

Historia ulterior de la noción de tenencia

Propiedad, posesión, tenencia y *jus in re*: tales son las formas fundamentales del derecho de las cosas en Roma. Se las puede seguir hasta en los tiempos más remotos, y se han conservado hasta la época más moderna. El rasgo más saliente y distintivo de su carácter, es que se aplican de un modo uniforme a las cosas muebles y a las inmuebles; la distinción del derecho inmobiliario y del derecho mobiliario, que lleva el sello particular del derecho germánico, es desconocida en el derecho romano.

El aspecto que revisten estas cuatro formas fundamentales en la época de su aparición en la historia y en el derecho de Justiniano no es el mismo; ha sido objeto de un desenvolvimiento considerable. En cuanto a tres de ellas: la propiedad, la posesión y el *jus in re*, se *amplió* extensa o intensivamente la idea que les sirve de base, mientras que, en cuanto a la tenencia, dicha idea se restringió extensiva e intensivamente a la vez.

La idea fundamental de la propiedad romana es la protección absoluta contra los terceros: *la rei vindicatio*. En la época primitiva se halla restringida a la granja romana, con los esclavos y el ganado necesario para su explotación; es decir, según hemos visto, a las *res Mancipi*; pero bien pronto se extendió a las *res nec Mancipi*, y el derecho nuevo no vaciló un momento siquiera en separar la *rei vindicatio* de la propiedad (*rei vindicatio utilis*).

La idea fundamental de la posesión es facilitar la protección

de la propiedad. Bajo ciertas condiciones obtiene el propietario probando la simple exterioridad de la propiedad, el mismo resultado que si probara su existencia jurídica (1). La *bonae fidei possessio* (*actio Publiciana*) sirve para el mismo fin de facilitar la protección de la propiedad. A la prueba de que ha nacido la propiedad sustituye la de un *hecho externo* del cual hubiera podido nacer.

(1) Sobre la objeción de que el no propietario se aprovecha igualmente de esta protección, véase mi obra acerca del *Fundamento de la protección posesoria*. Es la condición indispensable para poder concederla al propietario, y los casos en que se hallan excepcionalmente separadas la propiedad y la posesión, no deben tomarse en cuenta entre la mayoría infinitamente grande de los casos en que están reunidas. Acerca de la importancia legislativa de estos elementos de hecho, véanse las páginas 153 y siguientes. La objeción de que aun la prueba líquida de la no propiedad del poseedor se rechaza respecto de la acción posesoria (véase, por ejemplo, Dernburg, *Pandekten*, 1, § 170), se refuta bajo el aspecto *histórico*, es decir, desde el punto de vista del procedimiento antiguo, por el principio de la cuestión *única* que regía todas las instancias judiciales (véase más adelante); el demandado no podía invocar una obligación en un proceso sobre la propiedad, ni invocar la propiedad en un proceso sobre la posesión. Desde el punto de vista *legislativo* se refuta, diciendo que es fácil hablar del aspecto líquido de la no propiedad del demandado; pero que, como tantas otras imágenes abstractas, esta idea carece de realidad práctica; la propiedad o la no propiedad de la una o de la otra parte no es *nunca* líquida allí donde no hay registros territoriales.

La objeción de que la protección posesoria puede volverse *contra* el propietario, es exacta; pero la conclusión que de ella se ha sacado, según la que, por consiguiente, no ha podido ser introducida *para* él, es tan falsa como si del hecho de que un propietario no puede abrir la puerta de su casa, porque no tiene la llave, se quisiera inducir que no había mandado hacer la llave para él. El propietario que encuentra cerrada la puerta de la posesión entra por la de la propiedad, pero al ladrón que ha penetrado por la primera se le expulsa por la segunda. La contradicción que ha hallado mi teoría sobre el fundamento de la protección posesoria tiene su causa última en la hipótesis de que el derecho protege la posesión a causa de la *voluntad*. Es la misma aplicación errónea de la idea de voluntad en derecho que ha influido de una manera tan nefasta sobre tantas otras teorías. En realidad, la voluntad no forma el *princi-*

La idea fundamental del *jus in re* es la protección absoluta de aquel a cuyo servicio ha puesto la cosa el propietario para ciertos fines. La forma originaria bajo la cual era exclusivamente conocido el *jus in re* de la época primitiva, y a la cual continuó restringida más tarde la expresión *servir*, absolutamente exacta para aquella época, era la servidumbre predial, y aun solamente la servidumbre rural, única que ofrecía interés para los labradores. El desenvolvimiento de la vida urbana le añadió en seguida la servidumbre urbana; el progreso de la agricultura le unió, además, una masa de servidumbres rurales desconocidas antes. A la servidumbre predial se unió la servidumbre personal, y a las servidumbres se añadieron, como nuevas formas del *jus in re*, la superficie, la enfitéusis y el derecho de prenda.

La idea fundamental de la tenencia en la época primitiva era la carencia de derecho del tenedor respecto del *dominus possessionis*. Indicada en la casa romana por la dependencia jurídica de los hijos y de los esclavos respecto del padre de familia, la tenencia les sirvió a los romanos para organizar la relación del propietario con sus arrendatarios y sus inquilinos, de tal manera, que se ponía al proletario en manos del rico.

La aplicación de la noción de tenencia a las cosas muebles no tenía gran importancia práctica, a excepción de la adquisición, como hemos visto, de la posesión por representante: en todo caso, quedaba completamente en segundo término respecto del alquiler.

pio, sino sólo una *condición* de la posesión. Dernburg (lugar citado) se ha emancipado con razón de este falso subjetivismo de la voluntad; da a la posesión una base objetiva, caracterizándola como el orden social aparente. A esto conduce igualmente mi teoría; pero añade el motivo justificativo por el cual protege el derecho este orden aparente o «el reparto establecido de los bienes reales». Por esto regularmente concuerda en su reparto jurídico, y esto es lo que yo he tenido en cuenta para decir que la protección posesoria ha sido introducida en interés de la propiedad.

Esta extensión de la noción de tenencia, que, hecha abstracción de las excepciones indicadas, debe haber hallado su conclusión en una época relativamente remota, fué seguida más tarde de un movimiento de *retroceso*. Comienza ya en el terreno romano, y prosigue en la Edad Media y en la época actual.

Tal es lo que entiendo por historia ulterior de la tenencia romana.

El interés que dicha historia presenta no consiste en el simple hecho de los cambios que aquí se han realizado, sino en la conclusión que podemos sacar de ellos. Esta conclusión es que la idea de carencia del derecho del tenedor, que en la época primitiva sólo se tenía en cuenta en la tenencia, se convirtió, en la época siguiente, en objeto de repulsión, y no concordaba con su sentimiento del derecho ni con sus intereses económicos. El destino ulterior de la noción de la tenencia nos hace conocer el fallo de la historia: vamos ahora a aprender a conocer la crítica real que la historia ha hecho de la noción de la tenencia.

I. HISTORIA ULTERIOR DE LA NOCIÓN DE TENENCIA EN ROMA

La historia de la tenencia en Roma sigue dos direcciones: una se caracteriza por la restricción *extensiva* de la noción de tenencia, es decir, por el estrechamiento de su campo de aplicación; y otra, por su restricción *intensiva*, es decir, por la atenuación de la idea de ausencia de todo derecho para el tenedor.

Reducción del campo de aplicación de la tenencia.

Vemos ciertos casos de tenencia destacarse, para encontrar la protección del derecho, bajo la forma de posesión real o de *juris possessio*. Ya hemos encontrado este hecho. El arrendatario de un *ager vectigalis* y el enfiteuta obtienen la posesión real; el usufructuario y el usurario tienen la *juris possessio*; el superficiario obtiene la una o la otra, según las circunstancias.

La protección jurídica aparece en otros dos casos todavía, sin que los juristas romanos invoquen siquiera la *juris possessio*. Así el arrendatario del *locus publicus* se ve protegido por el interdicto de *loco publico*, y el *immissus in possessionem* por el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*. Estos interdictos conferían, los dos, una *plena* protección; reunían en sí las tres funciones de los interdictos posesorios: *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis*. En todos estos casos, a excepción del de las servidumbres personales, la elevación de la tenencia a la categoría de posesión (*possessio rei* o *juris*) se refiere históricamente a la participación tomada por el poder público en el establecimiento de la relación.

La superficie se reputa afectá al suelo público en virtud de una convención jurídica con la ciudad. Lo mismo pasaba con el *ager vectigalis* y el *locus publicus*. La *immissio* se concedía por el pretor; así, pues, igualmente, por el Poder público.

Por todas partes aquí, tras la persona privada, se hallaba la autoridad pública, a quien se infería un ultraje atacando la relación posesoria por ella establecida.

En las locaciones públicas se añadía también el interés administrativo y económico que hemos señalado más arriba. Para las servidumbres personales la protección posesoria resultaba como una consecuencia necesaria de la protección petitoria.

