotación agrícola.

El Pretor romano hubiera suscitado no pequeña sorpresa, si en el interdicto destinado al *ager PUBLICUS* se hubiera servido de la expresión POSSIDERE, porque la expresión técnica universalmente conocida para el goce del mismo era *frui*. (Mommsen; *Röm. Staatsrecht*, II, 1, 2.^a edición, p. 431).

Pero aun prescindiendo de esas objeciones lingüísticas, que a la vista de quien tenga algún conocimiento del lenguaje, imprimen sello de imposibilidad a la idea del destino del *interdictum uti possidetis* al *ager publicus*, ¿qué habría dicho el pueblo romano si el Pretor se hubiese propasado a disponer sobre las relaciones con el *ager publicus*? Los romanos todos, con el Censor al frente, le hubieran dicho: no os mezcléis en cosas que no os atañen, el Censor es quien arrienda el *ager publicus* y a él toca proteger sus colonos; bástale dirigir su mirada a sus libros para acabar desde luego con toda discusión sobre la posesión. Y a este fin, las gentes deberían empezar por procurarse un *judex* para vos mismo, el cual para dictar sentencia se hubiera visto obligado a pedir al Censor la facultad de examinar sus libros.

No deberíais, ciertamente, ignorar que, al igual que la administración del patrimonio del Estado, el conocimiento de las dificultades que resul-

allatae erant: el término *vindiciae* referíase, pues, a las cosas inmuebles, lo que quiere decir que la concesión de las *vindiciae* no se aplicaba en un principio más que a esas cosas; su aplicación a las cosas muebles presuponía que se renunciaba para éstas a una imitación del *sumere ex fundo*, inaplicable respecto de las mismas: la noción, no el acto, era lo que se transportaba. La misma conclusión es preciso sacar del pasaje de las XII Tablas, reproducido por Festo en el texto: *si vindiciam falsam tulit...*, *fructus duplione damnnum decidito*. Los frutos indican un inmueble; si la ley se hubiera referido a cosas muebles también, hubiera debido servirse de una expresión que hiciera posible, en cuanto a ellas, la fijación de la pena: nadie sostendrá que ya las XII Tablas empleaban, como los juristas romanos posteriores, la palabra *fructus* para designar *interés*.

La protección de la posesión mediante los interdictos posesorios ha surgido, pues, primero para las cosas inmuebles, no habiéndose aplicado hasta más tarde a las muebles. Lo mismo exactamente pasa con la protección posesoria ejercida por

ta de esta administración corresponde al Censor. (Mommsen, obra citada, p. 459). Sólo os toca decidir la contienda sobre la posesión de las *res privatae*; las referentes a las *res publicae* las decide el Censor.

Con el transcurso del tiempo todo eso se ha modificado; surgió, por de pronto, en el Edicto pretorio, un interdicto particular para el arrendamiento de las tierras públicas, pudiendo nosotros ver en él, cómo se expresaba en realidad, al Pretor romano. Este interdicto no usaba los términos *fundus y possidere*, sino *LOCUS publicus y frui*; es el del tit. 13, 9, de las *Pandectas*: *interdictum de LOCO PUBLICO FRUENDO* (D. 43, 9). Una cosa más incomprensible según la idea de Dernburg: ¿qué es lo que podría decidir al Pretor a crear un nuevo interdicto para una relación respecto de la cual él mismo había establecido el *interdictum uti possidetis*? «Sólo cabe que hubiera podido pensar que el antiguo interdicto para la posesión feudal—Dernburg—se había gastado a consecuencia de su uso incesante desde los más remotos tiempos, y convenía refrescarlo.»

