

XIII

El «*animus possidentis*», de Paulo

Ya antes he indicado brevemente que el objeto del presente capítulo y el del siguiente consiste en la prueba *intrínseca* a que es preciso someter la teoría subjetiva. Tiene por fin seguir esta teoría en su construcción, ya visto en el capítulo VI, y a la vez examinar si el cimiento sobre el cual se edifica su doctrina es seguro y si los materiales empleados son sólidos.

Todo ello es, cuando menos, muy discutible, según los resultados obtenidos por las pruebas *histórica* (VII-VIII), *procesal* (IX), *legislativo-política* (X) y *didáctica* (XI). Preciso es admitir que se ha cometido en la construcción alguna grave falta. Cuando un edificio, después de su terminación, resulta que es inhabitable, debe ser porque en él hay algo que no está «n orden: los cimientos, los materiales, la construcción, o acaso todo ello a la vez. Procuremos, pues, descubrir en dónde está el defecto.

Empecemos ante todo por los cimientos.

La gloria discutible de haberlos sentado corresponde a Paulo, quien en dos pasajes: L. 1, § 20, *h. t.*; L. 37, *de ping. act.* (13, 7), señaló el *animus possidentis* como condición de la posesión negando la posesión en aquél al representante, y en éste al colono a causa de su ausencia. Si los compiladores de las *Pandectas* hubieran obrado con estos dos textos como los de las *Basilicas* (25, 1, 36; 50, 2, 1), que se limitan a citar la regla: el representante y el colono tienen la tenencia, sin reproducir el motivo de Paulo: *quia (procurator, tutor, curator) nom habeat animus possidentis quia conducenti non sit animus possessionem*

apiscendi, la teoría subjetiva jamás se hubiera producido. En efecto, en parte alguna, en nuestras fuentes se trata del *animus possidendi*; por supuesto, en el sentido de Paulo. Por mi parte, afirmo que jamás he podido descubrir la más leve huella. ¿La omisión de las *Basilicas* obedecía al sentimiento exacto de sus autores, de que no se trataba más que de una opinión puramente individual de Paulo, inconciliable con la teoría de los demás juristas romanos? ¿o es que esta época había aprendido ya a conocer a su costa el *animus possidendi*, o es, quizá, que la práctica no lo ha tenido en cuenta? No me detendré en estas cuestiones; en todo caso, creo deber señalar el hecho, no advertido hasta hoy, que yo sepa, de que los autores de las *Basilicas* no han estimado digno de ser incluido en su recopilación el *animus possidentis* de Paulo.

Trátase, pues, de una opinión individual de Paulo. Tal es la primera tesis que yo siento y formulo sobre el *animus possidendi* y que los defensores de la teoría subjetiva tendrán que recoger. Luego veremos si los partidarios de la teoría subjetiva han logrado mejor que yo descubrir en los demás juristas *huellas ciertas* (1) del *animus possidentis*.

Mi segunda tesis, que es decisiva, es la siguiente: El *animus possidentis*, de Paulo, no tiene el valor de un *principio de derecho*, sino que es sólo un punto de vista *constructivo*.

La falta cometida por la teoría subjetiva, y que es el punto de partida de todo lo demás, consiste en una confusión por virtud de la cual se ha considerado como una *verdad dogmática un punto de vista exclusivamente constructivo*.

Para que la demostración de esta segunda tesis implique, como yo espero, la convicción del lector, me será preciso desenvolver numerosas consideraciones, que deberá perdonarme. Me veré obligado a ir mucho más allá de la cuestión que nos interesa inmediatamente, haciendo entrar en la esfera propia, de mi examen consideraciones generales, tales como la actividad

(1) No puede considerarse como tal la L. 28, h. t., de Tertuliano: *possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus*.

construtiva de los juristas romanos y el carácter científico de Paulo.

Examinemos, ante todo, más de cerca los dos textos de Paulo.

De atenerse a ellos exclusivamente, es imposible no llegar a la conclusión a que ha llegado la teoría subjetiva.

Si el representante y el colono son poseedores porque les falta el *animus possidentis*, resulta que para ser poseedor es preciso tener este *animus*. Desde el punto de vista de estos dos textos la teoría subjetiva es completamente inatacable. No hay duda alguna.

Pero esos dos textos no son los únicos que tratan de esta cuestión; nuestras fuentes nos ofrecen también otros varios, que, lejos de confirmar el aserto de Paulo, lo contradicen radicalmente (XV), y, lo que más importa, contienen decisiones de casos concretos.

Aun cuando la decisión de Paulo tuviera la forma de un *principio abstracto*, no podría prevalecer contra el derecho, tal cual lo aplicaba la práctica romana, no siendo más que una construcción jurídica frustrada proveniente de un jurista aislado. Paulo mismo nos dará armas para combatirla en su tan conocida decisión de la L. I, de R. F. (50, 17), sobre la relación de las abstracciones teóricas (*regula juris*) con el derecho realmente vigente: *nom ex regulas jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*

Paulo hubiera sido infiel a sus propias recomendaciones si hubiera querido establecer como regla que la naturaleza de la voluntad de poseer decide de la posesión y de la tenencia, porque esta regla no está tomada al *jus quod est*.

Ahora bien: si Paulo no ha tenido la intención de expresar una *regla de derecho*, ¿qué ha pretendido entonces?

Los dos textos no permiten dudas a este propósito. No tenía otro fin que justificar racionalmente la regla de derecho positivo, según la cual los representantes y los colonos no tienen más que la tenencia; es decir, de deducirla de la voluntad particular de poseer de esas personas; en suma, era un *ensayo*

de construcción jurídica, al cual no debemos dar mayor valor que a los demás ensayos de construcción jurídica de los juristas romanos. Si tales construcciones están de acuerdo con el derecho positivo, las aceptamos; si no, las rechazamos como frustradas. Y aun cuando haya concordancia, no debemos darles más que un valor puramente técnico y formal: no exigen más; no son sino *formas* dadas a la concepción jurídica para hacer accesibles y comprensibles por el pensamiento, ciertos hechos aislados, que sin ellas, se estimarían como meros hechos de derecho positivo haciéndolos así entrar en lo que yo llamaré el aparato lógico del derecho. Pero esas construcciones de lógica jurídica no tienen significación *real* como elemento material o de fondo del derecho. La forma puramente lógica no puede en verdad engendrar consecuencias extrañas al derecho mismo. Las construcciones no tienen más que un valor formal técnico, y no en modo alguno un valor real y material o de fondo.

He ahí el punto saliente de toda la teoría del *animus domini*: viene a ser la transformación ya indicada de la significación puramente técnica del punto de vista de Paulo, en un valor dogmático y práctico.