En la mayor parte de estos casos los juristas romanos no admitieron más que la simple tenencia por parte del que tiene de hecho la cosa entre las manos, y esto a fin de asegurar la protección posesoria al propietario. Pero ésta es completamente indiferente para la única cuestión que aquí me preocupa, a saber, para la protección del derecho concedido o rehusado al tenedor.

En la *práctica* se abandona, en tales casos, la noción de tenencia. El tenedor está protegido, lo mismo contra el titular de la posesión, que contra los terceros. En este sentido, pues, se puede decir que *todos estos casos salen del dominio de la tenencia*.

Debilitación intrínseca de la noción de tenencia.

Cuando establecían la noción de la *juris possessio* para las servidumbres personales, se les presentaba a los romanos la mejor ocasión de desprenderse completamente de la noción de tenencia en el sentido antiguo, es decir, el principio de la falta de derecho del tenedor, y conceder a este último la protección jurídica bajo el nombre de *juris possessio*.

No han llegado a hacerlo; pero ha habido, sin embargo, un progreso considerable.

Ya en otra obra (1) he consignado el aserto frecuentemente reproducido de que los arrendatarios y los inquilinos no pueden participar de la protección jurídica más que por mediación del propietario, y he enumerado los medios de derecho que el derecho romano pone inmediatamente a su disposición. Son la *actio injuriarum* y el interdicto *quod vi aut clam*. Este último, por más que los romanos no lo contaron en el número de los interdictos posesorios, porque no suponía la posesión, sino sólo un interés (L. II, § 14, *quod vi*, 43-24), ejerce en realidad la función de un medio posesorio; protege contra todos los atentados al estado de posesión, que pueden ser considerados como *opus in solo factum*, y pertenece también al arrendatario (L. 12, ídem). Estas personas tenían, entiéndase bien, el derecho de sostener por la fuerza su relación posesoria, siempre que no fuese contra el propietario. La circunstancia de hallarse contractualmente obligado a dejarle la cosa, no infería ningún perjuicio a su poder como poseedor. Como tal podía expulsarlos a su grado; si resistían, tenía el interdicto *uti possidetis* o *unde vi*, sin que pudieran prevalerse de sus derechos contractuales. Se hallaba esto conforme con el método analítico del procedimiento antiguo, según el cual no se comprendía al demandado

(1) V. mi disertación sobre *den Rechtsschutz gegen frivole Rechtsverletzungen* en mi *Jahrbücheru*, vol. 3, págs. 308-335.

en las excepciones que no contenían una denegación directa de la demanda (1); se hallaba reducido, para sus demandas reconventionales, a la vía de la acción directa.

El procedimiento nuevo se ha separado de este método. Permite la producción de las pretensiones independientes del demandado; permite, por ejemplo, en la *reivindicatio*, la excepción indicada en nota y la demanda de restitución de las impensas. En la acción personal admite la excepción de compensación. Así se ha permitido igualmente entonces al demandado en acción posesoria invocar el derecho de obligaciones (véase más abajo): la propiedad, el crédito, la posesión, se detienen ante su derecho.

Entre estas innovaciones, la más importante es la relativa a la posesión; en virtud de ella se ha modificado fundamentalmente la relación entre la posesión y la tenencia. La tenencia no es, como en la época antigua, una relación enteramente privada de derecho; se halla jurídicamente protegida cuando reúne las condiciones de que depende esta protección. En todos estos casos el progreso se presenta bajo las apariencias *exteriores* de una reforma de procedimiento, lo que podría hacer creer que ha sido fruto de una concepción más libre del mecanismo procesal. Pero esta oposición no resiste a la crítica; el cambio que se opera en el procedimiento no es más que el reflejo y la obra del que se ha cumplido en el sentimiento jurídico nacional. Se consideraba contrario a la equidad que, como en la época antigua, el propietario pudiese reivindicar contra el comprador la cosa vendida y entregada, pero no mancipada; que el acreedor pudiera exigir del deudor, al cual también él debía, el importe entero de su crédito; que el arrendador pudiera ex-

(1) V. *Espíritu del Derecho romano*, IV, §§ 50-52. Porque en la posesión el demandado no era oído en cuanto a la excepción de su propio derecho de propiedad, lo mismo que en el pretorio no podía prevalerse de los derechos contractuales nacidos de una venta (la *exceptio rei venditae et traditae*, del derecho pretorio), y en las acciones personales no podía oponer la compensación *utraque actio it sua via*, como dice Séneca, *de benef.*, VI, 6, hablando de la reconvección.

pulsar al arrendatario sin motivo; y se concedía como consecuencia una excepción al demandado.

Aquí, como en todo lo demás, la excepción no es más que la forma bajo la cual el sentimiento jurídico nuevo se hace valer contra el derecho inflexible de la antigüedad: *ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit*. (L. 1, § 1, *de exc. doli*, 44-4). Las formas del procedimiento no son más que los medios de alcanzar los fines reales perseguidos por la ley o de satisfacer las exigencias formuladas por el sentimiento jurídico; cuando el sentimiento jurídico ilustrado de la época nueva se formalizó en cuanto a la carencia de derecho del arrendatario y el inquilino, se había hallado ya la forma necesaria para responder a esta evolución del sentimiento jurídico, lo mismo en cuanto a la posesión que en cuanto a la propiedad y la obligación.

El primer jurista que depone acerca de este hecho y le concede la atención que merece, es Marcelo, en la segunda mitad del siglo II. En la L. 12 *de vi* (43-16), trata del caso en que, habiendo vendido el arrendador el fundo arrendado y autorizado al comprador para tomar posesión de él, el arrendatario opone resistencia.

¿Hay aquí una *desposesión*? Marcelo parte del punto de vista de que *nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, au emtorem, cui jusserit dominus tradere possessionem, non admisisset*; pero añade esta restricción: *nisi propter justam et probabilem causam id fecisset*.

Tal es igualmente su decisión en la L. 20, *h. t.*, cuando el comodatario rehusa restituir la cosa al comprador. *Alias, dice, videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim, si alia quaequam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret?*

Así es completamente indiferente para la decisión, que venga el mismo propietario o que se presente otro en su nombre; que el tenedor tenga la cosa en virtud de un contrato oneroso,

el arrendamiento, o en virtud de un contrato gratuito, el comodato; se trata únicamente del motivo de su negativa. Esta negativa es fundada; la resistencia de hecho que opone se halla plenamente justificada; no hay, pues, aquí *desposesión*.

Marcelo no expresa esta opinión como una idea nueva y propia suya; no se sirve de las fórmulas usadas en tales casos: *posse defendi, dici, probabilis esse*, etc. Podemos concluir de aquí que la evolución en la concepción de la relación que existe entre el tenedor y el titular de la posesión, de que sus palabras son testimonio, estaba ya comprendida en su época y no era objeto de duda alguna.

Existe una contradicción aparente entre esta decisión de Marcelo y la de Papiniano en la L. 18, *de vi* (43-16). El arrendatario no ha dado acceso al comprador. Este jurista ve aquí, *sin reservas*, una desposesión violenta del arrendador sin dejar lugar a la posibilidad de una negativa legítima del arrendatario:

Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit.

Esta decisión es en extremo sorprendente, tanto desde el punto de vista del desenvolvimiento de la jurisprudencia romana, como desde el de la compilación de Justiniano. Es difícil creer que la jurisprudencia nueva haya abolido un progreso ya conquistado en la época de Marcelo; y de abolirle, ¿cómo hubieran podido los compiladores, después de haber expuesto una regla en la L. 12, retirarla algunas líneas más abajo, en la L. 18?

La explicación se encuentra quizá en la circunstancia de la *vacua possessio*, que Papiniano señala expresamente al principio del texto

...jussit emtorem in VACUAM POSSESSIONEM ire,

mientras que Marcelo no menciona esta circunstancia en los dos textos citados:

L. 12, cit.: *cum is in possessionem missus esset.*

L. 20, cit.: *rem emtori tradi jusserit.*

Papiniano suponía el caso en que, habiendo expirado el arriendo, el arrendatario que había dejado ya el fundo (1), oponía resistencia al comprador. Marcelo suponía el caso en que el arriendo no había expirado todavía, o en que se trataba de expulsar al arrendatario antes del vencimiento.

Bajo otra relación causa sorpresa el texto de Papiniano. Después que el arrendatario se niega a reconocer al comprador, el arrendador da a éste orden de expulsar por la fuerza al arrendatario, y el jurista declara *ilícito* este mandato; si el arrendatario intenta contra él el interdicto *unde vi*, el comprador no puede privarse de esta orden: *dixi (emptori) non esse juvandum, qui mandatum illicitum percepterit.*

¡Cosa extraña! Si en la negativa del arrendatario a dar acceso al comprador hay una *vis* contra el propietario, como el mismo Papiniano la reconocía, y si el propietario saca de ella el derecho de mantener su posesión por la fuerza, la expulsión del arrendatario ejecutada por él es una *res licita* y, por consiguiente, la autorización dada al comprador de ejecutarla en su lugar es un *mandatum licitum*. Si este último es, por el contrario, *illicitum*, la expulsión ejecutada por el mismo propietario debe ser igualmente una *res illicita*.

