

## La prueba didáctica

Me transporto en espíritu a los tiempos en que escuchaba a los profesores que me descubrían las profundidades del saber jurídico. No recuerdo bien lo que por entonces recogía yo del *animus domini* y del *alieno nomine detinendi*, pero seguro estoy de haberme visto en la necesidad de completar mis conocimientos insuficientes, por medio de los tratados o compendios de derecho romano en uso en aquellos tiempos. Ya por entonces el *animus domini* me ha dado mucho que hacer, y no me atrevo a afirmar que lo que yo había aprendido para el examen pasara de las necesarias frases aprendidas de memoria en los manuales. ¿Era esto culpa mía, o de mis autores? Que el lector juzgue por algunos extractos de los tratados de la época. Acompañaré las muestras que de ellos tomo, con las preguntas y glosas que provocaba su obscuridad en el alumno.

He comenzado por seguir el curso de Pandectas de Thibaut. Era éste, como es sabido, el adversario de Savigny. Aun cuando cuidaba mucho de combatir sus errores, sin embargo, le seguía completamente en este punto de la teoría de la posesión. He aquí lo que yo aprendía en su *System des Pandektenrechts* (8.ª edic., V. I, § 208):

«Se llaman *possessores* en el sentido propio, aquellos a quienes se concede, *total y exclusivamente* y en nombre propio, todos los interdictos respecto de una cosa corporal. La regla en este punto es la de que sólo

aquel que posee como propietario verdadero o *supuesto* (*animus domini*), tiene derecho a los interdictos: todos los demás que *ejercen simplemente derechos sobre una cosa ajena* no se consideran como *poseedores*.

«Que ejercen *simplemente* derechos sobre una cosa ajena» ¡y era necesario que ese *simplemente* entrase en la cabeza del estudiante! El que *no tiene derecho*, es decir el *supuesto* propietario, contempla desdeñoso a los que *simplemente* ejercen derechos sobre cosa ajena. Tiene los interdictos: éstos no—; era preciso explicar eso razonablemente. Y no habría más que un recurso: ¡que el derecho romano así lo ha ordenado!

«*Total, exclusivamente, en su propio nombre*».

Me explicaba que se pudiera poseer la cosa *totalmente*; pero me preguntaba el por qué de esa adición con respecto a la procedencia de los interdictos, y por qué se debía decir que le pertenecía *exclusivamente en su propio nombre*. Desde el momento en que ese derecho me pertenece, no pertenece a otro; y si me pertenece, ¿a qué añadir *en su propio nombre*? Para ordenar mis confusiones, aprendía por el pasaje siguiente que era indiferente que esos hijos desgraciados del derecho, a quienes se negaba la protección posesoria «tengan nominativamente para el propietario o tengan la cosa para ellos mismos como cosa de otro, en virtud de un derecho personal o real». Así, se puede ocupar la cosa *para sí*, pero el derecho romano no se cuida de ello; no se obtiene, a pesar de todo, más que la tenencia. Verdad es que *en el origen* debe haber sido de otro modo entre los romanos, porque «la noción de la tenencia corporal, unida a la intención de tener, es la base de toda la teoría de la posesión en derecho romano (1); más tarde, varias disposiciones legislativas han hecho algunas derogaciones, pero éstas deben considerarse como excepciones» (§ 207). En su virtud, se puede ocupar la cosa *para sí* y en virtud de un *derecho sobre la cosa*; pero eso no dice nada

---

(1) Idea de Savigny.

de la posesión; precisamente esas excepciones son lo que *más tarde* el derecho romano ha tenido a bien admitir por uno u otro motivo.

Afortunadamente, el derecho romano no tiene el corazón tan duro como a primera vista parece. En efecto, no sólo concede al acreedor la prenda como *possessio* jurídica, sino que:

«esta *possessio* puede ser concedida, expresa o *tácitamente*, a todo individuo que ejerce otros derechos sobre la propiedad de otro, por ejemplo, en el secuestro, al que ha recibido en precario... y por consiguiente, corresponde también a cualquier otro, como, v. g., el comodatario y el colono, en favor del cual renuncia el propietario a los beneficios de la posesión... es imposible dar una noción genérica del *animus* de esas personas y del poseedor a título de propietario» (§ 208).