Ya antes hemos visto otro ejemplo de una transformación semejante, relativa también a la teoría de la posesión; no se trata, pues, de un caso aislado: el ejemplo anterior referíase al uso dogmático hecho por varios juristas modernos del punto de vista puramente técnico sentado por Celso para el *constitutum possessorium*. ¿A dónde iríamos a parar si estimásemos utilizables todas las tentativas de construcción jurídica, tan a menudo frustradas, de los juristas romanos? Por muy alto que yo ponga el valor de esos juristas, no puedo menos de decir que sus ensayos constructivos rayaban muchas veces en lo absurdo.

Así, la *usucapio libertatis* de la *servitus ne prospectui officiat*, no puede ser basada sobre la existencia de un árbol, *quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris* (L. 7, de S. P. U., 8-2); ahora bien: el verdadero motivo consistía en que la construcción de

un muro contiene una protesta del propietario contra la servidumbre, y en que un árbol no implica semejante protesta. Ocorre lo mismo con la pérdida de la servidumbre que con su adquisición; una y otra suponen disposiciones tomadas o actos realizados que implican y anuncian a la parte contraria la *pretensión* bien sea de librarse de la servidumbre o bien de adquirirla. Las circunstancias de puro hecho, tales como el paso del agua por canales defectuosos, la extensión de las ramas de los árboles, el paso de mis patos, o de mis gansos, o de mis gallinas, por el fundo vecino, no forman la base de una servidumbre por mucho tiempo que hayan durado.

Por otra parte, vemos al autor de la especificación adquirir la propiedad, porque la cosa nueva es *res nullius* (L. 7, § 7 de A. R. D., 41, 1), por ocupación. Sería necesario inferir de esto que el ladrón que hubiera tenido la habilidad de colocarse en el lugar del especificador en la aprehensión de la cosa, en el último período de la obra de especificación, se haría su propietario.

Paulo ocupa el primer lugar en cuanto a ese género de ensayos de construcción jurídica frustrada, y como es preciso poner al lector en situación de poder juzgarle, citaré a este propósito algunos de los referidos ensayos a título de ejemplos.

La idea que ellos nos darán de Paulo nos lo hará ver como un fanático desenfrenado de la construcción; no puedo servirme de otro término. En su ciego ardor, se deja llevar por explicaciones de tal naturaleza, que está uno tentado a preguntarse si acaso tenía en firme su buen sentido. Reconozco que mi apreciación es severa; jamás, quizá, se ha formulado otra igual respecto de un jurista romano. Yo hubiera podido formularla en términos no tan duros, evitando así el escándalo a que me expongo; pero lo hago con intención, a fin de destruir por su base la fe tradicional en la autoridad de los juristas romanos, en virtud de la que se pone en la misma línea todo cuanto de ellos proviene y que tan pernicioso ha sido para nuestra doctrina actual. Yo quiero someter a Paulo a una crítica rigurosa. Si no es fundada la crítica, recaerá sobre mí con mayor fuerza;

pero si lo es, nos abrirá los ojos, permitiéndonos así contemplar su *animus possidentis* tal cual en realidad es.

Tomaré todos mis ejemplos de la teoría de la posesión. Parece haber sido ésta su materia favorita: era como el terreno en el cual se creía el hombre llamado a ser reformador. Para sentar de la mejor manera el contraste que le distingue de los demás juristas, opondré frente a cada uno de sus ensayos de construcción jurídica, la solución dada a la misma cuestión por otro jurisconsulto.

Sabido es que la *lex Scribonia* había abolido la prescripción de las servidumbres. Era ésta una disposición puramente positiva, con la cual nada tenía que ver la construcción jurídica. No puede, en efecto, haber sido exigida sino por la experiencia del peligro que la prescripción de las servidumbres ofrecía en la práctica. Si Paulo quería indicar algún motivo, hubiera debido mencionar ese motivo práctico. ¿Y qué ha hecho? En la L. 14 pr., *de serv.* (8-1) presenta esta prescripción como jurídicamente imposible, sin parar mientes en su existencia anterior; ¿por qué imposible? *Quia tales sunt servitutes (praediorum rusticorum), ut non habeant CERTAM CONTINUAMQUE POSSESSIONEM, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* No se le ocurrió siquiera la idea de que de ese modo la posesión de los fundos lejanos sería también imposible, porque el poseedor tampoco puede *tam perpetuo, tam continenter ire (arare, serere, etc.) ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* ¿Y qué decir después de las *servitutes praediorum urbanorum*? Sin duda, aquí hay ejercicio continuo, *continua possessio*. Paulo lo ve, y sale del paso diciendo: *idem et in servitutibus praediorum urbanorum OBSERVATUR*; lo que equivale a decir, que sin duda los puntos de vista por él tomados no nos sirven en este caso, pero prácticamente no por eso dejan las cosas de ser lo mismo.

¡Qué bancarrota tan clara!

Si la idea de Paulo hubiera sido exacta, la prescripción debería aplicarse también a las servidumbres urbanas; pero no, se

la rechazaba, luego la idea era falsa. ¡Magnífico espectáculo! La menor rechaza ante nuestra vista a la premisa.

Si un jurista actual diera un ejemplo semejante de irreflexión, incurriría con justicia en la burla y en el desprecio. ¿Es que las cosas deben pasar de otro modo cuando una deducción como esa brota de labios de un jurista romano?

Comparemos esta decisión de Paulo con la de Ulpiano, en la L. 10, § 1, *de usurp.* (41-3). Tampoco indaga éste el motivo legislativo, cosa que en general los juristas romanos hacen rara vez (1); pero señala con exactitud la situación, diciendo: *hoc jure utimur*, esto es, se trata aquí de una disposición *positiva* no más, reconociendo, aun implícitamente, que podría ser de otro modo, mientras Paulo declara eso imposible.

En la L. 31, § 3, *de usurp.* (41-3), Paulo toca en la continuación de la posesión un caso de locura producida en el representante. Desde el punto de vista de la teoría posesoria, era esa una singularidad, y Papiniano lo reconoce así en la L. 14, § 6, *ibid.*, dando este excelente motivo: *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat*. ¿Y qué hace Paulo? Como en el otro caso, trata de sentar que la disposición puramente positiva es *teóricamente necesaria*. Apenas puede creerse, aun leyéndola, su demostración. Cuando los representantes duermen, dice, la posesión no se pierde; ¡luego... tampoco se pierde la posesión cuando se vuelven locos! He ahí la sutileza, como siempre, camino del absurdo cuando se empeña en traspasar ciertos límites: lo sublime toca en lo ridículo.