Confieso francamente que encuentro incomprensible la decisión de Papiniano. En todo caso, es un signo del tiempo un jurista antiguo no hubiera visto nada de ilícito en semejante mandato, y esto muestra cuánto habían cambiado las ideas de la época respecto del desahucio de los arrendatarios.

Marcelo no nos suministra ningún informe sobre la *justa et probabilis, justa et rationabilis causa* (2). ¿A qué pretensiones del arrendatario alude?

(1) Vat. fragm. § 249 (5): ... *Vel abscessu sui, si domus vel fundus aut quis ejusdem generis erit, SEDEM NOVO DOMINO PATEFECERIT.* No hay *vacua possessio* en tanto que ocupe alguien el fundo, aunque sea como simple tenedor. L. 2, § 1, de act. empti (19-1): *vacua possessio tradita non intelligitur si alius in ea legatorum fideiocommissorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideant.*

(2) Según Windscheid (*Lehrbuch*. II, § 400, 7), que, al mismo tiempo, nos da la bibliografía de la cuestión, es preciso pensar en el caso en que

Ante todo, hay que pensar en su pretensión de conservar la cosa durante el tiempo fijado por la convención, y quizá también en el reembolso de las impensas necesarias que incumbe al propietario, y el derecho del arrendatario y del locatario de ejercer el *jus tollendi* (1).

Ante tales motivos, la resistencia que el tenedor opone al dueño de la posesión no contiene un atentado a su derecho de posesión: *non videbitur possessione dominum intervertisse* (L. 20, cit.). Merced a esta consideración, el motivo que lleva a la posesión a ceder ante la obligación, se transporta a la posesión misma; está descartado el conflicto. Es la misma situación que cuando el demandado responde a la acción del contrato, que éste ha versado sobre su propia cosa (2).

La demanda es rechazada *ipso jure*, porque no se han reuni-

el locatario «no quiere retener la cosa en virtud de su derecho de locatario sino como cosa propia». Si ésta es una *justa et probabilis causa*, existe en todas partes; el locatario no tiene necesidad de declarar que tal es su voluntad y habrá una *justa causa* de su resistencia. No veo cómo puede conciliarse esta proposición de Windscheid con la que sigue inmediatamente: «Los textos sólo quieren decir que la *retención del contrato de arrendamiento* no hay posesión». Cuando Windscheid añade: «cuando resulta de la propia declaración del arrendador, en la acción, una obligación para él de dejar la cosa al locatario, no se puede negar a este último que haga valer esta obligación, por vía de excepción, aun contra la acción posesoria»; no puedo menos de pensar que lo mismo pasa siempre.

Para obrar contra el que se encuentra, de hecho, en posesión de la cosa, el acto debe probar que el demandado posee *a pesar suyo*, es decir, como *injustus possessor*, *vi, clam, precario*, o *por sí*, es decir, como tenedor en su nombre. En este último caso debe invocar para éste la *causa detentionis*, es decir, el contrato de arrendamiento, si se trata de un locatario. Pues bien; por esto mismo confiesa la existencia de una obligación de su parte, y ésta, según los principios generales, debe reputarse que dura tanto en cuanto no se ha probado la extinción; en otros términos, para obtener éxito en su acción posesoria, debe probar que ha expirado el arrendamiento y que ha venido para él el tiempo de pedir la restitución de la cosa.

(1) L. 19, § 4; L. 55, § 1; *Loc.* (19-21).

(2) L. 45, pr., *de R. J.* (10-17).

do sus condiciones legales; la resistencia del tenedor no constituye una *vis*, y ésta excluye a la vez el interdicto *unde vi* y el *uti possidetis*, que suponen ambos la *vis* por parte del demandado.

Es decir, para hablar el lenguaje del fondo del derecho, que el derecho de expulsión perteneciente al propietario no es limitado como en la época antigua, sino que se halla encerrado dentro de ciertos límites.

No fué seguramente la jurisprudencia la primera que puso un límite al ejercicio arbitrario del derecho de desahucio de parte del titular de la posesión. Vemos en la L. 54, § 1, *Loc.* (19-2), que los arrendatarios se aseguraban contra esta eventualidad por medio de una pena convencional, y la jurisprudencia no hallaba ningún inconveniente en considerar como válida esta convención; si hubiese advertido un desacuerdo con la idea de la posesión, no hubiera debido declararla nula, lo mismo que en otros casos análogos: por ejemplo, la exclusión contractual de la libertad de testar, del derecho de vender del acreedor con prenda, o las convenciones sobre la dote, que estaban en contradicción con el destino de ésta o con la esencia del matrimonio? No vió en ello ningún obstáculo; lo que prueba cuánto habían cambiado las ideas sobre la posesión jurídica del titular de la posesión frente al tenedor.

Cuando Paulo, cuyo es ese texto, declara ineficaz la pena convencional en el caso en que el arrendatario se retrase en el pago de la renta (1), o descuida el fundo, no atiende más que a la intención presunta de las partes (*verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora prae finita, si pensionibus paruerit et, ut oportet, coleret*). Lo que reconocía aquí, para el caso en que el arrendatario se hubiese asegurado por medio de una pena convencional, debe, con mayor razón, admitirse

(1) Los dos años de que se trata en el texto forman parte de las circunstancias de la especie concreta, no forman una condición del derecho de desahucio, como se ha creído equivocadamente. Paulo basa únicamente su decisión sobre que *si pensionibus paruerit*, sin hablar de los dos años.

en el caso en que lo ha hecho, es decir, en caso de descuido en el cultivo del fundo o de falta de pago de la renta.

El desahucio del arrendatario no podría ser objeto de duda, aun desde el punto de vista del derecho nuevo.

Puede preguntarse, cómo conciliar ciertas constituciones del título *Locati* (4-65), en el Código, con las decisiones comentadas arriba de los juristas romanos: me refiero a las L. 3, 32, 34, *Locati* (4-65). Los dos últimos textos parecen indicar que Zenón ha querido prohibir por ellos de una manera absoluta, al arrendatario y al locatario, toda resistencia contra la orden de evacuación emanada del arrendador; pero ninguno de ellos habla en nuestro caso de desahucio *durante* el término del arrendamiento, sino sólo de la conducta ilegal del arrendatario *después* de la expiración del arriendo. En la L. 32 intenta una acción contra el nuevo arrendatario que ha tomado el fundo después que él: *quasi rem illicitam aut agenti damnosam temptaverit*. Se trata, pues, por su parte, no de una resistencia contra el derecho de desahucio del propietario, sino de la discusión de su derecho de arrendar su fundo según le parezca, dirigida contra el nuevo arrendatario. Así resulta perentoriamente de las frases siguientes:

Qui post eum cum domini voluntate ad eandem CONDUCTIONEM ACCESSIT.

Es decir, se ha presentado un nuevo arrendatario, al cual ha traspasado el fundo el propietario.

Patere FACULTATEM dominis domos suos... cui voluerint LOCANDI.

Es decir, se trata simplemente del derecho del propietario de arrendar el fundo a quien quiera.

Nisi forte pacta per scripturam specialiter imita... agentis intentionibus suffragantur.

Es decir, si el arrendatario no se ha reservado, en documento, la renovación de su arriendo al expirar el término corriente.

Según la L. 34, cit., se podría creer que todo arrendatario que rehusa restituir el fundo y obliga al arrendador a recurrir

a los Tribunales, comete una injusticia, por lo cual; *ad similitudinem invasoris alienae possessionis non solum rem locatam, sed etiam aestimationem ejus victrici parti praeberere compellatur.*

En realidad, no se trata más que del caso en que, después de extinguido el arrendamiento, el arrendatario se permita retener la cosa hasta la *sentencia definitiva (litem usque ad definitivam sententiam)*.

El punto es importante. Si el arrendatario tiene pretensiones reconventionales, por las impensas necesarias que incumben al actor, nada se opone, en el procedimiento de la *actio locati*, a que haga valer estas pretensiones. El juez, lo mismo que puede hacerlo en todas las acciones que tiendan a *restituere*, impone al demandante el reembolso de estas impensas por medio de una sentencia incidental (*arbitrium*). Si se ejecuta, depende del demandado sustraerse a una *condena* en la sentencia definitiva; restituye, y el juez le absuelve de la acción; si no la ejercita el actor, se le priva de su acción. No se llega a una condena en la sentencia definitiva más que cuando el actor se niega hasta el último momento, *sin fundamento*, a restituir, y entonces sufre con razón la pena con que se le ha conminado, mientras que no hubiera podido justificarse ésta si hubiera tenido motivos legítimos para rehusar.

