

## Nuestro asunto

El asunto a que estas investigaciones se refieren entraña la cuestión siguiente: una vez dadas las condiciones legales exteriores (*corpus*) de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny, y con él la doctrina imperante, responde que depende de la *voluntad* del que tiene la cosa. Si tiene la voluntad de poseer *para él* (*animus rem sibi habendi*), o al modo del propietario (*animus DOMINI*) hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia. Puede juntarse esta voluntad de *poseer* la cosa para otro, con la de *tenerla* para sí, por lo que es preciso distinguir cuidadosamente los dos supuestos. El arrendatario, el inquilino, el comodatario; deben *tener* la cosa transitoriamente para sí, pueden usar de ella; pero de este *uti* y del *habere tenere* de la cosa a él referente, hay que distinguir el *possidere* que puede y debe quedar en el *dominus possessionis*. Su voluntad no tiende a ese *possidere*, limitándose el derecho al negárselo a sacar la consecuencia de su propia voluntad. Este aspecto de la cosa constituye en tan escasa medida una disposición positiva del derecho romano, que resulta espontáneamente, para el pensamiento jurídico, de la doble dirección (para sí o para otro) que implica la noción misma de la voluntad; por lo que, aun cuando la jurisprudencia no hubiera encontrado y aplicado prácticamente la distinción, la doctrina actual hubiera debido hacerlo. Si sería absurdo que, a pesar de la voluntad del representante, el legislador quisiera reconocerle un derecho que desea adquirir, no para sí, sino para

el principal, no lo sería menos que, a pesar de la voluntad del tenedor, quisiera reconocerle la posesión. Sólo hay algunos casos, poco numerosos, en los cuales, a pesar de la falta del *animus domini*, el derecho romano ha admitido la posesión. En esos casos, que Savigny ha reunido bajo la denominación de posesión *derivada*, el que tiene la cosa en sus manos no tiene, en realidad, el necesario *animus possidendi*; su voluntad tiende únicamente, como en los otros casos, a *tener* la cosa, no a *poseerla*, o sea a producirse como un propietario, toda vez que reconoce como propietario a aquel de quien la ha recibido. Si, no obstante, el derecho romano le concede la posesión, hay que ver en ello una singularidad, una anomalía, debida al predominio de determinadas consideraciones prácticas, sobre la consecuencia natural de la voluntad posesoria, o bien, como los romanos dirían, debido a que *utilitatis causae*, se ha prescindido de la *ratio juris*.

Tal es, en sus rasgos más capitales, la teoría imperante; teoría que designaré como *teoría subjetiva* o *teoría de la voluntad* (*Subjectivitäts—oder Willenstheorie*). La tengo por totalmente falsa, oponiéndole, bajo el nombre de *teoría objetiva*, mi propia opinión, que resumiré brevemente.

Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene *siempre* posesión, a menos que una disposición *legal* no prescriba *excepcionalmente*, que sólo hay simple tenencia.

Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*), que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia *absoluta*, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia *relativa*, la existencia de una de las *causae detentionis*, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sos-

tener la *existencia* de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la *no existencia*. La voluntad de poseer, según lo entiende la teoría dominante, no se presenta nunca en la aplicación práctica del derecho. Me doy por derrotado, y conmigo mi teoría, cuando mis contrarios, citen un solo caso en que esa teoría haya recibido una consagración práctica de un tribunal, cualquiera que sea. De la voluntad de poseer, que desempeña un tan alto papel en teoría, cabe decir lo que Justiniano, en su tiempo, del *dominium ex jure quiritium*, en la L. un., Cód. *De nudo jure Quir.* (VII, 25): *est nomen quod nec unquam videtur nec in rebus apparet*. Sea cual fuere el valor que se atribuya a la misma, cosa que examinaremos a su debido tiempo, está desprovista de toda significación en la aplicación del derecho, y no vacilo en afirmar, que un Juez podría aplicar perfecta y plenamente la teoría romana de la posesión, sin haber oído hablar jamás ni una sola palabra de la teoría indicada. En realidad, el Juez aplica siempre la teoría que dejo formulada; admite la posesión donde quiera que la tenencia simple no se ha mostrado por el contrario que sostiene su existencia, no haciendo así otra cosa que el Juez romano, el cual, según Pablo, debía considerar la posesión como existente, cuando el demandante hubiere ofrecido el hecho exterior de la posesión (1).