Para adquirir la posesión por personas intermediarias, libres o no, es preciso, nos dice la jurisprudencia y el mismo Paulo (Sent. Rec., V, 2, 1), la voluntad en la persona del representante. ¿Cómo armonizar con eso la adquisición por los esclavos de

(1) He aquí algunos ejemplos: la declaración tan conocida sobre el fin de la usucapición, en la L. 1, *de usurp.* (41-3); sobre el destino de las estipulaciones para los intereses propios de los estipulantes, en la L. 37, § 19, *de V. O.* (45-1); la continuación de la posesión en caso de locura, en la L. 44, § 6, *de usucap.* (41-3); la función económica del dinero, en la L. 1, pr., *de C. E.* (18-1).

la posesión de su peculio a espaldas de su señor? Papiniano responde en estos términos, en la L. 44, § I, *h. t.*: UTILITATIS CAUSA *jure SINGULARI receptum, ne cogereantur domini par momenta causas et species peculiarium inquirere*. La explicación es perfecta, exacta, puesto que aquí falta la *scientia domini*. Paulo trata nuevamente de poner a un lado la singularidad. No debe sorprendernos eso, dice (*nec movere nos debet, quod... etiam ignorantes possidemus, quas servi peculiariter paraverunt*); el esclavo representa a su señor en el *animus* como en el *corpus* (*viaemur eas eorundem et ANIMO et corpore possidere*). Pero si cabe la representación del esclavo, ¿por qué no ha de ser ésta posible por un *hombre libre*? Paulo comete aquí la misma falta que en el caso antes indicado de las servidumbres prediales; fúndase en un punto de vista que, si fuese cierto, debería valer no sólo para la relación que invoca, sino para todas y siempre. En la L. I, párrafo 5, *h. t.*, refiere la opinión de juristas anteriores que habían querido reparar singularidad semejante, diciendo: *quia NOSTRA VOLUNTATE intelliguntur possidere, qui eis peculium habere PERMISERIMUS*, sin decir lo que por su parte piensa. Esta opinión era también errónea, porque por la muerte del amo no era hecho de la *nostra voluntas*. Y sin embargo, en nada cambia la posesión del peculio; ésta continúa y es adquirida de nuevo, aun sin capacidad de querer en la persona del amo (*hereditas jacens, infans, furiosus* L. I, § 5, *h. t.*, cit.).

Papiniano había estado en lo firme: tratábase en verdad de una singularidad que tenía su razón de ser en las relaciones de la casa romana y que se limitaba solo a ellas.

¿Cómo es posible que se llegue a adquirir la posesión por personas libres? Paulo contesta, en sus *Sententiae receptae* (V. 2, 2): trátase de una *singularidad: per procuratorem acquiri nobis posse UTILITATIS CAUSA receptum est*; y en la L. I, § 20, *h. t.*: eso no es una *singularidad*; puede deducirse racionalmente como *necesario*. Me reservo para hacer más tarde la crítica de este último intento de construcción jurídica de Paulo; por el momento basta esta indicación que debemos anotar.

El recorrido que acabamos de hacer a través de los ensayos

constructivos de los juristas romanos, y especialmente de Paulo, habrá justificado mi opinión respecto de ellos y demostrado al propio tiempo cuán equivocados estaríamos si quisiéramos concederles otro valor que un valor puramente técnico y formal. Los juristas romanos, según mi saber y entender, no han corrido jamás este peligro; no recuerdo haberles visto jamás sacar consecuencias prácticas de un punto de vista puramente constructivo: su fino tacto les preservaba de este escollo. Sus construcciones, como tantas otras cosas, corresponden a la gimnástica de la enseñanza; su destino es modesto: un destino simplemente académico. Varias de ellas han sido hechas, sin duda, para los principiantes sólo; parécense a las explicaciones que damos a los niños cuando no podemos mostrarles claramente el verdadero estado de las cosas o las desconocemos; explicaciones para ellos suficientes, porque no pueden penetrarse de la falta de consistencia de las mismas.

Y vuelvo a Paulo, para acabar, con otros rasgos nuevos, el retrato de su personalidad científica.

En la L. 153, de R. J. (50, 17) (I), nos ha conservado la regla formulada sobre la pérdida de la posesión:

Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis acquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest. ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Esta regla forma digno contraste con su *aninus possidenti*: como él, es en absoluto una invención, hecha con un desprecio completo del derecho realmente aplicado en la práctica romana. Es una abstracción doctrinal, en la cual ha desconocido torpemente la buena doctrina que enseña en la L. 1, de R. J. (50, 17): *non ex regula jus sumatur, sed ex jus quod est, regula fiat*. No es esta ni la primera ni la última de sus contradicciones según

(1) Reproducido en resumen en la L. 8, *h. t.*

veremos. Como su *animus possidentis*, esta regla ha dificultado no poco la doctrina moderna. Por muchos que sean los medios empleados para darle un sentido aceptable (1), no cabe duda que contiene uno de los peores ensayos de abstracción, si no el peor, de cuantos ha podido intentar un jurista romano, siendo yo en esto por completo de la misma opinión que Piniski (2). Papiniano, el maestro de Paulo, puede ser responsable de esto en parte. Este, para motivar, en la L. 46, h. t., la regla de que no se puede perder, *corpore*, por la *occupatio* de otro, la posesión que se tiene en *animus* sobre los fundos lejanos, invoca la analogía de la extinción de las obligaciones: *ut enim eodem modo vinculum obligationis solvetur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignorantia tolli possessio, quae solo animo tenetur.*

La idea que por su espíritu flotaba era, en mi concepto, la siguiente: la *possessio quae solo animo tenetur* tiene, como la obligación, una existencia puramente ideal, que no depende en su duración de las condiciones de hecho; los acontecimientos de puro hecho no pueden, pues, resolverse ni en una ni en otra; el poseedor y el acreedor están protegidos contra el peligro posible de experimentar pérdidas a espaldas suyas. En esos límites la comparación era perfectamente exacta, siendo eso todo lo que Papiniano debía decir. Pero el paralelismo que admite tácitamente en el establecimiento y la disolución, tanto para la posesión como para la obligación, es erróneo. En primer lugar, la posesión no puede ser adquirida *animus*, como la obligación; para que nazca es preciso el *corpus*, pero no hace falta para continuarla. Además, la disolución de la obligación exige un acto de voluntad positiva, mientras que cuando el poseedor ha obtenido el conocimiento de la *occupatio*, la posesión puede también perderse por inacción. De ese lado, pues, el ensayo constructivo de Papiniano resultaba indudablemente frustrado. Por otra parte, no podemos concederle valor alguno en lo tocante al ele-

(1) No puede sostenerse con el sentido que Savigny, p. 331 y siguiente le atribuye. Así creo haberlo demostrado cumplidamente en *El Fundamento de la protección posesoria* (trad. esp.)