De esta manera el texto está en armonía con la decisión de Marcelo (I), y en este sentido lo comprendieron igualmente los autores de las Basílicas (XX, I, 94), los cuales corrigieron la inexactitud del texto añadiendo: *post expleta tempora locationis.*

La L. 3, Cod. id., contiene un rescripto de Antonino Pío, en el cual dice a un locatario de una casa, a su instancia, que no puede ser lanzado contra su voluntad. No se le permite al arrendador expulsarle más que por tres causas: *nisi propriis usus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum*

(1) En apoyo de este razonamiento, véase la L. 10, Cod. (8-4) del mismo Zenón, en la cual no se prohíbe la resistencia al arrendatario más que en el caso *cum nulla sibi met cognita legibus allegatio competeret.*

maluerit aut tu male in re locata versatus es; a las cuales añade este cuarto motivo, expresado en forma de condición: *Si pensionem domino insulae solvis*. Como guarda silencio acerca de la causa que pudiera esperarse ver en primer lugar, la expiración del término del arrendamiento, resulta que el Emperador sólo tenía en cuenta la cuestión de la disolución del arriendo *durante* el término del contrato.

Para la inteligencia del texto, es de gran importancia representarse claramente el doble sentido que pueda tener. Puede significar: el arrendador puede, en los casos citados, disolver el arrendamiento antes del término sin exponerse a las reclamaciones contractuales del locatario, o bien puede hacerlo, pero bajo reserva de entenderse con el locatario.

Antonino Pío quiere *mejorar*, no *empeorar*, la posición del locatario. En este sentido comprendieron su disposición los autores de las *Basílicas* (XX, I, 65), que la hacen preceder de la nota; *pulchrum jus constitutio continet*; y ven, por consiguiente, en ella una innovación preciosa del derecho anterior.

Pues bien: sabemos que, según el derecho anterior, el locatario tenía igualmente derecho a una indemnización en caso de desahucio. Este derecho se halla formalmente reconocido en las *Pandectas* por un jurista del comienzo del Imperio, Alfeno, precisamente en uno de los casos mencionados por Antonino Pío (I). Aun en el caso en que el arrendamiento se rescinda por culpa del locatario (falta de pago de la renta y deterioro), y en que, por consecuencia, se halla excluida toda acción de daños y perjuicios por la aplicación del principio: *quod quis ex culpa sua damnum sentit damnum sentire non videtur* (L. 203, de R. J., 50-17), es preciso concederle todavía un derecho a la restitución de sus impensas.

El texto deja; pues, enteramente a un lado la cuestión de las consecuencias contractuales del desahucio; se refiere exclu-

(1) L. 30, pr., *Loc.* (19-2), que distingue dos casos respecto de la regla que se ha de aplicar para medir la indemnización: *si vitiatum oedificium NECESSARIO (dominus) demolitus esset*, o bien: *si NON fuisset necesse demoliri, sed quia MELIUS oedificare vellet, id fecisset*.

sivamente al derecho de desahucio del arrendador, y lo subordinó a restricciones a las cuales no estaba sometida anteriormente, o que, aun admitidas ya en la práctica, quizá no habían recibido todavía la sanción de la ley.

No dice el texto lo que se ha de decidir cuando el arrendador no respeta las restricciones de la ley. Seguramente entonces el locatario podía resistir de hecho; la decisión *invitum te expelli non oportet* le daba derecho a ello, y no hay en su resistencia ninguna perturbación de la posesión que dé al arrendador el derecho de intentar el interdicto *uti possidetis*.

Por el contrario, cabe aplicar ahí el punto de vista que hace valer Marcelo respecto de la resistencia del arrendatario que tiene una *justa et probabilis causa: dominum possessione intervertisse non videtur*. Pero ¿qué auxilio se le presta al arrendatario si el arrendador le expulsa lo mismo? Si no hubiera aquí ningún auxilio judicial, no se hubiera conseguido el fin que el Emperador se propuso alcanzar; toda la disposición, el pretendido *jus pulchrum* de los bizantinos, hubiera sido una raya en el agua. Hubiera continuado en vigor el derecho antiguo; hubiera quedado el locatario reducido a intentar la *actio locatis* por daños y perjuicios. La protección que el Emperador le reservó, no puede evidentemente consistir más que en la obligación impuesta por el juez al arrendador de devolver la cosa al locatario, pues esto significa, en la práctica, que la *actio conducti* ejerza la función de un medio posesorio, que restablezca de hecho la relación de tenencia anterior.

Considerada bajo este aspecto la disposición de Antonino Pío, aparece como un nuevo paso en el camino abierto por Marcelo para asegurar el tenedor contra la arbitrariedad del titular de la posesión. Contiene una prueba más de la evolución que se había realizado en la época nueva respecto de la concepción de esta relación.

El Emperador avanza sobre el jurista. Este había hecho depender, sin distinción, el derecho de resistencia del arrendatario, de la existencia de una *justa et probabilis causa*, es decir, de la apreciación del juez. Esta indeterminación, que seguramente

ha debido producir reales inconvenientes en la práctica, en tal respecto, que podía suscitar la cuestión todos los días, fué corregida por el Emperador, por medio de la enumeración de cuatro causas bien determinadas que podían autorizar al arrendador para expulsar. Después hay la diferente actitud tomada de una parte y de otra, en principio, en esta cuestión. Marcelo, con la jurisprudencia anterior, se atuvo a la *legitimidad, en principio, del derecho de desahucio*, y sólo se elevó hasta la idea de que *excepcionalmente* puede no haberlo. Antonino Pío declara abolido, *en principio*, el derecho de desahucio (*invitum te expelli non oportet*) y no lo admite más que en casos completamente excepcionales. Así la relación entre la regla y la excepción es en uno y en otro enteramente opuesta; la excepción de Marcelo se ha convertido en regla; la regla, en excepción.

Entre las causas que cita Antonino Pío (1) no se encuentra la venta verificada por el propietario.

Cuando la opinión corriente admite el derecho de desahucio, aun para este caso, se pone en abierta contradicción con la L. 3, Cód. cit. El propietario, según ella, no puede en caso de venta expulsar al locatario; según Marcelo y Antonino, el locatario está en su derecho si resiste, y si, a pesar de todo, el propietario le expulsa, tiene, como hemos visto, la *actio conducti* para la restitución real de la cosa. El comprador que no se ha convertido en propietario por tradición, la cual no es posible más que con el consentimiento del locatario, no puede tampoco; si no obstante, lo hace, hay que aplicar la decisión de Papiniano en la L. 18, *de vi* (43-16: *emptori non esse juvandum, qui mandatam illicitum susceperit*). En el caso contrario, el propietario hubiera podido eludir simplemente la disposición de la L. 3, Cód. cit., encargando a otro de practicar el desahucio en vez de hacerlo por sí mismo.

(1) En esta exposición, puramente histórica, no puedo entrar en el examen teórico de estas causas, y principalmente de la necesidad que el arrendador podía experimentar personalmente de volver a tener la cosa. No examino tampoco hasta qué punto podía aún hacerse uso del punto de vista de Marcelino ante la L. 3, Cód.

Los textos en los cuales se apoya esta opinión o la regla, de que la venta rompe el arrendamiento, no contienen esta regla. Tres de entre ellos (1) conceden al legatario de la propiedad o del usufructo de la cosa arrendada el derecho de desahuciar al locatario. Pero precisamente en su persona no existe el obstáculo que excluye este derecho en la persona del mismo arrendador: la obligación contractual. Sin duda, en el primer texto, el derecho de expulsión del usufructuario se halla basado en la analogía de la venta: *ad exemplum venditionis... potest usufructuarius conductorem repellere*; y otros dos textos (2) reconocen que el locatario está enteramente entregado en manos del comprador; pero el punto decisivo, a saber, si el comprador había o no recibido la tradición, queda sin resolver.

Si se ha verificado la tradición, todo está en orden; el comprador se ha convertido en poseedor y propietario, y como se ha tomado sobre sí las obligaciones del vendedor, nada se opone a su derecho de desahucio. A este caso hay que restringir, en mi opinión, las decisiones de estos textos, los cuales, por *venditio* entienden, no la simple conclusión del contrato consensual, sino su realización por medio de la tradición de la cosa.

Tal es el sentido que incontestablemente tiene esta palabra en *ad exemplum venditionis* de la L. 59, § 1, cit.

El paralelo entre el usufructuario y el comprador no hubiera sido justo. Si el jurista no hubiera querido designar al propietario con el término «comprador», tanto hubiera valido asimilar la posición del titular de un derecho real, con la del titular de un derecho personal.

Resulta de las explicaciones precedentes que la regla «venta rompe arriendo», que se cree tomada del derecho romano, no existe realmente en él. Era exacta en el antiguo derecho hasta Marcelo y Antonino Pío; pero fué abolida en el derecho nuevo, puesto que la L. 3, Cód., no cita el caso de venta entre las cau-

(1) L. 59, § 1, *de usufr.* (7-1); L. 32, *Loc.* (19-2); L. 120, § 2 *de leg.*, I (30).