Mommsen (obra citada, p. 168) antes de la publicación del libro de Dernburg, ha expresado la idea «de que no hay para qué decir hoy que la *possessio* del derecho privado es totalmente diferente»; opinión que yo admito por entero.

autoridad privada contra el tenedor. En efecto, la tenencia no es otra cosa en la práctica que una forma particular de protección posesoria, para el dueño o señor de la posesión. El tenedor, como antes decíamos, no tiene sino porque el poseedor posee: no está privado de la protección sino en interés de este último. Protección de la posesión de las cosas *inmuebles*—tal es la idea por la cual se inició entre los romanos el desenvolvimiento de la noción de la posesión—. La prioridad de la aparición de la protección de esas cosas, no es más que la consecuencia natural del mayor interés práctico que las mismas inspiran comparadas con las muebles. ¡Cuán insignificante es, en verdad, el interés de la protección posesoria de las cosas muebles ante el de las inmuebles! Que se pregunte, si no, dónde se manifiesta hoy prácticamente este interés. Jamás he oído hablar de un proceso posesorio sobre cosas muebles, y si poseyéramos una estadística de todos los procesos sobre posesión que entre nosotros se han producido, bajo el imperio del derecho romano, creo que, para cien mil casos relativos a las cosas inmuebles, no habría uno siquiera, relativo a las cosas muebles. En Roma la proporción hubiera también sido la misma, si el *interdictum utruhi* no hubiera extendido la protección posesoria contra los terceros, porque, para lo demás, las acciones que el derecho concedía al poseedor: *actio ad exhibendum*, *actio furti*, *condictio furtiva*, o de una manera más general, la *condictio possessionis ex injusta causa*, bastaban por completo. Cuando este interdicto cesó, prácticamente, de dirigirse contra los terceros, la protección posesoria de las cosas muebles convirtiéndose en un fantasma, al cual cabe aplicar lo que Justiniano decía del *dominium ex jure Quiritium* en su tiempo: *quod nec unquam videtur nec in rebus apparet vacuum et superfluum verbum*.

Si la protección posesoria frente a terceros llegó a ser superflua en virtud de las acciones indicadas, también llegó a serlo para el señor o dueño de la posesión frente al tenedor, en virtud de las acciones contractuales. Jamás he oído citár un caso en que el comodante, el mandante, el arrendador de una cosa mueble, haya intentado una acción posesoria contra quien tiene la

cosa suya: para recogerla intenta la acción del contrato, y así, sin remedio, debió ocurrir también en Roma. El *interdictum utrubí* tenía, sin duda, sobre la acción de contrato la ventaja de que autorizaba al dueño a recoger la cosa inmediatamente, por su propia autoridad, mientras que aquélla implicaba un plazo más largo. Pero esta ventaja estaba ampliamente compensada por varios serios inconvenientes. En primer término, era preciso la posesión *majore parte anni* en la persona del demandante. Si no había poseído más que algunas semanas o algunos meses, bastábale que el demandado hubiera poseído un solo día más para que no obtuviese ningún éxito: el transcurso de medio año desde la conclusión del contrato y la entrega de la cosa, le ponían en situación de no poder ser admitido. Cuando esta condición se negaba, correspondía al demandante probarla, y es casi seguro que los demandantes no dejarían nunca de oponerse a tal condición. Una segunda condición del interdicto era que el demandado debía tener todavía la cosa en sus manos: el *ducere*, de que hablaba el interdicto, no era ejecutable sino estando la cosa aun en su poder; si la había vendido, escondido o perdido, o si había perecido, el interdicto no podía triunfar. Por último, en el caso en que el interdicto se lograra, no procuraba al demandante más que la cosa misma, de ningún modo la indemnización por *culpa, dolus, mora*. Este interdicto, en efecto, no obraba, como todos los otros, sino a partir del momento de su concesión, no siendo objeto del examen del juez la conducta anterior del demandante.

Bajo todos esos aspectos la acción del contrato era preferible al interdicto: hallábase sólo sometida a la prueba de la conclusión del contrato; todo lo demás nada tenía que ver, procurando al demandante una reparación completa.