(2) En *Der Thatbestand des Sachbesitzwerbes*, p. 156.

mento indicado de su idea. ¿Qué conclusiones, en efecto, pueden sacarse para la posesión del aspecto de las cosas en las obligaciones? ¿Es acaso la analogía de la obligación la que ha determinado a los romanos a dar a la posesión su fisonomía? Muy al contrario, se han determinado por consideraciones prácticas, y así, invocar la analogía de las obligaciones equivale a perturbar, más que a favorecer, la exacta comprensión de las cosas.

La idea de Papiniano no era, pues, feliz.

Paulo se había *cogido* a esta idea, que había sido formulada exclusivamente para un aspecto particular de la relación posesoria, para la posesión *animo*; después la ha generalizado, erigiéndola en regla para la pérdida de la posesión. El principio de la correspondencia entre el establecimiento y la extinción de las relaciones jurídicas, por el cual se ha dejado guiar la doctrina antigua, únicamente en el respecto de la *forma del acto jurídico* (1), toma en él el aspecto de un *principis fundamental* del derecho. Los *actos contrarios* (*in contrarium actus*) que se verifican para disolver una relación posesoria, deben corresponderse con las condiciones reales exigidas para establecerla. Esta idea es del principio al fin tan falsa, tan insana, tan absolutamente insostenible, que sería perder el tiempo insistir acerca de ella todavía. Mas para el efecto que aquí persigo, tiene un valor inapreciable, en cuanto pinta de un solo rasgo a todo el hombre. Que las concepciones que en él se producen respondan o no al derecho realmente en vigor, le tiene sin cuidado; el derecho, en su opinión, está en el error, o no ha llegado aún a tener conciencia de sí mismo; la misión y la tarea del jurista está en trazarle el camino que debe recorrer, o en aclarar de un modo adecuado las ideas aún confusas que en él palpitan.

En otro asunto, el mismo jurista da una nueva prueba de esta soberana presunción del pensamiento jurídico que se afirma frente al derecho positivo, y del cual acabamos de citar el ejemplo más sorprendente. Las personas jurídicas pueden poseer. Eso estaba fuera de duda en los tiempos de Ulpiano, se-

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, tomo 3.º, pág. 625.

gún él mismo lo atestigua en las L. 2, *h. t.*, y L. 7, § 3, *ad exhib.* (10, 4); siendo cierto que cuando menos se remonta hasta esa época. Inútil es decir por qué era eso necesario. Pero no encajaba ello en la teoría de la voluntad, de Paulo, y no vacila, en la L. 1, § 22, *h. t.*, en negar la posesión a las personas jurídicas, y no (lo que no dejaría de tener algún sentido) porque no era posible el *corpus* en ellas, como seres incorpóreos, sino porque no tienen el *animus*: *quia UNI CONSENTIRE non possunt!* ¡Como si una persona jurídica existiese sin *voluntad*, y como si todas las resoluciones que toma no revelasen la existencia de esta voluntad! Pero la voluntad de poseer es, en su opinión, algo muy especial, y como no lo encuentra tal cual se imagina en las personas jurídicas, les niega sin más la posesión: «lo que no puedo construir, lo suprimo».

El juicio injurioso que emite sobre Quinto Mucio Scaevola, y que antes ya reprodujimos, es también muy propio para completar la fisonomía del hombre. El, para quien el dogma nuevo de la escuela se había convertido en una verdad absoluta, no comprendía la consideración concluyente que el jurista había citado en apoyo de su opinión. Estimar la relación del *immisus* como posesión, cuando fácilmente podía aprender en la escuela de sus maestros que era una mera tenencia, he ahí la falta más grave que puede concebirse en verdad, ¡una falta contra los *principios!* Formular falsas reglas del derecho; negar toda obediencia al derecho, como él hace, y como su gran predecesor jamás ha hecho, ¿qué vale al lado de una falta contra los *principios del derecho!*

Creo con esto haber colocado al lector ya en situación adecuada de formarse un juicio sobre la individualidad científica de Paulo. Me recuerda por entero a Puchta: Paulo es el Puchta de la antigüedad romana (1). Hay efectivamente en ambos el mis-

(1) No creo rebajar el gran respeto que siento por Puchta, a quien tanto debo en mi desenvolvimiento anterior, y a quien pongo muy alto, si caracterizo francamente lo que había de falso en su dirección, la cual yo mismo seguí un tiempo con gran fe. No puedo hacer aquí una demostración completa, y me remito al *Exp. del D. R.*, tomo 3.º, págs. 310 311,

mo fanatismo de construcción jurídica, que, en su ardoroso entusiasmo, no advierte las lagunas de sus puntos de vista, y que llega en Paulo hasta el paroxismo ciego. Hay en ambos el mismo hervir de la lógica que declara, sin fijarse, imposible lo que le conviene y necesario también lo que le conviene, sin permitir la hipótesis de otra explicación; la misma intolerancia con las opiniones ajenas (1) cuando no se armonizan con las nociones tal cual por ellos se han formulado. Paulo y Puchta son ambos espíritus superiores, pero de naturaleza violenta y despótica en materia científica; verdaderos doctrinarios inflexibles. Si nuestro derecho teórico actual quisiera buscar un patrón entre los juristas romanos, lo encontraría en Paulo. La parte de ese derecho que se relaciona con la teoría de la voluntad de poseer, pesa toda sobre su conciencia.

Ya he dicho antes que la posesión ha ejercido sobre Paulo con gran fuerza un atractivo especial. Ningún otro jurista se ha consagrado a ella con tanta predilección, ni la ha examinado con tanta intensidad, ni ha procurado introducir en ella de un modo tal sus propias ideas individuales. Y no es esto una casualidad. No hay materia del derecho que sea tan atractiva como la de la posesión, dada sobre todo la índole de su espíritu, ya que ninguna otra deja al teórico tan gran amplitud.

La posesión es la institución molusco. Blanda y flexible como el molusco, no opone a las ideas que se quieren introducir en ella, la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posi-

y a *Scherz und Ern*s in der *Jurisprudenz*, páginas 328 y siguientes. Hago iguales reservas respecto de mi juicio sobre Paulo. No se me ha pasado por las mientes desconocer el rango que entre sus contemporáneos le toca, pero eso no impide exponer francamente cuanto hay de falso en su doctrina.

(1) Un digno compañero del *ineptissimus* de Paulo encuéntrase en Puchta, *Pandekten*, § 135, donde, refiriéndose a Justiniano y al derecho canónico, designa la noción de la *actio spoli* en la práctica como una «opinión que se aniquila por sí misma como absurda».

ble; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales. A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas. Podríamos llamarla el juguete que el hada del derecho ha puesto en la cuna de la doctrina para ayudarle a descansar, divertido, de su ruda labor; es una figura de caucho, a la cual puede darse las formas que se quieran.