Hay, pues, ahí dos formas especiales de la voluntad de poseer, pero que no pueden clasificarse en un género común. A lo menos, de ese modo sabía yo que todo esfuerzo en ese sentido hubiera sido perdido. Pero, ¡si al fin hubiera podido yo darme clara cuenta del *animus* de esas personas! ¿Qué idea debía yo formarme del *animus* del colono que *ocupa la cosa para sí, y en favor del cual el propietario ha renunciado expresamente a las ventajas de la posesión*? No hay *animus domini*, porque no posee como supuesto propietario. Renunciaba a explicarme el *animus*, tranquilizándome con la idea de que podía poseer a pesar de todo. La conclusión a que yo llegaba era la siguiente: la regla es que el poseedor debe tener el *animus domini*, pero si no lo tiene, no importa; el *animus domini* se acomoda fácilmente.

Es verdad que para saber si en un caso particular alguno es poseedor o tenedor, es preciso tenerlo en cuenta, siendo así necesario comenzar por investigar si el individuo posee como propietario verdadero o supuesto, o, en caso contrario, si la posesión no le ha sido concedida expresa o tácitamente, en cuyo caso es mero tenedor. Pero, y ¿qué decir si es bastante osado

para colocarse como supuesto propietario? ¿Por qué, si le basta pretenderlo?

¡Es verdaderamente extraño el derecho romano! Niega la protección posesoria a las gentes que pueden presentar pruebas de un derecho sobre la cosa y la otorga a aquellas que no tienen ningún derecho y que se atribuyen sencillamente la propiedad, sin invocar para ello motivo alguno. Parece al centinela que preguntaba a los transeuntes: «¿Tiene usted pasaporte? ¿No? Pues entonces pase usted; si lo trajese, hubiera usted tenido que entrar para visarlo.» ¡Eran, sin duda, gentes muy singulares los romanos!

Las indicaciones de Thibaut (loc. cit.) en cuanto al secuestro y al precario también me dieron mucho que pensar.

El primero, dice, es poseedor «si la posesión se deposita en él». Pero, ¿es que se deposita la *posesión*? Yo no podía comprender que se pudiera depositar otra cosa que una *cosa*; y hoy mismo digo: ¿por qué si se puede *depositar* la posesión, no se podrá darla en comodato, alquilarla o arrendarla? La cosa, y no la posesión, es lo que forma el objeto del depósito, del comodato, del arriendo. Posible es que al depósito, en el secuestro, se junte la posesión, pero no me autoriza eso a afirmar que la posesión es depósito; sino debería decirse también: en el depositario ordinario se deposita la tenencia; en el comodatario y en el colono la tenencia está dada en comodato o en arrendamiento.

Lo más difícil de todo era el precario.

Tratábase de determinar si el cedente «concede la *posesión* o la cosa misma, o el uso meramente precario de la cosa». La *possessio*, ¿constituye, pues, una antítesis con la cosa y la una y la otra frente al uso precario? Eso es lo que jamás he podido comprender, hasta hoy, no viendo en ello más que uno de tantos ejemplos absolutamente incomprensibles, que han sido aceptados hasta por los espíritus más lúcidos—y Thibaut lo era—, por la confusión en que los ha puesto la adopción de la teoría del *animus domini*.

Fácilmente se comprenderá que ante las tinieblas en que me

dejaba sumido el curso de mi profesor Thibaut acudiría a otros tratados. Uno de los más en uso entonces, entre los estudiantes que se preparaban para los exámenes, era el de Mackeldey. He aquí lo que en él encontraba (§ 211):

«Mas para que esa relación puramente de hecho de la tenencia pueda llegar a ser una *posesión jurídica (possessio)*, y por lo tanto, una fuente de derechos, es preciso que el tenedor de la cosa tenga al propio tiempo la intención (*animus*) de querer poseer esta cosa *como su propiedad*.»

Añadiéndose una nota:

«Se puede tener la posesión jurídica de una cosa sin ser propietario de ella.»