Por mi parte diré, desde luego, que no se requiere en modo alguno, para ese fin, admitir una presunción—esto es, ese procedimiento ideado para resolver las desigualdades del elemento material del derecho—, sino que, por el contrario, el aspecto que en el derecho romano tiene la distinción entre la posesión y la tenencia, explica esta manera de obrar desde el solo punto de vista material jurídico. La explicación del verdadero aspecto de la cosa en el derecho romano, pondrá la teoría de la pose-

---

(1) Pablo, S. R. V. 11; § 2.º: *Probatto traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam*. Con respecto a lo que aquí puede importar la relación de este pasaje con la LEX CINCIA, a que Rudorff se refiere (Adiciones a *La Posesión*, de Savigny, 7.ª edic., pág. 690), cosa es que no puedo explicarme.

sión en armonía con el derecho, tal cual se aplica siempre en la vida.

Esta concórdancia de mi teoría con la práctica, no he podido apreciarla sino después que hube logrado formularla, desde el punto de vista del derecho puro, pues mi teoría no es el resultado de consideraciones prácticas.

No me he dedicado al examen de las fuentes con idea preconcebida de que *debía* encontrar en ellas lo que, según mi opinión, es la verdadera práctica. Muy al contrario, no he llegado a convencerme de que era realmente exacta, sino después de haberla aprendido en el curso de una lectura imparcial de las fuentes. El primer impulso hacia la formación de mi teoría, fué obra de la consideración de ciertos textos, que no podía conciliar con la doctrina dominante sobre la voluntad en la posesión, y a los cuales, al fin, hubieron de juntarse poco a poco, según iba distinguiéndose en mí la confianza en la exactitud de la indicada doctrina, todas las razones de que voy a servirme en este escrito para combatirla. Fuéme, en verdad, difícil formular mi teoría de una manera positiva, aunque durante varios años le he dado una forma que, si bien se acercaba bastante a la verdad, sin embargo, tuve que abandonarla como totalmente inadecuada. Creía yo que lo que debía inclinar la balanza era la *causa* de la relación posesoria, por lo que en mis lecciones la denominaba como *teoría de la causa (Causal-Theorie)*. A consecuencia de una lógica aplicación de este punto de vista, me veía obligado, para librar al demandante, en el posesorio, de la prueba de su *causa possessionis*, a acudir a una presunción procesal en favor de la posesión. La modificación que he introducido en mi teoría, y que puedo resumir en la sustitución de la función *positiva* atribuída a la *causa possessionis*, con la función *negativa*—exclusión de la posesión mediante una causa *DETENTIONIS*—, me ha dispensado de acudir a este expediente.

El terreno en el cual debe librarse la lucha entre ambas teorías, es el del derecho romano positivo, y no sólo en la dogmática pura, sino también en la historia del mismo: con lo cual quedarán de manifiesto los importantes servicios que esta últi-

ma puede prestarnos. Y más aún; tendremos también en nuestro apoyo, para hacer la crítica negativa de la teoría subjetiva, la *lógica formal*, con más el *procedimiento* y la *legislación*, que nos servirán para apreciar *positivamente* ambas opuestas teorías.

Si la doctrina dominante hubiera examinado su teoría desde el punto de vista del procedimiento, convencido estoy, de que hace ya mucho tiempo, que no se tendría confianza alguna en su exactitud. Desgraciadamente, nada de eso se hizo. La distinción teórica que introduce en la voluntad de poseer y que indica al Juez como medio de zanjar la cuestión de saber si debe admitir la posesión o la tenencia, se resiste a toda aplicación. Aun admitiendo que la definición teórica de esta distinción, fuese tan clara como en realidad es oscura, el Juez, como haré notar más tarde, no podría obtener ventaja alguna, porque no tiene indicación que pueda servirle para reconocerla en cada caso particular. Mi teoría, en cambio, le da una indicación de las más sencillas. Le dice así: deberás admitir la posesión donde quiera y cuando las condiciones exteriores existan, a menos que por otra parte resulte, en la persona del supuesto poseedor, la existencia de una relación de aquéllas a las cuales el derecho romano sólo concede la tenencia; esto es, una de las *causae detentionis alieno nomine*, cuya enumeración se encuentra en cualquier tratado de Pandectas.