Después de los ejemplos que acabo de exponer de los ensayos de construcción jurídica violentos y frustrados de Paulo, abordaré ya el último, para el cual han debido prepararnos convenientemente todos los ejemplos anteriores: el de su *animus possidentis*.

Ningún otro jurista romano se ha ocupado tanto como él con la voluntad de poseer. En todos los demás juristas no se tropieza con ella tantas veces como en él solo. Dejaré hablar a los textos.

1. Para adquirir la posesión es preciso el *animus* y el *corpus*.—L. 3, § 1; L. 8, *h. t.*; L. 153, de R. J. (50, 71); Sent. Rec. V, 2, 1. Paulo es el único jurista de quien proviene esta regla.
2. El *animus* falta en los *infans* y en el loco.—L. 1, §§ 3, 9, 10; L. 32, § 2, *h. t.*
3. En las personas jurídicas.—L. 1, § 22, *h. t.*
4. En el: *qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.*—L. 41, *h. t.*
5. En la adquisición de la posesión por el representante directo, el *animus* radica en la persona del representante, el *corpus* en la del representante.—L. 3, § 12, *h. t.*
6. En la posesión del peculio, el *animus* del esclavo sustituye al del dueño.
7. El pupilo no obtiene la posesión sin su tutor, sino cuando tiene el *animus possidendi*.—L. 4, § 1, de *usurp.* (41, 3).

8. El colono no posee: *cum conducenti non sit animus possessionem apiscendi*.—L. 37. *de pign. act.* (13, 7).
9. El representante no posee tampoco: *quia non habeat animum possidentis*.—L. I, § 20, *h. t.*
10. El sustituto usucapia: *quomvis possis videri non protuo possideri, cum nihil intersit quod mandati iudicio tenearis*.—L. 13. § 2, *de usurp.* (41, 3). Es decir, le falta el verdadero *animus*.
11. El acreedor posee la prenda, pero no tiene la *opinio domini*.—L. 22, § 1, *de nox. act.* (9, 4). *Possidet pro alieno*.—L. 13 pr., *de usurp.* (41, 3).
12. En la adquisición de la posesión por los esclavos, el *animus* de éstos es determinante, aun cuando han obrado por orden de sus amos; si tuvieran la intención de adquirir por otro, éste obtiene la posesión. L. I, § 13, *h. t.*
13. La posesión se guarda por el *in contrarium actum*, con relación al *corpus* o al *animus*.
14. Se puede enajenar la posesión por la mera renuncia al *animus possidentis*.—L. 3, § 6, *h. t.*
15. La locura que sobreviene en el tenedor no extingue la posesión: equivale al sueño.

Con esto paréceme haber presentado la prueba que me incumbía. El *animus* desempeña un papel en Paulo, más grande que en todo otro jurista; no se cansa de examinarlo en todas las aplicaciones concebibles, y más de una de las reglas formuladas son cosa suya exclusiva; no se presentan en ninguno de los demás juristas. Ya hemos demostrado, en parte, a qué violentas manipulaciones, claramente falsas, ha tenido que recurrir; lo demostraremos luego también para las reglas 10 y 11. La 12, ¿ha sido bien acogida de parte de los contemporáneos? No puedo concebir que se acogiese bien consecuencia tan falsa de su teoría del *animus*. Un jurista de la época antigua no hubiera podido comprender una regla tal, que destruía hasta en sus cimientos el poder dominical, poniendo al señor en manos

del esclavo. Para concebirla hubiera debido empezar por aprenderla con Paulo, que le enseñaría esa y otras cosas más sorprendentes; y además hubiera debido reconocer el influjo que la voluntad de poseer ejercía sobre la relación posesoria, según Paulo; con lo cual llegamos nosotros después de tan largo rodeo, a nuestro tema verdadero. Cuanto precede no ha tenido otro objeto que prepararlo.

Si se hubiera preguntado a un jurista de la época antigua: ¿cómo es que el colono sólo tiene la tenencia? ¿es porque su voluntad tiende a esta última?; hubiera contestado: la voluntad del colono no tiene nada que ver en el asunto: obtiene la tenencia porque el derecho lo ha dispuesto así, por motivos muy buenos. Los mismos contemporáneos de Paulo no pensaban de otro modo, según veremos (XV). ¿Cómo, pues ha podido Paulo concebir la idea de poner el motivo en la voluntad de poseer? Sin duda ha debido apoyarse en algo. La explicación que sigue va a decírnoslo. Un error queda por completo en situación de no perjudicar, no solamente cuando se ha refutado, sino cuando se ha logrado agotar la fuente de donde mana.

¿A qué debe tender la voluntad en el cumplimiento de un acto jurídico, hacia este acto mismo o hacia las consecuencias que la ley le atribuye? Plantear la cuestión, es resolverla. Si la voluntad debe dirigirse, no hacia el acto (*a*), sino hacia las consecuencias (*c*), la ignorancia de éstas, esto es, el *error de derecho*, anularía el acto. El heredero que ha aceptado la sucesión sin saber que responde de la deuda *ultra vires*, podría declinar esta responsabilidad por ignorancia. Del propio modo el delincuente podría rechazar la pena, o la pena grave, por ignorarla. El juez, según eso, debería en todos los casos investigar previamente si el que ha obrado ha conocido las consecuencias de sus actos. Lo cual sería ir contra la seguridad del derecho, que descansa en la certidumbre de que se sufrirá inevitablemente las consecuencias de (*c*), resultando su aplicación insoportable llena de obstáculos y de complicaciones.

De ahí se origina la regla que para determinar el alcance de la voluntad en los actos jurídicos, es preciso conside-

rar *a* y no *c* (1). La realización de *c* se cumple, en efecto, sin la intervención de la voluntad individual, en virtud de la *ley* que ha referido *c* a *a* como cosa inevitable. Si no cabe *cambiar* esto por el motivo de que no se *ha querido*, tampoco cabe justificarlo porque se ha *querido*.

Paulo ha cometido esta última falta en la cuestión de la posesión. Ha referido a la voluntad las consecuencias que el derecho romano da a ciertos actos jurídicos con relación a la posesión. Según el derecho romano, el colono y el representante tienen siempre la tenencia, sépanlo o no, y quieranlo o no; la tenencia es la *c* que se refiere como consecuencia inevitable a la *a* del acto jurídico (2), y respecto del cual, por consiguiente, la dirección de la voluntad individual es perfectamente indiferente.