(2) L. 25, § *Loc.* (19-2); L. 9, Cód. *Loc.* (4-65).

sas que autorizan al arrendador para disolver el arrendamiento y desahuciar al locatario.

El locatario no debe consentir la tradición al comprador, y ésta no puede hacerse sin su asentimiento. Contra los actos de violencia del propietario o del comprador, tiene la protección del Derecho. La posición jurídica del locatario se ha mejorado así extraordinariamente en comparación con el derecho antiguo, y esto era quizá lo que los bizantinos tenían en cuenta en su *jus pulchrum* de la L. 3, Cód. cit.

Estaba reservado a la teoría romanista, en su afección parcial por la idea romana antigua de la posesión, cerrar los ojos ante el prudente progreso hecho por el derecho nuevo, y hacer revivir en aquella máxima un resto de la época primitiva de Roma, que podía responder al rudo sentimiento jurídico de entonces, o más bien, que no ha sido impuesto al derecho más que por la preponderancia social de las clases ricas sobre las pobres, pero que ha sucumbido ya, en la Roma nueva, ante el sentimiento jurídico ilustrado y que está en flagrante contradicción, a mi juicio, tanto con nuestro sentimiento jurídico actual, cuanto con nuestras actuales relaciones económicas.

Si los bizantinos vivieran hoy, se asombrarían de lo que ha llegado a ser su *jus pulchrum*, mientras que un romano de la época primitiva quizá lo aplaudiría.

La protección jurídica del tenedor ha recibido, pasajeramente, en los últimos tiempos del Imperio, mayor extensión todavía por consecuencia de la L. 4, Cód. Teod., *unde vi* (4-22), de Arcadio y Honorio, la cual extiende al tenedor una disposición (reproducida en la L. I, Cód. Just., *si per vim*, 8 5), que Constantino, en la L. I, Cód. cit., había dictado para el poseedor. Consistía en el auxilio asegurado al poseedor contra la desposesión realizada durante su ausencia. Todos aquellos cuya misión es defender sus intereses: arrendatarios, parientes, amigos, libertos, hasta los esclavos, están autorizados para denunciar el hecho al juez, el cual debe conocer de oficio de la causa, y restablecer inmediatamente el estado anterior.

En apariencia es una enormidad jurídica; se abandona una

de las ideas fundamentales del derecho privado, a saber, que el interesado mismo es el único que puede dictar acción; en realidad, Constantino no hacía más que recoger una idea del antiguo derecho romano poniendo las gentes abandonadas bajo la protección de las personas encargadas de velar por sus intereses.

Ya la *lex Hostilia*, de los comienzos de la República, había seguido el mismo camino, permitiendo intentar la *actio furti*, en el caso de robo de las cosas pertenecientes al que había sido reducido a prisionero del enemigo, o se hallaba ausente en el servicio del Estado, a las personas encargadas de representarlos (pr., J., *de iis per quos*, 4-10); y no faltan otros casos de aplicación, sea en el antiguo, sea en el nuevo derecho (1). La L. 8. Cód. Teod. *de Furisd.* (2-1), de Arcadio y Honorio (extractada en la L. 8, Cód. Just., *unde vi*, 8-4) nos ilustra acerca del punto de vista, desde el cual se consideraba esta protección jurídica del ausente; era, en suma, el de la *persecución de oficio* del derecho actual. El medio de derecho que con este fin se da, se designa aquí como *momentariae possessionis interdictum*, y se le añade la nota siguiente: *quod NON SEMPER ad vim publicam pertinet vel PRIVATAM, mox audiri, INTERDUM etiam sine inscriptione meretur* (2), es decir, *excepcionalmente*, aun sin introducción de una instancia penal, lo que muestra claramente la significación *originaria*, criminal o de policía, del medio (3).

(1) Me refiero a la *agere pro libertate pro tutela*, y a los ejemplos que he dado en el *Espíritu del D. R.*, IV, p. 110, n. 157; p. 345, n. 528, entre los cuales hay uno de Justiniano.

(2) El párrafo segundo de la constitución original, da la explicación siguiente: *Cum igitur de his rebus PARVIS AC MINIMIS tuos sit injuria potestatis judicare, decretum est, eas tantum CAUSAS CRIMINALES a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritis horror inscriptionis impleverit.*

(3) La opinión dominante no ve aquí más que otro nombre para designar el interdicto *unde vi*. Es un error, según resulta de este texto; el interdicto *unde vi* es una acción penal ordinaria, el interdicto o la *actio momentanea possessionis*, o, como se dice también, la *actio momenti*, no lo es, si no hubiera podido ser intentada por los esclavos; no es más que la denuncia hecha a la autoridad de un acto de violencia. He tratado de

La disposición de Constantino no indica que la protección haya de pertenecer también al tenedor: no habla más que de la *possessio* sin distinción, lo cual no puede significar más que la posesión jurídica. Pero en la L. 4, Cód. Teod. citado de Arcadio y Honorio, se completa esta expresión de tal manera, que queda fuera de duda la extensión del medio de derecho al tenedor.

Las palabras decisivas son las siguientes:

Sub quocunque igitur NOMINE vel TITULO POSSIDENTI repetendi copia praebeatur, qui UTENDAE REI HABUIT FACULTATEM.

Quien no tenga la idea preconcebida de la imposibilidad de la extensión de la protección posesoria al tenedor, y no cierre además sistemáticamente los ojos a la verdad, no puede negarse a admitir que este texto debe comprender también al tenedor.

Aun cuando *sub quocunque* TITULO debería ser referido al poseedor (oposición del *justus* y del *injustus possesor*), *sub quocunque* NOMINE no puede gramaticalmente ser entendido si no es comprendiendo al propio tiempo al tenedor.

La expresión *possidere*, dicen los Emperadores, debe ser tomada aquí en el sentido más amplio: todo individuo al cual dicho término sea aplicable gramaticalmente, tendrá la protección posesoria. Lo cual separa o aparta expresamente la significación *civiliter*, y comprende también la *naturaliter possidere*, esto es, la tenencia. Cuando los Emperadores añaden aún el miembro de la frase: *qui utendae rei habuit facultatem*, que se aplica también al colono y al inquilino, no se trata, en verdad, de una simple y pura tautología; trátase, sin duda, de una restricción a lo que precede; el medio no será concedido sino a quien tiene

esta acción en mi obra *Del fundamento de la protección posesoria*, páginas 111 y siguientes, y salvo algunas modificaciones sin importancia, mantengo todavía en todas sus partes la opinión que allí defendí, a pesar de las contradicciones de que he sido objeto desde entonces.

la cosa en sus manos *para sí*, quien tiene un interés en el mantenimiento de la relación posesoria, y no quien no hace más que explotarla para el propietario; en suma, se concede tan sólo al *poseedor* y tenedor *interesado*, pero no se concede al *tenedor por procurador*.

La idea que en el fondo se ofrece, es la de la *protección del interés en el mantenimiento de la relación posesoria*.

A este argumento *gramatical* contenido en esas dos frases, en favor de la extensión del medio al tenedor, se añade aún el argumento real de la organización particular del procedimiento de ese medio. El juez no debe entregarse ahí a un examen atento y detenido de la relación posesoria; el demandante *debe ser* auxiliado inmediatamente; el procedimiento no puede experimentar el más leve retardo—*celeri redhibitione consulere nec iudicium dilacione suspendi*—.

Esta expedición inmediata del asunto constituye el rasgo fundamental del medio (1), y así se explica también el nombre de *actio MOMENTI*, *interdictum MOMENTARIAE possessionis*, *MOMENTANAE possessionis actio*, y la indicación del fin de la acción: *ad repetendum MOMENTUM*. Lo cual indica en una sola palabra el punto sobre el cual el juez debe hacer que su atención se fije, la existencia de la relación posesoria *en el momento de la dejectio*. El juez no tiene por qué preocuparse con el pasado; debe limitarse exclusivamente a la relación posesoria en el momento de la *desposesión*.

Todas las cuestiones concernientes a la calificación de la posesión: posesión jurídica o tenencia, *possessio justa* o *injusta*, lo llevan y dirigen al pasado, al origen, a la *causa* de la relación. De este modo la misión que le incumbía, y que se reduce a restablecer el estado de cosas anterior, se hace perfectamente posible de llenar: *PROTINUS*, *ILLICO*, *CELERI reformatione*, *resti-*

(1) Hállase constantemente señalada en las fuentes. Véase, si no, los textos en mi obra antes citada, pág. 115 nota. Encuéntrense en ella las expresiones siguientes: *iuris suffragium quod IN CELERI REFORMATIONE consistit*—*CELERI redhibitione*—*CELERI reformatione*—*PROTINUS restituta*—*ILLICO reddatur*.

tutione, redhibitione; en cambio, toda investigación relativa a la calificación de la posesión, haría que su fin se frustrase, surgiendo el peligro de: *judicium dilatione suspendi*.