Quizá los partidarios de la teoría dominante me objeten que ellos lo entienden también así, diciendo que la decisión entre la posesión y la tenencia, no depende, en su sentir, del *animus concreto* o *individual* de tal o cual parte determinada, o el que realmente *tiene*, sino del *animus abstracto* o *típico*, el que *debe tener*. Así es indiferente que un arrendatario dado tenga el *animus detinendi*, toda vez que este *animus* existe en el arrendatario *abstracto* y *típico*.

Y he ahí realmente la objeción que *podrían* hacer los defensores de la teoría subjetiva, no siendo imposible que se les haya ocurrido alguna vez. Pero desde luego cabe preguntar: ¿la *han hecho* en realidad? En mi sentir, nunca. Todos, sin excepción, designan la voluntad de poseer jurídicamente, como una *condi-*

ción de la posesión, y toda condición debe ser *probada*, a menos que aquel que de ella se vale no esté dispensado de ello por obra de una presunción. Así resulta que el poseedor, en caso de oposición, deberá probar, no sólo el *corpus*, sino también el *animus domini*. La mera incorporación de la voluntad de poseer en la relación exterior con la cosa, tal cual se presenta también en la tenencia (III y IV), no bastará, porque el *animus domini* encierra un aumento de la voluntad de poseer. Los defensores de la teoría subjetiva, no podrían evitar esta consecuencia, a no ser afirmando la existencia del *animus domini*, cosa que ninguno ha hecho. Pero aun admitiendo que lo hubiesen hecho o que quisieran hacerlo, no se salvaría la cuestión del *animus domini*; tomaría nueva forma. En lugar de la prueba de la *existencia* impuesta al demandante, se presentaría la de la *no existencia* impuesta al demandado, recayendo de todos modos el debate sobre el *animus*. Evidentemente no cabría referirse a la *causa*, porque entonces sería ésta y no el *animus*, quien haría inclinarse la balanza; pero no debe olvidarse que una condición a la cual cabe sustraerse, probando la existencia de otro hecho, constituye una *contradictio in adjecto*.

Esta consecuencia procesal de su opinión no ha sido advertida por los partidarios de la teoría reinante. La cuestión de la prueba relativa al *animus domini* no ha sido tratada por Savigny ni por sus sucesores, que además no han dicho cuál de las dos partes debe probar, ni cómo debe ser procurada la prueba, ni con qué criterio deberá reconocer el Juez la existencia del *animus domini*; dejan que éste por su propio esfuerzo decida *in concreto*, con la distinción abstracta que han introducido en la voluntad de poseer. Ya demostraré a su debido tiempo que el Juez no puede resolver, toda vez que la distinción no tiene aplicación en el procedimiento.

Demostrada la consecuencia *procesal*, que implica la teoría subjetiva tal cual la formulan sus partidarios, veamos sus consecuencias *jurídicas fundamentales*.

Si depende de la voluntad individual decidir si hay posesión o tenencia, entonces goza aquélla del derecho de

libre disposición en materia posesoria, pues de decidirse por el *animus domini* tiene la posesión, teniendo en otro caso la tenencia. Debiendo ser indiferente en principio el fundamento de la relación posesoria, la *causa possessionis*, la voluntad individual debe poder admitir el *animus domini* en las relaciones en que el derecho romano no admite más que la tenencia; por ejemplo, en el arrendamiento, en el comodato, etc., y admitir el *animus alieno nomini detinendi* en las relaciones en que admite la posesión. No sé si los partidarios de la teoría subjetiva se han dado plena cuenta de esta consecuencia, pero de todos modos varios de ellos no han tenido inconveniente en reconocerla, hablando de la tradición sin acto exterior, realizada mediante un simple *constitutum possessorium*. El vendedor declara que en adelante quiere poseer en el nombre del comprador, y basta eso para que la tradición se verifique; poco importa la *causa possessionis*: la voluntad es soberana. Toda la teoría de la tradición de los juristas romanos resulta así echada por tierra; según eso, bastaría una declaración semejante de la voluntad para eludir en la vida la condición de la tradición real, sobre la cual insisten siempre las fuentes romanas; pero cosa es esta en que los defensores de esa opinión no se han fijado, siendo así que una contradicción tan flagrante con el derecho romano, hubiera debido precisamente abrirles los ojos acerca de la relación que existe entre la *causa possessionis* y la voluntad.