Por tanto: tener la intención de poseer la cosa *como su propiedad*. Hoy sé que eso quiere decir poseer como un propietario; pero, ¿qué podía yo suponer, en aquel tiempo, sino que la intención debía dirigirse hacia la propiedad? Ahora bien: como aquel que sabe que no es propietario no puede razonablemente tener semejante intención, y como, por otra parte, no puede tener la posesión jurídica sin ser propietario, no me quedaba otro recurso que decirme que el poseedor es el que cree falsamente ser propietario.

Un poco más lejos, es cierto (§ 220), se me anunciaba, por el contrario, que el poseedor tiene la intención de «querer tratar la cosa como suya».

Pero la esperanza de haber cogido al fin la verdadera voluntad de poseer fué muy pronto nuevamente disipada.

En la nota al § 222 surge una nueva voluntad: la de ser protegido en su posesión:

«El *animus possidendi* consiste, por regla general, en la voluntad de tratar la cosa aprehendida como la propia. Esta regla, sin embargo, tiene excepción en el caso

en que, por razones particulares, la intención del poseedor es meramente la de ser protegido en la posesión por los interdictos (*jus ad interdicta*) como en el caso del acreedor con prenda y del enfiteuta.»

He ahí, pues, un segundo *animus*, que, por razones particulares, puede reemplazar al *animus domini*: refiérese a la protección posesoria, no a la cosa. Para poder dar a la *animus* esta dirección, pensaba yo, el individuo debe naturalmente tener una idea del *jus ad interdicta*; si no sabe lo que es eso, no tiene el *animus* requerido, y si sin el *animus domini* no puede hablarse de posesión regular, tampoco se puede sin el *animus* especial tratarse de posesión excepcional.

¡Nuevo error!

Los §§ 296 y 316 me enseñaron que las dos personas de que se trata, el enfiteuta y el acreedor, gozan sin reservas de la protección posesoria: el primero «tiene casi todos los derechos comprendidos en el de propiedad, y especialmente... el de poseer la cosa»: el segundo «*la possessio ad interdicta*». ¿A qué debía atenerme, pues, al § 222 o a los otros? En aquél, el *animus domini* es necesario; en éstos, no. Vanamente me he torturado el intelecto. El mismo Mackeldey no había hecho otro tanto; se había limitado a olvidar lo dicho en el primero de los párrafos, al escribir los últimos.

En mi confusión, acudí a Wening Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrecht*, 4.<sup>a</sup> edic. A primera vista me pareció que en punto al *animus* necesario para la posesión, iba a exigir el *animus domini*, porque al principio del § 109 decía que «la cuestión relativa a si hay posesión jurídica o sólo natural, se decide siempre según el *animus*». ¡Pero *in cauda venenum!* «A veces, en efecto, las leyes admiten la posesión *ad interdicta* aun en los casos donde la posesión ha sido transmitida a otra persona (derivada), donde *por consiguiente*, el *animus* no tiende hacia la propiedad, sino sólo hacia la adquisición de la posesión *en esas condiciones*». Y henos ahí de nuevo ante el segundo *animus* de Mackeldey, § 222, de que yo me creía libre en los §§ 296 y

316. Al propio tiempo, me enteraba de que la oposición intrínseca de los dos *animus* no era, en modo alguno, tan incontestable como hasta entonces me había figurado.

Según una opinión, el poseedor tendrá, aun en la posesión derivada, ese *animus domini* indiscutible, y según la otra, la noción del *animus possidendi* podrá ser concebida por adelantado y de una manera bastante amplia, para aplicarse a todos los casos de posesión jurídica, lo que resolvía el problema que Thibaut declaraba insoluble.

Podía, pues, escoger entre las tres siguientes hipótesis:

- Primera. *Animus domini* como regla general.  
*Animus ad interdicta* como excepción.
- Segunda. *Animus domini*, presente siempre allí donde el derecho romano admite la posesión.
- Tercera. *Animus possidendi* dividido en
  - a) *animus domini*.
  - b) *animus ad interdicta*.

Recordé entonces que Fritz había adicionado el *Lehrbuch* de Wening-Ingenheim, y creí que éste me iba a sacar de la confusión.

¡Ilusión pural!

El comentarista da fin a sus explicaciones, diciendo (l. página 226):

Debo suspender todo juicio acerca de la cuestión discutida relativa a si existe un principio de aplicación general sobre el *animus* necesario para la *possessio ad interdicta*.