Trátase, en verdad, de la misma idea que en el *summarius-simum*; en suma, auxilio jurídico inmediato sobre la base de la prueba a *prima facie*, con exclusión de todas las investigaciones profundas y detenidas, o de la *res altioris indaginis*. La comparación de los dos medios es exacta aún, en cuanto que el *summarius-simum*, lo mismo que la *actio momenti*, descansaba originariamente en la acción de oficio del juez (1); no difieren entre sí más que porque aquélla es *retinendae*, y ésta *recuperandae possessionis*, con relación al efecto recuperatorio, se parece a la *actio spoli—reintegranda—* que también se otorgaba al tenedor.

Esos tres medios concuerdan entre sí, en que el juez debe combatir por ellos la violencia, de una manera absoluta, sin detenerse a examinar la calificación propia de la relación posesoria.

La constitución de Arcadio y Honorio no ha sido acogida en el Código por los compiladores; la protección jurídica que ella había otorgado al tenedor le fué de ese modo tácitamente retirada. En las *Pandectas*—L. I, § 10, *unde vi*, 43, 16—se niega expresamente al colono, a pesar de la contradicción que ello supone, y presenta con lo que precede (§ 9): *dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive NATURALITER, possideat, nam ET NATURALIS possessio ad hoc interdictum pertinet*, y en el Código no se encuentra apoyo alguno para decidir lo contrario. Sólo en un punto la disposición parece haber adquirido una existencia definitiva. En el derecho anterior, el *injustus possessor* no encontraba protección alguna contra la *dejectio* violenta de parte del *justus possessor* por medio de *vis simplex*; el interdicto de *vi simplici*, que le pertenecía, se negaba por la *exceptio vitiosae possessionis*.

En el derecho nuevo esa excepción no tiene ya valor. Justi-

(1) Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 233 y sigs., en particular el texto que cita de Inocencio: *si ibi est timor armorum EX OFFICIO SUO DE PLENO et sine libello iudex COGNOSCERE DEBET, quis possideat*.

niano (§ 6, 3, *de interd.*, 4-15; L. 1, p. *Unde vi*, 43-16) expone esto como derecho vigente, sin notar que esta innovación emana de él. Ahora bien; cuando una innovación le pertenece, acostumbra a decirlo. Sin duda, pues, la ha encontrado anterior a él. El único pasaje de las fuentes que permite seguirla hasta una época anterior, nos lo ofrece la constitución citada antes de Arcadio y de Honorio. Aparece aquí el interdicto *momentaneae* expresamente concedido también al *sub quocunque* TITULO *possidenti*, es decir, aparece concedido hasta el *injustus possessor*. La calificación de la posesión no debe en manera alguna ser tomada en consideración por el juez; en otros términos: la *exceptio vitiosae possessionis* está rechazada.

La circunstancia de que nuestra constitución no ha sido acogida por los compiladores de Justiniano, me dispensa de extenderme más y de tratar con mayor detenimiento y profundidad, como sería de rigor si pudiera aquélla pretender revestir una importancia dogmática, por ejemplo, con respecto a la cuestión de saber si ese medio corresponde al tenedor mismo contra el titular de la posesión; si es preciso restringirlo al caso de ausencia de este último, que es el único a quien la constitución se refiere, o bien, si es necesario extenderlo al caso de presencia.

2. HISTORIA DE LA NOCIÓN DE TENENCIA EN LA EDAD MEDIA Y EN LA EDAD MODERNA

Trátase de cosas perfectamente conocidas en los puntos a que voy a referirme en las indicaciones que siguen a continuación y que, por lo tanto, no reclaman explicaciones profundas ni detenidas. Nos representan y ofrecen el curso ulterior de un movimiento progresivo que ya en Roma había comenzado, tendiendo al establecimiento de una relación exacta, y respondiendo al sentimiento jurídico natural y a los intereses económicos, entre la posesión y la tenencia.

La primer fase colócase en la Edad Media.

Cuando ocurrió la recepción del derecho romano, la teoría de la posesión adquirió también un vigor práctico. Esto no

pudo ser posible sino a costa de un atentado grave al derecho indígena y de un desconocimiento del sentimiento jurídico nacional; los alemanes, muy particularmente, han debido pagar muy caro la teoría posesoria romana. Según las ideas del derecho alemán, el colono tiene la relación especial denominada entonces *gewere*: estaba, pues, perfectamente garantido; el propietario no podía expulsarle; la venta no *mataba* el arriendo.

Esta sabia idea de la *gewere* del colono fué reemplazada por la tenencia romana; los juristas descubrieron de repente que el colono no tenía la verdadera voluntad de poseer, y que, por tanto, no podía ser más que un tenedor, y no un poseedor. Su suerte resultaba de este modo perfectamente fijada: era la del colono romano en la época del rigor, sin restricciones, de la teoría posesoria romana, a quien el propietario podía expulsar libremente, según su voluntad, y a quien se remitía con sus derechos, fuente del *uti possidetis* de este último, a la acción del contrato. Más romano que el mismo derecho romano, no se tuvo por el nuevo derecho en cuenta para nada el mejoramiento que su posición jurídica recibiera por parte de Marcelo y Antonino Pío; en caso de venta, debía ceder.

De este modo, pues, con el derecho romano fué cómo los pueblos modernos recibieron el donativo de la cosa más mala que jamás se había producido: la noción de tenencia aplicada a la relación posesoria interesada. Tuvieron que dejarse decir por los juristas que todo individuo que tiene la cosa, no como un propietario o a la manera de un propietario, y al cual el derecho romano no ha reconocido, a pesar de todo, la protección posesoria, no tiene ningún derecho a ésta, y que el tenedor es, en cuanto a la relación posesoria, un hombre fuera de la ley.

Los mismos juristas no han disimulado la contradicción grave que va implícita en esta regla con el buen sentido jurídico del pueblo. Impotentes para resolverla completamente para la relación indicada, excluyéndola en principio y a pesar de las fuentes romanas, la noción romana de la tenencia, a lo menos, han hecho cuanto les era posible para conceder en todos los casos al tenedor una protección restringida contra los actos de

violencia. Tal era el objeto del *summariissimum* y de la *actio spoliū—reintegranda—*; uno y otra fueron otorgados sin distinción al tenedor como al poseedor. Verdad es que frente al titular de la posesión, uno y otra no tenían gran importancia para el tenedor; no la garantizaban contra él más que *provisionalmente*, no *definitivamente*; no implicaban ni presuponían prejuicio alguno respecto del *possessorium ordinarium*. A este último aplicábase en todo su rigor la teoría posesoria romana: colono e inquilino debían ceder, sin poder en la reclamación o instancia posesoria prevalerse de las cláusulas de su contrato.

En el número de las extensiones que en la Edad Media recibiera la protección posesoria, tanto la del tenedor como la del poseedor, cuéntase también la extensión que Inocencio III daba, por su célebre *Caput: saepe contingit* (C. 18, X, de rest. spol., 2-13), a la *actio spoliū* contra el tercero *malae fidei possessor*. En mi concepto, esta disposición de aquel de los Papas romanos que mejor ha conocido el derecho romano, es uno de los progresos más preciosos y más penetrantes que la teoría posesoria romana ha hecho nunca, explicándose la condenación de Puchta (*Pandekten*, § 135, c.) únicamente por falta de vistas prácticas, y por un servilismo o sumisión exagerada hacia el formalismo doctrinario.

En efecto, ¿por qué Puchta lo condena?

Porque la *idea* de la posesión implica que no puede ser protegida sino contra aquel que la ha atacado inmediatamente. Pero ¿y la idea? ¿Dónde la encontraremos? Seguramente no es una intuición innata; además la idea de la posesión *romana* no puede indudablemente buscarse sino en el *derecho romano*.

Ahora bien: entre los romanos, durante varios siglos antes de los cambios introducidos por Justiniano, el interdicto *utrubi* se otorgaba contra los terceros. Si el pretor romano no ha encontrado ahí una contradicción con la idea de la posesión, ¿cómo y por qué Puchta quiere imputar como crimen a Inocencio el no haber hecho lo que el pretor había hecho antes de él? La consideración que le movía a ello era perentoria. Si la acción posesoria no se otorga más que contra quien ha arrebatado de

un modo inmediato la posesión, el camino resulta completamente trazado para paralizar los efectos. Quien siente deseos de apoderarse de la posesión, encarga a otro. Al efecto, tiene buen cuidado de elegir a un individuo que no tiene nada, y que puede, por consiguiente, dejarse condenar sin temor, y que le cede inmediatamente la posesión.

¿Para qué va a servirle al expulsado el interdicto *unde vi* contra el *dejiciens*? Para nada absolutamente. Verdad es que si puede procurarse la prueba de que esta expulsión ha sido hecha por orden de otro, será fácil acudir en su auxilio; pero si las dos personas no le hacen el obsequio de darle a conocer la convención, le costará no poco probarla.