Otros (1) han aceptado dicha consecuencia, admitiendo que depende por entero de la voluntad de las partes, referir la posesión a una relación a la cual el derecho romano refiere la tenencia. Como lo contrario debe ser también posible, es preciso admitir la convención de que el acreedor no tendrá más que la tenencia de la cosa dada en prenda.

La consecuencia extrema, que realmente nadie a la vista de los textos ha sacado ni podía sacar, sería decir que la naturaleza de la relación posesoria está, por entero, entregada a la vo-

---

(1) Así Thibaut, *System des Pandectenrechts*, 8.<sup>a</sup> edic., t. 1, § 208, y la que cita en la nota b.

luntad del que tiene la cosa, y por tanto, como el mismo no puede encadenar su voluntad, toda vez que puede cambiar a su placer su resolución, puede tener simplemente hoy, poseer mañana, volver a tener otro día, y así discurrendo: la posesión se convertiría por tal modo en un verdadero juguete, entregado al capricho de las partes; resultando además la voluntad individual, puesta en el lugar de la regla de derecho objetivo, la incertidumbre del derecho en el de la certidumbre y la anarquía en el del orden.

El derecho, en sí, pues, nos lleva a las mismas conclusiones que el procedimiento, esto es, a la imposibilidad práctica de la doctrina imperante. A su tiempo veremos de qué modo se ha podido llegar a sostenerla a pesar de todo; qué artificios, qué esfuerzos, qué violencias ha sido necesario realizar al efecto, y hasta qué punto se ha debido cerrar los ojos para no ver los obstáculos. Por el momento, bástame presentar esta teoría bajo su verdadero aspecto, poniendo en claro las consecuencias que implica y que he procurado sortear con todo cuidado.

En adelante, designaré esta doctrina del siguiente modo: teoría de la voluntad *individual* o *concreta*, lo que no necesita explicación después de lo que queda dicho más arriba. Pero ya dejo indicado que además de esta teoría hay otra manera aún de aplicar la voluntad de poseer a la teoría de la posesión, y acerca de la cual sólo he dicho algunas palabras. Oprase aquí, no con la voluntad individual o concreta, sino con la voluntad *típica* o *abstracta*; no con la voluntad que el poseedor *tiene*, sino con la que *debe* tener: en atención a esto, la designaré como teoría de la voluntad *típica* o *abstracta*. Nadie, que yo sepa, hasta ahora, la ha concebido y expresado recta y claramente; pero me inclino, a pesar de todo, a creer que ha germinado en el espíritu de los defensores de la doctrina imperante.

Ambas teorías tienen por punto de partida común, el influjo determinante de la voluntad sobre la relación posesoria. Según la teoría de la voluntad abstracta, este influjo se limita a hacer, en cuanto al derecho, de la idea de la diversidad interna de la voluntad de poseer un punto de vista directivo,



para determinar *en abstracto* en qué relaciones habrá posesión y en cuáles tenencia. Una cosa es la voluntad del comprador, del ladrón, etc., y otra la del arrendatario, la del comodatario, toda vez que los primeros quieren tomar la posición de propietarios, mientras los segundos no, limitándose la ley a sadar las consecuencias de su propia voluntad, cuando concede a los primeros la posesión y a los segundos la tenencia. Nada importa ver si esas personas tienen conciencia de esta dirección, de su voluntad y de sus consecuencias, pues la ley no obra con la voluntad individual, sino con la voluntad abstracta, y así no se refiere a *este* comprador, a *aquel* ladrón, o al *otro* arrendatario, sino al comprador, al ladrón, al arrendatario, *tipos*. En su virtud, la incongruencia entre la voluntad individual y la voluntad tipo no tiene influjo; el arrendatario es siempre simple tenedor, aun cuando crea o quiera ser poseedor.