Podría uno sentirse inclinado hasta creer que el interdicto era completamente superfluo, aun con el objeto indicado de dar al dueño de la posesión la autorización legal de recoger la cosa por su propia autoridad, porque respecto del tenedor le correspondía esta facultad ya como poseedor. Pero estimo que esto no es exacto. Sin duda tenía tal facultad, pero su ejercicio esta-

ba sometido a la restricción importante de que no podía atacar contra la esfera jurídica del adversario: tratábase de una facultad análoga a las de recoger el agua corriente en un arroyo, cazar, etcétera; no se pueden ejercer en suelo ajeno contra la voluntad del propietario. Del propio modo, la facultad de recoger la cosa no podía ejercitarse en la casa del tenedor. Si el poseedor, contra la voluntad de éste, hubiera querido penetrar en su casa, para hacer un registro domiciliario y recoger la cosa a la fuerza, hubiera cometido una violación de domicilio o el *crimen injuriarum ex lege Cornelia* (1). Quedaba tan sólo el caso excesivamente raro en que el dueño o señor de la posesión encontrase al tenedor con la cosa en sus manos fuera de su casa; nada le impedía entonces obtenerla por la fuerza. Ahí está precisamente todo el valor del *interdictum utrubi*; por él se procuraba al demandante la autorización oficial para penetrar en la casa del demandado con el objeto de *ducere* prohibiendo además a éste el uso de su derecho de domicilio—*vim fieri veto*—; de donde resultaba que tal interdicto no era superfluo ni aun para el dueño frente al tenedor. Lo cual no obsta para que sea para él de mínima importancia, según se ha visto, explicándose así que nuestras fuentes no lo mencionan—que yo sepa—con semejante aplicación.

Las explicaciones que anteceden acerca del poco interés práctico que la posición jurídica del señor o dueño de la posesión ofrecía en punto a cosas muebles, no tenían otro objetivo inmediato que el de dar una base a la opinión antes expuesta, de que la noción de tenencia de las cosas inmuebles ha surgido antes de la de las muebles. Pero utilizo el resultado obtenido por otra proposición que, a mi ver, tiene un alto valor, y con la cual sintetizo todo mi juicio acerca de la importancia de la relación de tenencia de las cosas muebles. Es como sigue: la extensión de la noción de la tenencia de las cosas inmuebles, para las cuales tenía una gran importancia práctica, a las muebles, no fué en Roma la consecuencia de un interés práctico, sino la obra exclusiva de la lógica jurídica, que no podía menos de

(1) L. § pr. de injur. (47, 10)... domumve suam vi introita...

aplicar una noción una vez admitida, aun cuando no tuviera interés práctico:—en suma, fué debida a la *fuerza de la doctrina*.

Las nociones jurídicas, ai igual que las reglas de derecho, no alcanzan su fin, en la situación a que inmediatamente se destinan, sino a condición de permitir las consecuencias que inevitablemente entrañan para otras situaciones. Así ocurre que la regla de que el poseedor, como tal, debe gozar de la protección del derecho, implica la protección posesoria de los ladrones y bandidos. Su propia fuerza les lleva de ese modo hacia regiones donde no ejercen ya función práctica alguna: son como las cimas más elevadas del árbol, que sostienen hojas, pero no frutos. La doctrina no puede abstraerse a la necesidad de proseguir las nociones hasta en sus extremidades y ramificaciones más finas. Ocurre a menudo descubrir, en esas regiones no prácticas, ideas muy fecundas para la concepción exacta de las nociones, y por lo mismo, para su empleo práctico (1). El examen de semejantes cuestiones, puramente académicas, puede tener también su utilidad para la enseñanza (2). Los juristas romanos suscitan también a veces cuestiones que la vida jamás les ha planteado como, por ejemplo, sobre la *insula in mari nata*, el legado de un *fructus deducto uso*, o la *ademptio* del *usus* o del *fructus* en el *usus fructus* legado, o bien se proponen supuestos que no pueden darse—son al fin verdaderos ejercicios gimnásticos dialécticos, destinados a poner a prueba la habilidad de profesores y discípulos!—Una verdadera curiosidad en este género nos la ofrece la L. 55 de A. R. D. (41, 1). Trátase de una historia de caza jurídica que hubiera honrado al difunto Barón de Münchhausen; el caso a que esta historia se refiere es el de haber dejado escapar, por torpeza, un jabalí del lazo tendido por otra persona, y se quiere saber qué acción puede aplicarse. Se podría además preguntar si hay *furtum* o *damnum injuria datum*, o ambas cosas, cuando se corta la crin del león ajeno. ¿Quién

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, tomo 3.º, 3.ª edic., p. 335.