¡Y se pedía que un estudiante de derecho decidiese! Por lo que a mí toca, también dejé en suspenso mi juicio, poniendo tranquilamente a un lado las *diversas especies ae animus* existentes en los diversos casos de posesión derivada (p. 232), el «*animus enphiteutae*» de Warnkönig y el «*animus superficiarii*» de Du Roi, Unterholzner y Schröder.

Después de Thibaut, seguí el curso de Pandectas de Mühlenbruch. La definición que da éste de la posesión en su Manual, está concebida en estos términos (T. 2, § 134):

«La posesión es la ocupación exclusiva de la cosa, con el ánimo de haberla y usarla como propietario.»

Y en el § 236 dice:

«Porque la posesión no es, en general, más que el ejercicio de la propiedad, determinado por el *animus domini*.»

Ahora bien: el poseedor que no tiene más que la posesión derivada, y al cual falta en absoluto el *animus domini* (§ 237), ¿no es poseedor? No; «no se le concede más que la *possessio ad interdicta*; esto es lo que hoy se llama una posesión derivada». Hasta entonces, yo había creído que también era poseedor; pero desde ahora sabía que no. La definición de la posesión, que no puede estar basada más que sobre el *animus domini*, no sirve para él; ¿cómo, pues, en la práctica se podrá distinguir su posesión de la posesión con el *animus domini*? He ahí lo que Mühlenbruch no se ha conceptuado obligado a decirnos,—tocaba esto a su auditorio. Había, pues, dos especies de posesión, pero sin noción del género. ¿Y para qué, después de todo? Los casos de posesión derivada son «anomalías que deben explicarse por la historia» cuyos efectos subsisten, aun cuando los motivos de los mismos hayan desaparecido. ¿Qué necesidad hay de tener en cuenta tales anomalías en la definición del derecho? La posesión es la ocupación con *animus domini*: los casos que se han tomado la libertad de admitir la posesión sin *animus domini*, allá ellos; ¡la teoría no tiene por qué preocuparse con los mismos para nada!

No he consultado más tratados de esa especie: había con los indicados ya los suficientes para estar bien confuso, y sólo hubiera faltado la aparición de las Pandectas de Puchta para aca-



bar de desorientarme. Me felicito de que tal obra no haya aparecido hasta después. Conservaba, a lo menos, la creencia de que la posesión jurídica del poseedor, en las relaciones de posesión derivada, no era más desfavorable que la del bandido o ladrón. Puchta me la hubiera echado por tierra, porque dice (§ 125):

«Como *derecho independiente*, sólo hay la posesión con el *animus domini*, en la cual, la totalidad de la relación corporal está a cubierto, por la voluntad total también, y protegida por la personalidad.»

¿La posesión derivada, no es por tanto un derecho independiente? ¿En qué se manifiesta, pues, su independencia? Puchta no da explicaciones, y me felicito de no haber tenido quebraderos de cabeza a este propósito durante mis estudios. Además, la voluntad «que corresponde perfectamente a la relación corporal, o la de haber la cosa totalmente para sí» y la voluntad, que «queda tras el contenido de la relación corporal, la cual se refiere siempre a la cosa en su totalidad, y se mantiene así limitada a un fin parcial de la cosa» (§ 123), no me hubieran proporcionado menos dificultades por aquel entonces que hoy. Creo que entonces, ya, mi desarrollo intelectual, formado un tanto en la práctica de las dificultades y problemas examinados hasta aquí, hubiera bastado para hacerme presentir el peligro de una concurrencia entre dos voluntades, de las cuales, una continúa vivamente dirigida hacia la *totalidad* de la relación corporal, después de haber dado a la otra el permiso de dirigirse hacia un fin *parcial*. Si alguna cosa se separa de la «totalidad de la relación corporal», como ocurre en el caso en que el poseedor actual da el fundo en arriendo, o la cosa mueble en comodato, la voluntad no puede en adelante dirigirse hacia el todo, hacia  $x$ , sino sólo a lo que le queda. Si  $A$  da a  $B$  el permiso para dirigir su voluntad sobre  $\frac{1}{3}$  de  $x$  (fin parcial)  $A$  declara sin más que su voluntad no recaerá más que sobre  $\frac{2}{3}$  de  $x$ . Las dos voluntades parciales no pueden comprender en junto más que  $x$ . Según Puchta, comprenden  $|x + \frac{1}{3}|$  de  $x$ !