La falta que Paulo ha cometido no es única, se ha repetido: nuestra doctrina actual la ha cometido no pocas veces: por ejemplo, con relación al establecimiento de las relaciones patrimoniales referidas por la ley a la celebración del matrimonio. Para dejar a salvo el mantenimiento de las relaciones existentes entre esposos que han cambiado de domicilio, a pesar de la ley diferente del domicilio nuevo, se ha recurrido a la idea de que esas relaciones descansan en la voluntad de las partes. El fin perseguido es perfectamente exacto, pero el medio es malo. Los efectos del matrimonio, en cuanto a los bienes de los cónyuges, constituyen nuestra *c*, que se enlaza inevitablemente con la *a* del matrimonio, siempre que no haya mediado convención contraria para excluirla. La circunstancia de que esos efectos hayan *podido* ser excluidos por una voluntad contraria, no autoriza en manera alguna a atribuir su realización a la voluntad de

(1) Véase una oposición formal de esos dos elementos en la L. 13 § 2, *Com.* (13, 6): *nec obstat, quod non HAC MENTE... contraheremus, quasi eum obligatum habituri, PLERUNQUE enim id accidit, ut extra id quod AGERETUR (nuestra a) TACITA obligatio nascatur (nuestra c).*

(2) Me limitaré a citar la L. 21, *de usurp.* (41, 3): *... nullius momenti locatio est... SEQUITUR ERGO, ut ne possessionem quidem locator retinuerit.* Para las otras pruebas, véase el cap. XV.

los cónyuges (1); en no pocos casos, éstos no habrán tenido siquiera noticia de ello.

El razonamiento indicado descansa en la hipótesis de una oposición entre *a* y *c*. Fuera de ella no tiene consistencia. En efecto, cuando yo ejecuto *a*, ¿qué es lo que yo tengo en cuenta? No es sólo ese acto jurídico, sino sus consecuencias; cuando yo quiero *a*, quiero por lo mismo *c*. ¿Toda *c*? El jurista no duda; quiere todas las consecuencias legales, porque las conoce; pero ¿y el hombre lego en derecho? No tiene la menor idea de la mayoría de ellas: llegan a él como una fatalidad. Sin duda, en un pequeño número de actos jurídicos, tiene plena conciencia de *c*; por ejemplo, en el préstamo; sabe que recibe el dinero para disponer de él libremente y que debe devolverlo; la voluntad dirigida hacia *a* implica por completo *c*. Pero en la mayoría de los actos jurídicos, *c* excede del conocimiento del hombre en general, pudiendo decirse sólo que no ha querido más que la *c* de que se da cuenta. Mas la ley ha fijado *c* a su manera, y el único medio que se procura de lograr la *c* de que se da cuenta, consiste en tomar todo la *c* legal. Si no quiere no puede hacer *a*; si hace *a*, la *c* legal se verifica en todo caso. De esta manera puede obtener, ya *menos*, ya *más* de lo que ha querido. Es indiferente que el inventor del tesoro sepa que le pertenece, que la caución sepa que tiene el *beneficium divisionis* o que la mujer intercedente sepa que tiene la *exceptio Scti Vellejani*.

El conocimiento de la existencia de las *condiciones* del acto no es menos indiferente que el de sus *consecuencias* (2). Si el *tradens* es realmente propietario, mientras que el *accipiens* cree lo contrario, no por eso este último deja de adquirir la propiedad. Si el que se obliga es en realidad capaz de obrar, aun cuando equivocadamente se considere incapaz, queda obligado. También en estos casos, si la validez del acto dependiera de la voluntad individual, debería ser discutida, porque en el primer

(1) *Non velle debet, sed non molle* l. 1, § 3, de *trib. act.* (14, 4).

(2) Véanse las pruebas de lo que sigue en mi *Abhandlung* en mi *Jahrbücher*, II, págs. 157 y siguientes.

caso hay quien no tiene voluntad de adquirir la propiedad, por considerar la adquisición imposible; y en el segundo no hay voluntad de obligarse, porque se ha reconocido el sujeto sin capacidad para ello. Pero la validez del acto jurídico *a*, es decir, nuestra *c*, es tan independiente de la creencia de las partes, tanto en lo referente a sus *condiciones*, como en lo relativo a sus *efectos*. La creencia errónea en la no existencia de las condiciones, que al propio tiempo implica la creencia errónea en la no realización de las consecuencias, no aniquila la voluntad dirigida hacia *a*.

La *affectio auctoris*, según la L. 2, § 2, *pro emt.* (41, 4), existe aún: *cum rem putat alienam quae sit venditoris*. Cabe aplicar aquí la conocida regla de los juristas romanos: *plus est in re quam in existimatione mentis*, que por mi parte sostengo en el sentido aceptado hasta el día, a pesar de las objeciones recientemente formuladas; esto es, es preciso atenerse a la existencia *objetiva* de las condiciones de *a*, y no a la existencia *subjetiva* de la creencia y del conocimiento de las partes.

Acabo con lo dicho de exponer un resumen de la teoría de los juristas romanos sobre la voluntad en los actos jurídicos. Es uno de los hechos más notables de la antigua jurisprudencia de Roma, la concepción de esta teoría de una manera que yo llamaría abstracta, sin conceder influjo alguno a las desviaciones de la voluntad individual.

En la jurisprudencia posterior se dibujaron aquí y allá ciertas tendencias, que estimo poco acertadas, encaminadas a tener en cuenta la voluntad individual (I).

(1) Citaré, a título de ejemplo, *animus contrahendae societatis*, en la L. 44, *pro soc.* (17, 2), que, según aquí se ha invocado, forma digno juego con el *animus possidentis*, y con el *animus revertendi* de los animales, en la L. 5, § 5, *de A. R. D.* (41, 1). Sin embargo, es de notar que este último, que se presenta también en los esclavos (L. 47 *i. f. h. i.*), no es lo que a primera vista pudiera parecer. Cabe preguntarse lo que significa la regla que hace depender la conservación de la propiedad sobre el animal doméstico de su *animus revertendi*, que no podrá probarse y que prácticamente está reemplazado por la *consuetudo revertendi*. ¿Por qué ésta no se señala sola, y por qué se insiste sobre el *animus*, que en la práctica no

Refiérese a las propensiones individualizadoras de la jurisprudencia nueva; fenómeno éste que me he propuesto describir de una manera detenida en la parte tercera de mi *Espiritu del Derecho Romano*, y que no es posible hacer aquí.