(2) Este fin lo he perseguido en mi trabajo, exclusivamente dedicado a la enseñanza: *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*.

se atreverá? Sin duda, los jabalíes de Roma han debido ser bestias muy mansas, cuando se ha ocurrido la idea de someterlos a semejantes experiencias.

Y he ahí, cómo por la fuerza de la dialéctica, las doctrinas se lanzan a las regiones lejanas de la vida práctica, a las regiones puramente *lógicas* o *académicas* de las nociones jurídicas. Por ello la doctrina ha merecido de parte de los juristas prácticos la censura de entregarse a vanos juegos de imaginación. Y si no saben sacar nada útil de esas regiones, si se trata tan sólo de un recreo del pensamiento lógico, en el ejercicio de sagacidad a que la doctrina se entrega, no puedo, por mi parte, conceder a esas investigaciones otro valor que el de meros juegos dialécticos, que pueden a lo sumo ofrecer interés a aquellos que gusten entretenerse de ese modo, mientras que cuantos estiman que la ciencia tiene por destino servir a la vida, no podrán menos de experimentar profunda pena al ver tan inútilmente derrochada una fuerza intelectual que reclamaba mejor empleo.

La tenencia de las cosas muebles pertenece, en mi concepto, a esas regiones puramente teóricas, esto es, sin interés práctico. La noción de la tenencia ha sido aplicada, no *por ellas*, sino por *ella misma*; exigida, no por la contextura racional de la relación, sino tan sólo por la lógica de la noción. Si la *locatio conductio* de las cosas inmuebles implicaba la tenencia, ¿cómo se podía admitir la posesión para las cosas muebles? Era imposible que la diferencia de objeto de la *locatio*, casa, habitación, esclavo o caballo, fuese la base de una distinción. Y cuando aquel que había tomado en préstamo por dinero una cosa mueble obtenía la pertenencia, ¿cómo se podía conceder la posesión al que la obtenía gratuitamente: al comodatario? Si no se le concedía a éste, ¿cómo concedérsela al depositario? Lo uno implica necesariamente lo otro. Según esto, es la fuerza lógica de la noción jurídica establecida, la *fuerza del concepto*, la que ha determinado la extensión de la noción de tenencia de las cosas inmuebles a las muebles. Prescindiendo de ella, y admitiendo que la noción de tenencia hubiera sido absolutamente desconocida de los romanos, quisiera yo saber cómo hubiera po-

dido llegar hasta las cosas muebles. No la reclamaba el interés práctico: ya queda esto bien sentado. Prácticamente, es indiferente en absoluto para la posesión jurídica del dueño o señor de la posesión, que se conceda a las personas designadas la posesión o la tenencia, desde el momento en que, en el primer caso, esta posesión derivada le sirva para usucapir, como la del acreedor con prenda según el derecho romano. La tenencia de las cosas muebles es una de las instituciones jurídicas más insignificantes entre todas: tiene tan sólo una existencia académica: el legislador puede abolirla—supuesta la existencia de la disposición indicada sobre la usucapión—sin cambiar por ello en nada la situación jurídica existente. Más adelante se verá lo que vale el motivo teórico, la falta del *animus domini*, mediante el cual la teoría subjetiva cree probar la necesidad de la tenencia. Como no cabe encontrar otro fundamento que *originariamente* haya podido dar vida a la tenencia para las cosas muebles, sólo queda el camino admitido por mí del nacimiento *secundario*, esto es, del transporte. Obsérvase ahí la misma marcha que respecto de las cosas inmuebles. En éstas también, como antes hemos demostrado, la noción de tenencia no ha surgido originariamente, sino que se tomó de la casa romana: la diferencia entre las dos marchas consiste tan sólo en que para las inmuebles el interés práctico fué el que determinó el transporte, mientras que para las muebles fué el *doctrinal* y *jurídico formal*. La primera extensión corresponde al aldeano romano, al hombre común, que sabía muy bien el interés que para él tenía el que sus colonos, sus inquilinos, fuesen considerados como poseedores o como meros tenedores del género de los hijos; la segunda fué obra de los juristas. La tenencia de las cosas inmuebles es una idea del *pueblo romano*, un producto inmediato de la *vida*: la de las muebles es un resultado del *pensamiento jurídico específico*, un *producto del arte* jurídico.