Las dificultades hasta aquí mencionadas, referíanse, para mí,

al problema de la voluntad de poseer, abstracta como tal. Al lado de esas dificultades figuraban dignamente las que me oponía la posesión derivada. ¡Qué mezcla de opiniones más confusa! ¿El superficiario tiene la posesión? La cosa debía ciertamente ser muy dudosa, porque dos de mis autoridades, Thibaut (§ 773) y Mackeldey (§ 301) no decían acerca del caso ni una palabra. Limitábanse prudentemente a indicar que tenía aquél el *interdictum unde vi y de superficiebus*, sin referirse a su posesión; como Fritz, suspendían su juicio. Schweppe, *Rom. Privatrecht*, t. 2.º, § 326, 4.ª edición, me enseñaba que hay «muchos motivos para atribuirle una *res possessio* y no una simple *juris possessio*». En concepto de Wening-Ingenheim (§ 100) y de Mühlenbruch (§ 302) bastaba eso para admitir la posesión, mientras que en el de Savigny tenía ello tan poco valor, que no concedía al superficiario más que la tenencia y la *juris possessio*.

Todas mis autoridades estaban conformes en admitir que el enfiteuta tenía la posesión real. ¡Pero y su *animus*! ¡Si al menos hubiera yo podido darme cuenta clara de él! ¿Tiene o no el *animus domini*? No lo tiene, dice Savigny, y con él la mayoría de mis autores; sólo tiene el *animus detinendi*. De ningún modo, dicen otros, aunque no tiene el *animus domini* tiene el *animus possidendi* AD INTERDICTA. Todo eso es falso, dice una tercera opinión; tiene el *animus domini*, como todo poseedor, en las relaciones de posesión derivada. Sea, dice Puchta (1), en cuanto al enfiteuta y al precarista, pues su voluntad tiende a la apropiación completa de hecho; pero es inexacto para los demás que no tienen esta voluntad. Es también falso, dice una quinta opinión; la noción restringida del *animus domini* debe ser reemplazada por el universal *animus possidendi*; de ese modo desaparecen todas las dificultades; la voluntad no debe ser de tratar la cosa como propia, sino simplemente de *poseerla*.

Y heme aquí ya al fin.

---

(1) V. en el *Kritisches Jahrbücheru* de Richter, 1837, p. 679 y sig. No he leído su trabajo en esta época, pero puedo citarlo aquí porque se ha publicado cuando yo estudiaba.

El lector puede juzgar por sí mismo del valor que la teoría reinante tiene para la enseñanza. En la célebre constitución donde abolió la distinción del *dominium ex jure Quiritium* (L. un Cód. de *nudo jure. Quiritium tollendo*, 7, 25), Justiniano escribe, sin perjuicio de las demás expresiones de desdén con que se consuela:

*vacuum et superfluum verbum, per quod ANIMI JUVENOM, qui ad primam veniunt legum audientiam, PERTERRITI ex primis eorum cunabulis INUTILIBS legis antiquae dispositiones accipiunt.*

Me apropio esta sentencia para la teoría de la posesión, salvo que mi censura no se dirige al derecho romano, que desconocía el aspecto que presenta hoy la teoría de la voluntad de poseer, sino a la teoría romanista.

Yo he estado «perterritus» en toda la fuerza de la palabra, y lo estoy aún hoy cincuenta años más tarde. Me encuentro como K. Pfeifer (1) que caracteriza la impresión que le ha producido la teoría del *animus domini* con las palabras del estudiante en Fausto:

Mientras tanto pierdo el tino.  
Una rueda de molino  
da vueltas en mi magín.

El sentimiento que manifiesta Rudorff (2) por «un estado mental tan digno de compasión» está perfectamente justificado. Después de las pruebas que antes he dado de la organización psicológica-particular de este autor, comprendo que no se haya dado cuenta de la rueda de molino que en su magín tenía.

(1) *¿Was ist und was gilt im römischen Rechts der Besitz?* (Tubinga, 1840), p. 65.

(2) En su edic. de la Posesión de Savigny. V. Ap. 30.