Con lo expuesto termino el largo rodeo dado para llegar por fin al *animus possidentis*, de Paulo, en las L. I. § 20, *h. t.*, 37, *de ping. act.* (13, 7). No creo, sin embargo, que este rodeo

tiene la menor importancia? La indicación del *animus* de parte de los juristas romanos contiene una idea completamente exacta y hasta ingeniosa. La etimología nos muestra el *dominus* como el que ha domesticado seres vivos (animales y esclavos).—(Sansc.; *dom. domay*; Grieg: $\delta\alpha\iota\ \alpha\nu$; Lat.: *dom are, dom inus*; Alem. antig.: *zam.*; alem. moderno: *zähm, zahmen* Vaniceck *Griech. latein etym. Wörterbuch*, I, p. 34).—La domesticación es el hecho que ha llevado la noción de propiedad al conocimiento de los pueblos arios. No había entre ellos propiedad privada, en el origen, sobre cosas inmuebles, sino propiedad común. La idea de la relación *exclusiva* del individuo con la cosa ha sido reconocida primeramente con el *animal* y ha recorrido diversas fases, que nos representan los tres modos conocidos de la vida de los pueblos: pueblos que viven de la caza y de la pesca; pueblos pastores que avanzan con sus rebaños cuando los pastos se agotan; pueblos agricultores que se fijan en un lugar dado a causa del trabajo que han consagrado al suelo. Así como en las dos primeras fases lo que en el animal se buscaba era la *substancia*, en la tercera se atendía al aprovechamiento de su *fuerza* para la explotación (a).

La domesticación, y en su virtud la propiedad, toma en los animales un triple aspecto diferente, que designaré para abreviar, con los nombres de *domesticación mecánica* y *domesticación psicológica*, aplicada al individuo *aislado* o aplicado a la *especie*. La primera aplicase a los animales salvajes que el hombre tiene *exteriormente* en su poder (*custodia*: L. 3, § 2, *ibid.*). Con su poder cesa la propiedad. La segunda se aplica a los animales salvajes que aquél ha puesto *intrínsecamente* en una relación de dependencia respecto de él. En este caso se ha domado por el hombre, no sólo el cuerpo, sino el alma del animal — el *animus* . Manifiéstase es:

(a) Las brevísimas indicaciones que el ilustre Ihering hace en esta interesante nota, pueden verse respecto de los arios y de la condición primitiva de la humanidad pastoril y agrícola, ampliamente desarrolladas en su obra póstuma, *Prehistoria de los indoeuropeos* (trad. esp. del que esto escribe. Madrid, Suárez), uno de los libros más genia es y más hermosos, de corte más simpático y hasta agradable, que ha brotado de la pluma del autor de la *Teoría de la posesión* y del *Espiritu del Derecho romano*.—(N. DEL T.)

resulte inútil; debémosle cosa de tanta importancia, cuando se trata de decidir el valor de un aserto aislado de un autor, como el conocimiento de su personalidad, de su método y de sus tendencias: pasemos ahora a los textos de Paulo. No examinaré de cerca más que el primero de los dos. El segundo trata de la falta de *animus possessionem apiscendi* en la persona del colono, y la situación es la misma que en la del representante, a que el primero se refiere.

Ese texto se presenta como un miembro aislado de una construcción. Paulo trata en la L. 1, § 20, de la adquisición de la posesión por intermediarios, y distingue dos formas: la adquisición por un representante *indirecto*, en el cual este último adquiere la posesión (*si suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam auntaxat suam accommoarent*), y la adquisición por un representante *directo* (*si nostro nomine accipiunt*), en la cual el representado obtiene la posesión. Esta

en que, a pesar de la libertad exterior que le es concedida, el animal, sin embargo, sigue en la casa, vuelve a ella (*animus revertendi*). Con la dependencia intrínseca del animal, o del poder físico que ejerce sobre él el propietario, cesa también el jurídico — la propiedad. La tercera refiérese a los animales domésticos. En este caso no es solo el individuo, sino que a través de la historia, la especie resulta domada, el animal nace así: hállase jurídicamente entre las cosas muebles, cuya propiedad no cesa con la pérdida de la posesión. La cosa mueble *animada* no ejerce más resistencia contra el propietario que la cosa mueble *inanimada*.

Síguese de ahí, que la relación del animal en la segunda categoría se indica de una manera muy excelente con el *animus*, es decir, con la dependencia psicológica respecto del hombre. Y, sin embargo, no es esto exacto. Verdadero desde el punto de vista en filosofía del derecho, es falso para el jurista. Este no conoce el ANIMUS *revertendi*, sino la CONSUETUDO *revertendi*, única que puede ser objeto de la prueba, y he ahí por qué en la L. 5, § 5, cit., la concepción filosófica referida al estado del alma *interior* se completa por la dogmática práctica, encaminada hacia el hecho exterior de la vuelta. Si, a pesar de esto, la primera se toma por base de la *talis regula comprobata*, creo poder estimar eso como una prueba del aserto hecho: pasa con el *animus revertendi* lo que con el *animus possidentis*, de Paulo: la tendencia subjetivamente individualizante de la jurisprudencia posterior ha puesto en el lugar del elemento *práctico*, único decisivo, el elemento interno.

última forma no se conocía en el derecho romano antiguo, y un jurista de principios de la época imperial, *Javoleno*, declara imposible también la adquisición de la posesión por una persona que no se tiene bajo su potestad: I. 29, § 2, *h. t.*:

Neque enim REKUM NATURA recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

Es esto característico a la vez de él y de las ideas de su tiempo, así como de los compiladores de las *Pandectas*, que han acogido una opinión tan completamente caída en desuso.

Lo que el jurisconsulto *Javoleno* declara *imposible*, *Paulo* trataba de demostrarlo como necesario. El mismo *Paulo* es quien declara en otra parte (*Sent. Rec. V.*, 2, 2): *per procuratorem acquiri nobis possessionem posse UTILITATIS CAUSA receptum est*. Así, según él, unas veces puede obtenerse la regla por vía de deducción jurídica, y otras se caracteriza como una disposición positiva contraria a la *ratio juris*.

Más hubiera valido que *Paulo* se abstuviera de intentar esta deducción. No le ha resultado mejor que la relativa a la exclusión de la prescripción en las servidumbres prediales y de la que más arriba hemos hablado. Tampoco aquí se ha preocupado con la circunstancia de que el derecho anterior ha dispuesto precisamente lo contrario de lo que él deduce como necesario. Si el representante no debe tener la posesión porque le falta el *animus possidentis*, ¿cómo la alcanzaba en la época anterior? ¿Tenía entonces quizá el *animus possidentis*, perdiéndolo después? Y si no lo tenía entonces tampoco, y, a pesar de todo, se le concedía la posesión, ¿no es esto una prueba de que el *animus* nada tiene que ver con ella? Pero admitamos que la jurisprudencia antigua no tuviera una idea exacta del *animus*, y que la época nueva haya llegado a reconocerlo de un modo exacto, siendo éste el motivo de negárselo al representante: ¿qué tiene eso que ver con la regla que *Paulo* quiere deducir, a saber, que el representado adquiere la posesión por el representante?