Manifiéstase ya como tal, por la extraordinaria separación que existe entre la forma jurídica de la relación y su aspecto natural. El tenedor tiene la cosa mueble en sus manos y *no* posee: el dueño o señor de la posesión (*Besitzherr*) no tiene en sus

manos la cosa y *posee*. Para las cosas inmuebles esta separación es menor. Cuando un fundo se arrienda, es otro quien lo trabaja y cultiva; pero el acceso a ese fundo, y por tanto, la posibilidad de tenerlo a la vista, y si hace falta, recuperarlo, no se quita por eso al dueño: su relación *psíquica* con la cosa es la misma que la del colono. Pasa lo mismo en el alquiler parcial de una casa, que es la forma más primitiva del alquiler: siendo en el alquiler de una casa entera donde únicamente el inquilino puede de hecho excluir al arrendador de la casa. Respecto de las cosas muebles, por el contrario, la posesión pasa de hecho al que las ha recibido; la cosa se subtrae por entero de la esfera de acción del poder del que la ha dado: la posesión atribuida a este último no tiene el más ligero punto de apoyo en las circunstancias exteriores: su apoyo está en la representación ideal; únicamente la abstracción jurídica—contradiendo la realidad de hecho—le da vida. Ya queda dicho la madurez de pensamiento jurídico que ésta pide.

El resultado de cuanto va expuesto puede resumirse, en pocas palabras, de este modo: la relación de tenencia de las cosas muebles es una institución jurídica sin importancia práctica apenas, que debe su origen exclusivamente al pensamiento jurídico, y que, históricamente, no podía surgir sino luego que, de una parte, la tenencia de las cosas inmuebles hubo logrado su formación y desenvolvimiento definitivos, y de otra, la doctrina de los juristas alcanzó la fuerza de abstracción necesaria para definir la relación sobre las cosas muebles; según una noción que estaba en contradicción abierta con su exterior natural.

En lo que precede hemos logrado conocer tres fases del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia: *la primera*, sus comienzos en la casa romana; *la segunda*, su separación de la casa romana y su traspaso a las relaciones fuera de la casa romana, y ante todo a las relativas al suelo; *la tercera*, su traspaso a las cosas muebles. En la primera fase fué producida por la *constitución de la casa romana*; en la segunda, por el *interés práctico*, y en la tercera, fué la consecuencia del *pensamiento jurídico*.

Pero no termina aquí la historia de la noción de la tenencia; quedan todavía las dos formas de aplicación producidas por el derecho nuevo. Una de ellas consistía en su adaptación al *fin de la representación*, y la otra en su combinación con el *jus in re*.

El fin de la representación.—Mediante las personas sometidas a su potestad, el jefe de familia podía, no sólo continuar y mantener, sino también *adquirir* la posesión. En la aplicación de la noción de tenencia a la relación posesoria entre personas libres, sólo se conservaba el primer elemento; a la del segundo oponíase el principio de la inadmisibilidad de la representación (1), el cual no se exceptuaba ni aun en favor de la posesión, lo que prueba que ya en la época antigua se tenía en cuenta su naturaleza de *relación jurídica* sobre la cosa. Se mantuvo esta regla hasta en el segundo siglo del Imperio (2). Al principio de ese siglo prepárase una evolución (3), que aún no había alcanzado su término a la mitad de dicho siglo, porque Gayo señala como una cuestión dudosa la de la adquisición de la posesión por los representantes (4). Según el testimonio de

(1) Más arriba queda indicado el punto de vista decidido para esta distinción.

(2) Según Savigny (loc. cit., p. 313, Labeon debió reconocer ya la adquisición de la posesión por representante en la L. 51 *h. t.* En las palabras *custodiam ponere* de su texto, cree ver un hecho del comprador *ausente* que envía un intermediario para cuidar de las leñas hasta que hayan sido recogidas, pero ese texto no favorece en nada la admisión de esta hipótesis, estando contradicha por el testimonio de los juristas posteriores.