Se me objetará, quizá, que la misma dificultad se presenta con relación a la prueba de la *mala fides*. Mas para esto bastaba siempre sólo la prueba de que la situación posesoria anterior era *conocida* por el demandado. Si la conocía, hallábase su *mala fide* adquiriendo la cosa, sin procurarse más seguros informes de un individuo que no tenía la posesión anteriormente.

La idea que guiaba a Inocencio era, pues, la idea tan excelentemente cuerda de asegurar al poseedor su posesión contra la neutralización del medio recuperatorio que le pertenecía.

De este modo ha venido a colmar una laguna indiscutible que contiene la teoría del interdicto *unde vi* romano, a lo menos tal cual se presenta en nuestras fuentes, por lo que ha procedido con plena razón y fundamento el proyecto de Código civil alemán, en el § 818, al conservar la regla que ha introducido.

¡Cuánto más alto no resulta el Papa del siglo XIII que el jurista del siglo XIX!

Y eso que éste era uno de los más eminentes, honra preclara de nuestra ciencia, a pesar de su amor hacia el formalismo lógico. En el Papa, la apreciación clara de lo que en la práctica es preciso, *non obstante juris civilis rigore*, como él mismo añadía; en Puchta, el sacrificio completo de esas necesidades en el interés exclusivo de una pretendida corrección teórica.

Todo cuanto la Edad Media ha hecho por el tenedor se resume en esta proposición: frente al titular de la posesión, su

posición a consecuencia de una falsa interpretación del derecho romano, se ha empeorado más bien que mejorado; pero, en cambio, por medio del *summarissimum*, de la *actio spoliū* y de su extensión contra el tercer poseedor, se le ha procurado una protección posesoria completa, lo cual, al fin y al cabo, debe considerarse como un progreso muy notable con relación al derecho romano.

El último paso dado para el mejoramiento de la situación del tenedor, la protección contra el titular de la posesión, se ha hecho esperar durante mucho tiempo, no habiéndose verificado sino en el siglo último.

Y de este modo tocamos ya en la época moderna con el período de la abolición del derecho romano por las legislaciones nacionales.

Se experimenta una singular impresión al ver que hasta aquellos mismos Códigos que en realidad se han separado del derecho romano, reconociendo al tenedor romano la plena protección posesoria, no han tenido, sin embargo, el valor suficiente para echar por tierra la teoría del *animus domini*. El dogma enseñado por la ciencia, de la necesidad indispensable del *animus domini* para la verdadera y efectiva posesión, pasaba por inquebrantable y ha pasado en casi todos los Códigos (1). Sus autores respectivos se hubieran comprometido científicamente si no hubieran rendido al dogma indicado los honores que le eran debidos. Pero en algunos sólo se contiene y manifiesta un simple respeto, dejando al hombre, que puede vanagloriarse de poseer el *animus domini*, el honor de llamarse exclusivamente poseedor, en tanto que el que no goza de este beneficio debe darse por contento con llevar el nombre de «poseedor incompleto» (*unvollständiger Besitzer*), como se dice en el *Landrecht prusiano*, o el de tenedor—*Inhaber*—según el proyecto de nuestro Código civil—el del Imperio de Alemania.

(1) Puedo dispensarme de detenerme aquí en los detalles, remitiéndome al efecto a Stobbe: *Handbuch des deutschen Privatrechts*, II, § 75. En cuanto al derecho bávaro y al *Landrecht prusiano*, puede verse además la obra de Bruns, *Recht des Besitzes*, §§ 48 y 49.

La innovación que el *Landrecht* prusiano introdujo con respecto al aspecto práctico de la relación jurídica del tenedor, es a mi ver, la más importante de cuantas se pueden registrar en la historia de la posesión en general, tanto en Roma como entre nosotros. Consiste tal innovación en que la protección posesoria se reconoce al tenedor del derecho romano, en la relación de tenencia de *propio interés*, con el nombre de *poseedor incompleto* (I, 7, § 11), mientras que con relación al *simple tenedor de hecho*—*blesen Inhaber*—o sea, usando los términos de mi lenguaje, al tenedor *por procuración*—*procuratorischen Detentor*—, se queda en el derecho romano. Así dice: «Aquel a cuyo nombre el simple tenedor posee, puede en todo tiempo, por su propia autoridad privarle de la guarda» (*ib.*, § 144), con esta restricción únicamente: «sin embargo, no se permitirá, ni aun al poseedor indicado, servirse de una violencia privada ilícita; en virtud de la cual se perturben el reposo y la seguridad públicos, o bien se perturbe al tenedor en el goce de los demás derechos» (párrafo 145).

La noción romana de la tenencia, o lo que viene a ser lo mismo, el derecho de posesión del titular de la posesión, queda de ese modo reducido a sus justos límites.

Con idéntico fundamento, Suárez, que puede reclamar en esto, como de ordinario, el mérito de ese prudente y oportuno progreso (I), ha rechazado la falta de protección del tenedor frente al señor o titular de la posesión, en la relación de tenencia de *propio interés*—relación del colono, del inquilino, del co-

(1) La crítica notable, a la cual somete la teoría romana de la posesión, pone eso fuera de duda. Véase esto en Bruns, ob. cit., p. 435. Naturalmente, su trastorno completo de la teoría romana de la posesión no ha tenido buena acogida entre los doctrinarios, ni aun en Bruns (obra citada, p. 471). Y sin embargo, en razón de sus penetrantes investigaciones acerca del desenvolvimiento histórico del derecho de posesión en la época moderna, Bruns hubiera debido llegar primero que nadie a considerar la posesión muy de otro modo a como se considera desde el punto de vista romano, o mejor, romanista.—Pero la necesidad del *animus domini* en la posesión es para él también, como más arriba hemos visto, una verdad inatacable, un arca santa de la lógica.

modatario—, manteniéndola, en cambio, en la relación de tenencia por procurador.

Por lo demás, la seguridad, ya legalmente establecida con anterioridad (1), en favor del inquilino y del colono, en caso de venta de la cosa se refiere de un modo íntimo a ese punto de vista nuevo. Nada se opone a la venta y a la transmisión de la propiedad por el arrendador, pero sin que puedan dirigirse ataques contra los derechos de esas dos categorías de personas. Su relación, nacida del contrato, pudiera decirse, empleando la terminología romana, que se ha erigido en *jus in re* (I, 21 § 2). El comprador sucede activa y pasivamente en la relación obligatoria al vendedor (2). Desde el punto de vista de la teoría romana, es una regla esta que resultaría también muy discordante: en cambio, desde el punto de vista práctico, tal es el único aspecto justo de la relación (3).

Y ya hemos llegado al fin.

La continuación de la historia de la noción de tenencia en los últimos tiempos de Roma ha llegado a su conclusión con la erección del ocupante interesado en poseedor, realizada por el derecho prusiano y por algunos otros derechos modernos. El proyecto de Código civil alemán ha dado un paso más reconociendo la protección al tenedor (*Inhaber*) sin distinción, y por lo tanto, al tenedor por procuración. Pero eso no pertenece todavía a la historia, siendo de esperar que nuestro futuro Código no lo haga.

Más arriba decía que la historia ulterior de la tenencia romana iba a revelarnos el juicio de la historia acerca de la noción romana antigua de la tenencia. Ahora conocemos ya la

(1) V. O. Fischer *Soll Kauf Pacht und, Mietha brechen?* Berlín, 1888, página 84.

(2) Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, tomo I, 2.^a edición, § 291.

(3) Para la transmisión activa se ha querido recurrir al punto de vista de la cesión—Dernburg, ob. cit., nota 6—, sin necesidad, en mi concepto. Si en virtud de la ley, sólo la relación de obligación pasa pasivamente al comprador, ¿por qué no ha de pasar también activamente? En la discusión de esta posibilidad obra aún un último resto de la concepción romanista.

crítica que la historia ha formulado y aplicado sobre esta noción. La noción romana de la tenencia, en su forma originaria, no ha resistido a la prueba histórica: no se la debe contar entre las ideas sanas, viables y vigorosas del derecho romano, que ponen de manifiesto su salud y su vitalidad en la manera como crecen, se desarrollan, prosperan; no debe contársela entre las ideas imperecederas, sobre las cuales la crítica de la posteridad nada ha podido hacer, sino que es preciso contarla entre las ideas más frustradas que la historia del derecho romano ha podido registrar: imagen fiel de las circunstancias económicas imperfectas y de las tendencias brutales de la época antigua, y por ello mismo condenadas por adelantado a la suerte que merecían, esto es, a no progresar, crecer, prosperar con el desenvolvimiento de la vida económica y del sentimiento del derecho, sino más bien a retroceder más y más, hasta sucumbir por último ante ellos. La historia de todas las demás ideas del derecho de las cosas en Roma, es un *progreso* incesante; la de la noción de la tenencia, un *retroceso* incesante, hasta que por fin ha llegado al único punto en que es tan legítima como indispensable: a la relación de tenencia por procuración.