El que realiza la tradición dice no posee: *quoniam cesserit possessionem*; el representante no posee tampoco: *quia non habeat animum possidentis*; luego... ¡el representado debe tener la posesión! En virtud de que uno pierde la posesión y que no un tercero no la obtiene, resulta que esta posesión la adquiero yo. Un esclavo roba una cosa; la posesión del robado se extingue, el esclavo no la adquiere: ¿la adquiere por eso el amo? No, según la L. 24. *h. t.* Paulo pierde de vista la posibilidad de una tercera hipótesis: que la cosa resulte no poseída por nadie. A título de ejemplo, citaré la tradición a un loco. Según la L. 18, § 1, *h. t.*, la posesión del que entrega se pierde, el loco no la adquiere, la cosa no está así en posesión de nadie.

El argumento de que Paulo se sirve en la L. 1, § 20, citada, es el mismo que aquél mediante el cual trató de probar en la L. 1, § 4, *h. t.*; que la mujer debe adquirir la posesión de la cosa que le ha sido donada por su marido.

Dice aquí:

¿Nam quid adinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

Y allí dice:

Alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.

La misma deducción hubiera podido servirle para probar que el amo debía obtener la posesión de la cosa robada por el esclavo.

Lo menos que puede pelirse a una deducción lógica es que sea consecuente consigo misma. La de Paulo es falsa, aun en este respecto; no tiene, en verdad, conclusión intrínseca.

No ha probado que el representado debe obtener la posesión, ni que la prescripción de las servidumbres prediales es

imposible; la tentativa de probar que lo que existe es necesario se ha frustrado por entero en ambos casos en virtud de la misma bancarrota de la lógica.

El *animus possidentis* no resulta, sin embargo, con lo expuesto refutado. Aun cuando la legación hecha por Paulo de la falta de este *animus* en la persona del representante, no basta para justificar la posesión de la adquisición por el representado, puede, no obstante, este último aserto ser exacto. Un argumento no pierde por completo su verdad por haber sido empleado falsamente.

¿Por qué niega Paulo el *animus possidentis* al representante? Lo que puede haberle movido a ello es, a mi ver, que el derecho de su tiempo aprecia dos formas para procurarse la posesión por un intermediario: la forma antigua de la representación indirecta y la forma moderna de la representación directa. Ahora bien: supongamos esta diferencia de *resultado* concebida como objeto de la *intención* de las partes, el *animus subjetivo* armonizado con el derecho *objetivo*, y obtendremos en la persona del uno el *animus possidentis*, y en la persona del otro la falta del referido *animus*.

La deducción sería incuestionable si fuese cierto que la decisión del representante para cualquiera de las formas, dependía del conocimiento y de la voluntad de las consecuencias atribuidas a la *relación posesoria*. Pero ahí está precisamente el error: la confusión de nuestro *a* con *c*. Aun cuando el intermediario no llegue a tener la menor idea de la existencia de esas dos formas ni de sus efectos obligatorios y reales diferentes, aquella de las dos, cuyas condiciones legales deben, según las circunstancias, admitirse como existentes, no por eso dejará de realizarse. La intención del intermediario limitase exclusivamente, a realizar por el mandante un acto determinado, circunscribiéndose a eso su voluntad. Ignora si ha asumido una obligación o adquirido un derecho, si ha adquirido la posesión o la tenencia, si puede obrar o si se puede obrar en contra suya. Las consecuencias vienen sobre él, como tantas veces ocurre en derecho, no a causa de su voluntad, sino de la disposición legal

que refiere a tal aspecto de la representación la responsabilidad y el derecho que le son propios, y a tal otro la exclusión completa de todas las diversas consecuencias jurídicas.

Más tarde (XVI) tendré ocasión de explicar las condiciones legales decisivas en esta materia; bástame consignar aquí el principio jurídico de que la realización de las consecuencias que la ley atribuye a una y a otra forma de la representación, son tan independientes del saber y querer del representante, como la realización de las consecuencias jurídicas de la adición de la herencia o de la conclusión de un contrato de venta, lo es del saber y del querer del heredero o del vendedor, según los casos.

Aplicando lo que precede a la adquisición de la posesión por representante, es preciso advertir que el conocimiento y la voluntad del intermediario con respecto a la posesión posesoria que se atribuye a su acto de aprehensión, son perfectamente indiferentes aun en los casos en que quiera adquirir para sí. El representante indirecto adquiere la posesión para sí, aun cuando crea que el representado se convierte por él inmediatamente en poseedor y en propietario. El derecho objetivo es completamente independiente de la creencia de las partes. Niega la posesión a quien creía adquirirla para sí; en cambio, la concede a quien creía adquirirla para otro. Y hace bien, como veremos en el capítulo XVI al examinar la relación de representación.

Dos palabras no más para caracterizar la falta que Paulo ha cometido al motivar la tenencia del representante directo por la ausencia del *animus possidentis*. Confundía los factores *a* y *c*. El intermediario no quiere sino *obrar para otro*; no necesita decidir en cuál de las dos formas posibles de la representación se verificará este *acto*, y no sabe de seguro si adquiere la posesión o la tenencia. Paulo ha hecho de esta voluntad indeterminada de representar, perfectamente suficiente en derecho, una voluntad de adquirir, ya la posesión, ya la tenencia. Si hubiera estado en lo firme al especializar así la voluntad de representar en materia posesoria, la regla de derecho resultante, sería una de las reglas más detestables que pueden concebirse. ¿Cuál es, en efecto, fue-

ra de los juristas, el hombre que sabe distinguir entre posesión y tenencia? Ahora bien: este hombre, extraño al derecho, sería el llamado a decidir si perseguía una u otra, si ha tenido el *animus possidentis* o no. Trátase, sin duda, de una de las ideas más falsas en que se ha obstinado ese doctrinario empedernido, el más empedernido de todos los juristas romanos.

El representante directo, según Paulo, no tiene la intención de poseer para sí. ¿Qué pensar entonces, del representante indirecto? ¿Tiene la intención de poseer para sí? En rigor, no, dice Paulo en la L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3); pero... a pesar de eso: *diutina possessione capis, quambis possis videri NON PRO TUO POSSIDERE, cum nihil intersit cum mandati iudicio tenearis*. Según esto, el hombre no tiene la intención de *pro suo possidere*, y sin embargo, posee y usucapia. Un jurista con menos prejuicios que Paulo hubiera comprendido con esto lo que vale el *animus*; pero a Paulo la cosa no le preocupa absolutamente nada.

Creo que con lo expuesto hay bastante para demostrar cuán insostenible es la concepción del *animus possidentis*, de Paulo. En este caso Paulo ha persistido siendo el hombre que ya conocíamos: un doctrinario de buena cepa, que sustenta sus ideas fijas hasta el último extremo y a toda costa. Y tal es el hombre a quien la doctrina moderna, discípula de la jurisprudencia malsana por él inaugurada, ha seguido fielmente, sin previo examen y sin tener en cuenta para nada el derecho positivo.

Veamos ahora lo que dicha doctrina moderna ha hecho de su *animus possidentis*.