(3) Neracio, en la L. 41 *de usurp.* (41, 3): *quamvis per procuratorem apisci nos JAM FERRE conveniat*. Lo mismo era para la admisión de la representación, L. 13 *pr. de A. D. R.* (41, 1.^o), y Celso también, en la L. 18 *pr. h. t.*

(4) Gayo II, 95, *tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem* (según Studemund, se equivoca Huschke al leer *personam liberam*) *nobis acquiratur*. Según Savigny (p. 313, nota 1.^a), no debe «el texto tener aquí ningún valor, porque no lo poseemos entero». El manuscrito de Studemund ha probado que este aserto no tiene fundamento, en el cual Savigny ha olvidado además el § 90, y que Gayo considera como discutido el punto referente a saber si se puede adquirir la posesión por las personas *in manu mancipiove*: «quia ipsas non possidemus».

Ulpiano y de las *Institutas* (1), la cuestión no fué zanjada sino por una constitución de Severo. Pero el rescripto de este Emperador, que nos ha sido conservado en el Código (L. 1, Cód. h. t. 7, 32), demuestra que la regla se admitía prácticamente ya en esta época (*predem reseptum est*).

La noción de tenencia, adquirió de este modo fuera de la casa romana una aplicación que había tenido siempre dentro. Este último esfuerzo desenvolvió por entero el germen que en todo tiempo había contenido, y el cual había hecho producir todos los efectos de que era susceptible. La admisión de la representación en la adquisición de la posesión constituye el último paso del progreso histórico de la tenencia. Por tal modo logróse para las relaciones de la vida la misma ilimitada aplicabilidad que siempre había tenido en la casa romana, convirtiéndose así en una forma jurídica que se aplicaba por igual a la adquisición y a la conservación de la posesión.

Combinación de la tenencia con el «jus in re».—Mientras los romanos conceden en materia de prenda y de enfiteusis la *corporalis possessio*, en cambio conceden la *juris possessio* para las *servidumbres personales* y para las *superficies*, lo cual quiere decir que extienden la protección posesoria a una relación de tenencia en otros dos casos. Prescindiremos por el momento de la cuestión relativa a si para la última esta protección era absoluta o estaba sometida a condiciones (V. luego cap. XVII). Esta elevación de la tenencia a relación de posesión de derecho, ¿fué precedida o seguida de la admisión de la representación para adquirir la posesión? No me lanzaré siquiera a conjeturar sobre este punto; lo que puede decirse es que, de todas suertes, señala en la historia interna del desenvolvimiento de la noción de tenencia la fase más elevada que jamás ha alcanzado, y que podía alcanzar. Antes de eso se mantenía aún en el límite que resultaba trazado por su distinción con la posesión; entonces fran-

(1) L. 11, § 6, de *ping. act.* (13, 7): *CONSTITUTUM est ab imperatore nostro, § 53, per quas pers* (2, 9)... *secundum DIVI SEVERI CONSTITUTIONEM.*

queaba este límite, por cuanto admitía en sí bajo la forma de posesión de un derecho, el elemento de la protección posesoria, que hasta allí la diferenciaba de la posesión. Sea cual fuere la habilidad desplegada por la jurisprudencia para explicar y hacer comprender la situación, llamando en su auxilio la noción de la *juris possessio*, en rigor el derecho prescindía de dos reglas de la doctrina de la posesión: la *una*, la de que el tenedor no goza de la protección posesoria, y la *otra*, la de que la *compossessio plurium in solidum* es imposible. El usufructuario es un mero tenedor; sin embargo, se le protege, y de ese modo *prácticamente* resulta un poseedor, al igual que el colono y el inquilino resultan los poseedores en más de una legislación actual. Pero hay otro al lado de él, el propietario, que también es un protegido posesoriamente, consistiendo en esto el abandono de la segunda regla indicada: *prácticamente* tenemos aquí una *compossessio plurium in solidum*. Manifiéstase de un modo claro en la relación respecto de terceros: el usufructuario es protegido, como todo poseedor real, contra la desposesión y contra las perturbaciones de la posesión. Sólo en la relación de las dos personas entre sí es donde su coposesión experimenta una modificación, que es el resultado del contenido de su derecho respectivo; sus esferas de posesión resultan separadas del propio modo que sus esferas de derecho.