En resumen: la historia ulterior de la tenencia nos presenta la lucha de la noción de tenencia con la noción de posesión. Pero, detrás de las *nociones*, se encuentran en la vida práctica los *intereses*: ellos son, en verdad, los que han dado vida a los hechos jurídicos, a los cuales el jurista, por medio de sus nociones, debe dar tan sólo una forma conveniente. No son, pues, las nociones de posesión y de tenencia las que luchan entre sí, como si únicamente se tratase de saber cuál de las dos merece y debe alcanzar el premio, sino que son los intereses prácticos reales de la vida, los que se hallan en juego, cuando se plantea la cuestión de saber si en una relación dada se debe admitir la tenencia o la posesión.

Toda la historia de la distinción entre la posesión y la tenencia, no sólo el epílogo antes descrito de la historia de la noción de tenencia, sino también la historia descrita anteriormente, a partir del momento en que esta noción ha dejado la casa

romana, atestigua claramente, y de un modo incesante, la fuerza impulsiva de la idea única y siempre la misma: la idea del *interés*. Esta sola idea encierra todo cuanto nos representa: es el muelle del reloj que produce el movimiento.

Vamos ahora a fijar ese punto de vista en las diversas fases históricas de la relación de posesión derivada, desde la época más apartada, en Roma, hasta el presente. Son tales fases históricas cuatro, a saber:

1. *La primera*.—Preséntanos esta fase histórica la oposición del poseedor y del tenedor en los tiempos primitivos. Trátese de la relación del propietario territorial con las gentes subordinadas, clientes (1), colonos, a los cuales aquél había dejado el uso de una porción de su tierra o de una parte de su casa a cambio de servicios, de prestaciones en especies, en dinero, y a quienes podía expulsar en todo tiempo.

Desde nuestro punto de vista de los intereses puede decirse lo siguiente: el *único* criterio tomado en cuenta y al cual se atiende en esta fase, es el *interés del propietario*: el interés del tenedor no se tiene presente para nada; he ahí lo que puede estimarse como idea dominante.

2. *La segunda*.—El derecho, en esta otra fase histórica, elévase hasta la idea de proteger jurídicamente el interés que pueden tener *varias* personas en una misma y única cosa. Al lado del propietario, otras personas—que más arriba dejamos indicadas—encuentran también protección para su relación posesoria. En las servidumbres personales y prediales, y en la superficie, se ha resuelto ese problema de la doble posesión bajo la forma de la *posesión del derecho*—*Rechtsbesitzes*—. La posesión de un derecho encuéntrase en este caso frente a la posesión de una cosa—*Sachbesitz*—, en la misma relación que el *jus in re* respecto de la propiedad.

El fenómeno que en el terreno de la propiedad se ha producido, se renueva en el terreno de la posesión; la protección

(1) Ya hemos visto antes oportunamente que tampoco eran éstos sino verdaderos tenedores.

posesoria se ofrece aquí, como siempre, al lado de la protección petitoria: sin ella resultaría esta última una pura ilusión. En cuanto a las otras dos relaciones señaladas en el lugar indicado, los juristas romanos no parece que hayan acudido al punto de vista de la posesión de derecho, y así nos encontramos sin más ante el hecho brutal, según el que el tenedor goza de la protección posesoria.

3. *La tercera.*—Esta fase histórica acoge de nuevo la idea de la primera fase, pero cambiándola por completo. La posesión se traspassa del propietario a la parte contraria; ésta es exclusivamente protegida. El propietario no es ya protegido por el posesorio. Tal es la relación de posesión derivada en derecho romano y de posesión imperfecta en el derecho prusiano. Desde nuestro punto de vista puede decirse lo siguiente: *se toma en consideración únicamente* el interés, en la persona del tenedor de hecho.

Esta situación de la relación es sin duda extraña. El propietario tiene aquí, seguramente, el mismo interés que en los casos de la primera y de la segunda categoría. Ahora bien: ¿por qué razón no obtiene del propio modo la protección posesoria?

No le han faltado buenos motivos al derecho para negársela, limitándole en lo tocante a la protección de su interés al camino que también debe seguir el tenedor, a saber: al camino que supone la acción del contrato. En lo referente a los motivos que han hecho conceder la posesión al adversario, puedo remitirme a las explicaciones dadas ya anteriormente. Reemplazándole obtiene la protección posesoria para estar a cubierto por la cosa de sus mejoras. El secuestro la obtiene, porque mientras dura la situación que el embargo supone, no hace falta que ninguna de las dos partes esté en situación de obrar sobre él. El acreedor con prenda la obtiene, porque el fin de la prenda exige su libertad, su independencia completa frente al deudor. La propiedad de esta cosa se pone en sus manos: pudo transmitirla a otras personas: prácticamente ocupa la misma posición que el propietario fiduciario: la de un propietario que dispone de su cosa siendo su propio interés la garantía más ade-

cuada de que no la destruirá o de que, si la pierde, la recuperará por los medios del derecho que a su disposición tiene.

Ahora bien: ¿por qué el deudor ha de ser jurídicamente protegido contra el acreedor con prenda, mientras dura el contrato de prenda? Tiene tiempo de esperar que semejante relación haya cesado, y entonces la *actio pignoratitia* le procura el medio perfectamente suficiente para hacer valer sus pretensiones. El enfiteuta obtiene la posesión real tanto en su propio interés cuanto en el del propietario del fundo. El interés de este último está perfectamente a cubierto por su derecho al canon y por su derecho de retracto, que pueden hacer valer tanto el uno como el otro bajo la forma de una acción personal.

El derecho prusiano ha admitido de un modo exactamente igual la misma situación para la relación del poseedor frente al propietario. También aquí se hubiera podido invocar la noción de la posesión jurídica o del derecho—*Rechtsbesitzes*—. Desde el punto de vista de la construcción jurídica hubiera eso equivalido a aconsejar en ese sentido que la posesión real en la persona del propietario hubiera podido ser invocada, para justificar jurídicamente ciertas facultades indispensables en la relación de arrendamiento, por ejemplo, la entrada en el fundo o en la casa con personas deseosas de comprar o de arrendar, o la ejecución de reparaciones necesarias, simples facultades en las cuales los juristas romanos veían actos de posesión (L. 3, § 3, *uti poss.*, 43-17). En la práctica, la invocación por el propietario de la obligación contractual de sufrir esos actos el colono o el inquilino, basta perfectamente.

4. *La cuarta*.—Esta fase histórica tiene por objeto la tenencia por procuración. Sirve *exclusivamente* al interés del *señor de la posesión*—*Besitaherrn*—. La admisión de la posesión en su persona, y de la mera y simple tenencia en la del representante, no es más que la expresión adecuada de lo que implica la idea de interés.

En la ojeada que precede no he mencionado especialmente el aspecto particular de la relación posesoria en el precario. Más arriba hemos demostrado que en él también la idea del

interés era la base de la posesión real en la persona del precarista; el interés del propietario en el precario por procuración; el interés del precarista en los demás casos de precario. El interés del propietario de recabar en todo tiempo la posesión, estaba a cubierto por el derecho de expulsión, que se le reconocía como *possessor justus* contra el *possessor injustus*, y por el interdicto *uti possidetis*, que le correspondía en caso de resistencia. El interdicto *de precario* no tenía el carácter de una acción posesoria; no tenía por base la idea de obligación. Resulta eso de la circunstancia de que mediante este interdicto el demandante podía también hacer valer sus pretensiones obligatorias en razón de *dolus* y de *culpa lata*, todo lo cual trasciende de la esfera propia de la acción posesoria.

Según lo que precede, lo que nos da una orientación adecuada para penetrar y entender el sentido del desenvolvimiento histórico de la distinción entre la posesión y la tenencia, es la idea del interés. De la voluntad de poseer que, según la teoría dominante, ha hecho surgir esa distinción, en parte alguna se encuentra la menor huella, ni en los primeros momentos de su aparición en el seno de la familia romana, ni después de haber salido de ella, ni luego en todo el transcurso de su historia ulterior. Donde quiera, pues, la idea del interés es a la que la posesión presta sus servicios. La idea de una oposición en el seno mismo de la voluntad de poseer se apoya y descansa en una abstracción errónea de un jurista romano del derecho nuevo. Y no ha servido nunca para más que para perturbar durante lo menos quinientos años la teoría romanista. No tiene la menor importancia para el derecho de posesión, tal cual los romanos mismos lo han organizado (1).

(1) En la edición alemana de este libro se contiene un capítulo acerca del Proyecto de Código civil alemán, en lo relativo a la posesión y la tenencia. Este capítulo no entra en rigor en el cuadro propio de la obra; así que en otras ediciones se ha suprimido, de conformidad con el autor, dejando así íntegra y escueta la crítica de la doctrina reinante acerca de la voluntad en la posesión, que es lo que tiene un interés más general.—
(N. DEL T.)