En ambos respectos, la contradicción con los principios anteriores fué salvada mediante la creación de la noción de la *juris possessio*. Y fué esto, en verdad, uno de los artificios técnicos más felices de la jurisprudencia romana. Por él se pudo armonizar con la teoría posesoria anterior una novedad que, por su forma exterior brutal, no podía armonizarse con ella. Lcción ésta que debe tenerse muy presente por todos los juristas de hoy, que creen poder oponer el fantasma de la imposibilidad jurídica, contra toda innovación exigida por motivos prácticos. Si, no obstante, prescindimos de esta forma jurídica y examinamos exclusivamente el aspecto práctico de la relación, podemos decir: en la *juris possessio*, la noción de la tenencia se ingiere en el dominio de la posesión. La concesión de la repre-

sentación le había hecho alcanzar el punto extremo de que no podía pasar sin salir de sus dominios. En la *juris possessio* franquea sus límites y penetra por los de la posesión; la línea de separación se pierde y la tenencia se hace posesión.

Esta última etapa de la noción de tenencia se enlaza con sus primeros orígenes históricos; se realiza en el mismo terreno en que comenzara su existencia: en el de la casa romana. Aun cuando no haya ningún testimonio histórico que me diga si son las servidumbres personales o la superficie quienes primero participaron de la protección cuasipositoria, no debemos vacilar por motivos intrínsecos en declararnos en favor de la primera. La necesidad de esta protección era infinitamente más urgente que en la superficie. La palabra *frumini* (1), del *interdictum de superficiebus*, me parece que hasta indica una copia del interdicto ya antes concedido en los mismos términos al usufructuario (2). Una vez admitida la prioridad de la protección cuasipositoria para las servidumbres personales, ese caso de aplicación de esta protección nos lleva a la casa romana, porque la forma originaria y regular bajo la cual esas servidumbres se presentaban en Roma, era el legado a la viuda. El usufructo conserva esta estrecha relación con la casa, aun en los tiempos posteriores—*usufructus legalis* del padre sobre los bienes adventicios de los hijos: del esposo inocente, en el divorcio: del esposo en segundas nupcias—, reproduciéndose hasta en el mismo derecho actual para el *usufructus maritalis*. Es evidente que no puede ser esto cosa de mero azar, no siendo difícil descubrir la base sobre que se funda este íntimo lazo del usufructo con la familia. Es de naturaleza moral: el deber moral, fundado en el lazo de familia, de cuidar por los suyos. La restricción que entraña el usufructo, la concesión *de por vida*, responde a la consideración

(1) La palabra *utemini*, que Lenel, en *Das Edictum perpetuum* (p. 381), admite en la fórmula, no se encuentra en el Florentino.

(2) Este interdicto aplicábase también al *uti* del usuario (Vat. fr., § 90). Se concedía igualmente la protección cuasipositoria, *ad exemplum*, de este interdicto, en los casos en que no había *usufructus*. V. L. 27, *de don.* (39, 5).

de que los intereses de *ciertos* padres—los cuales no tienen esperanzas de tener hijos—están así suficientemente atendidos, mientras que los de aquellos que tienen una descendencia en perspectiva reclaman una satisfacción más duradera. En esta consideración descansan los dos casos de aplicación del usufructo, únicos que en la práctica tienen importancia: el testamentario y el legal. La concesión por contrato del usufructo a terceros, extraños a la familia, no tiene importancia para la vida: es una de esas ramas extremas antes indicadas, una de esas ramificaciones últimas de las nociones en las esferas no prácticas. En el terreno de las relaciones de negocios, el usufructo no hubiese podido nacer: no lo exigía su criterio. La familia es su patria, así como el lugar propio de su aparición. Su domicilio es la casa: no lo deja jamás para lanzar a la calle. Su emancipación de la casa no existe más que en los tratados, no en la realidad. Está en la misma línea que la acción posesoria para las cosas muebles y que el caso aquel del jabalí: se podría premiar a quien descubriese un verdadero caso real.

He aquí nuestra conclusión: la combinación de la noción de tenencia con la *juris possessio*, en las servidumbres personales, corresponde a la casa romana. Por segunda vez, la casa romana da a luz una de las nociones más importantes de la teoría romana sobre la posesión: primero la noción de la tenencia, luego la de la posesión de los derechos; recibe siempre el impulso, no de las especulaciones doctrinales, sino de motivos *prácticos* serios. La casa romana abarca el *punto de partida* y el *punto de llegada* del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia.

La historia de la tenencia termina, pues, por la consignación de la importancia eminente de la casa romana para el desenvolvimiento de la teoría posesoria romana. En la casa romana es donde por primera vez se ha manifestado la distinción entre *civilis* y *naturalis possessio* a la conciencia de los romanos: allí, en la tenencia doméstica, es donde han buscado su modelo para la tenencia contractual; allí es también de donde han tomado la distinción entre *corporis* y *juris possessio*. Sin la casa romana la

posesión hubiera revestido una forma diferente. De todas suertes, creo haber sentado que la casa romana contiene la clave para la inteligencia de la doctrina posesoria romana.

Un fenómeno más, que todavía nos ofrece aquélla, al fin del desenvolvimiento histórico de la doctrina posesoria, es la revolución completa realizada en la situación de los hijos desde el punto de vista de la posesión. Con la facultad de ser propietarios, obtenida poco a poco en una medida cada vez mayor, se les concediera también la facultad de poseer: prueba esto de que los romanos sabían apreciar exactamente las consecuencias que, según mi teoría, encierra la noción de propiedad. La patria potestad no era a sus ojos un obstáculo para la voluntad de poseer en la persona del hijo: no atendían a la voluntad, sino a la propiedad, y, por eso, con ésta concedieron al mismo tiempo la posesión al hijo de familia. Ahora bien: el derecho del padre sobre los *bona adventitia* se consideraba como un usufructo legal. De donde resulta lo contrario directamente de la posesión doméstica originaria; ¡el hijo *posee*, el padre *tiene*! El desenvolvimiento llega así a una revolución completa de la relación primitiva. La casa romana es una estancia, en la cual, la posesión no alcanza un momento de reposo.

Voy, para terminar, a reproducir en breve bosquejo la historia de la noción de tenencia aquí descrita:

- I. La casa romana es el lugar originario de la aparición *de hecho* de la distinción entre posesión y tenencia, y el sitio donde por primera vez fué *conocida*.
- II. Separación de la noción de tenencia de la casa romana y extensión de uno de sus lados: la *continuación de la posesión* para el dueño o señor de ella, a la relación contractual:
 1. Para las cosas *inmuebles*—interés *práctico*:
 - a) concesión *parcial* de las mismas a los colonos y a los inquilinos.
 - b) abandono *total*.
 2. Para las cosas *muebles*—*fuerza de la noción*.

- III. Separación del *segundo* lado de la relación de tenencia doméstica: *adquisición* de la posesión.—Admisión de la representación por medio de personas libres.
- IV. Combinación de la *noción de tenencia* con la de *posesión*; el punto de unión: la *juris possessio*.
- V. Traspaso de la posesión a los hijos de familia.

Y doy por terminada la tarea que me había propuesto. Resumiendo en breves términos los resultados de la exposición hecha del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia entre los romanos, diría que consisten *negativamente* en lo siguiente: la idea de que los romanos han tomado la distinción entre la posesión y la tenencia de la consideración de la *dualidad de la voluntad de poseer*, según piensa la teoría subjetiva que debió de ser, es *absolutamente insostenible* (VII): en rigor, en la casa romana es donde por primera vez, y *perfectamente independiente de la calificación de la voluntad de poseer*, tal distinción se produjo. En parte alguna nos ha presentado nuestro examen una voluntad de poseer distinta para el tenedor y para el poseedor. No fué el elemento *subjetivo* de la voluntad, sino los motivos objetivos, el *interés práctico*, el *técnico* y el *jurídico*, los que han efectuado el desenvolvimiento completo de la noción de tenencia.