Claro resulta que en la teoría de la voluntad abstracta se queda a medio camino, puesto que desde el momento en que la diferencia en la dirección de la voluntad, debe decidir de la naturaleza de la relación posesoria, ¿por, qué razón ha de detenerse en la voluntad *in abstracto* y no decir lo mismo de la voluntad *in concreto*? En realidad, esta teoría sustituye la voluntad con la *causa possessionis*, pudiendo en tal respecto llamarse la *teoría de la causa*. La voluntad no juega aquí, *in concreto*, papel alguno: el *animus domini* está totalmente eliminado como condición de la posesión.

Podrá parecer que esta forma de la teoría subjetiva está, en el resultado práctico, de acuerdo con la teoría objetiva, y así es, en efecto, en su aspecto *negativo*, o sea en cuanto a la indiferencia completa de la voluntad *individual* de poseer. Mas por el lado positivo se separan ambas teorías, según resulta manifiestamente en la práctica, en la diversidad con que se ofrece la cuestión de la prueba. Según mi teoría, la posesión es una relación determinada, que existe donde quiera y siempre mientras el adversario no pruebe lo contrario, invocando al efecto un principio de derecho que considere excepcionalmente como simple tenencia la relación dicha. El poseedor no necesita,

pues, nunca indicar un fundamento para la posesión de que se aprovecha, como ocurre con el *animus*, según la teoría de la voluntad concreta, y con la *causa*, según la de la voluntad abstracta. Si la relación posesoria indeterminada en sí, no adquiere su determinación ulterior a no ser desde el momento en que a ella se refiere, bien sea el *animus* subjetivo, bien sea la *causa* objetiva, necesario es que este elemento se afirme en cada caso particular, para obligar al Juez a admitir la existencia de una o de otra relación.

La condición que implica la prueba de la *causa*, ¿tendrá acaso en la aplicación del derecho la peligrosa consecuencia de que en muchos casos la posesión tendrá que quedar sin protección porque se está siempre en situación de demostrar la *causa real* de su posesión? Si la cuestión de la posesión de las cosas muebles tuviese aún hoy un interés práctico, lo que no ocurre, según demostraré más tarde, el Juez debería denegar la demanda del actor, que no pudiera demostrar la causa de su posesión, y esto aunque se tratase del propietario.

Para evitar tan desastroso resultado, podría acaso pensarse en admitir una presunción en pro de la posesión. Pero lo que esto significaría, en mi concepto, es un modo de salir del atolladero en que por propia culpa se ha caído, escapándose por cualquier sitio y sin miramiento alguno.

Ahora bien; como el que se encuentra en un atolladero debe estar convencido de que no ha seguido el camino adecuado, lo mejor sería volver hacia atrás hasta encontrar éste, y tal camino está trazado por mi teoría, porque lo que la teoría de la voluntad abstracta con su *causa*, y la de la voluntad concreta con su *animus*, no pueden conseguir sino mediante el artificio violento de una presunción, mi teoría lo obtiene de un modo natural y directo, diciendo: la relación posesoria es posesión siempre, mientras la ley no haya prescrito excepcionalmente que no hay tal posesión, sino mera tenencia. En cualquier otro género de relaciones, quien tiene en su favor la regla, no debe probar que no se halla en situación excepcional. La aplicación procesal a la doctrina romana sobre la posesión se hace, sin más, con

arreglo a los principios acerca de la relación entre la regla y la excepción; quien afirma la excepción debe probar; quien, por el contrario, está en la regla, no debe probar que no está en situación excepcional.

La expuesta diferencia entre la teoría de la voluntad concreta y la de la voluntad abstracta, no ha sido advertida, como dejo dicho, por los defensores de la teoría subjetiva. No se han fijado en ella, y eso me ha colocado en la singular posición de poder empezar, dando de la teoría que voy a combatir una noción más clara que ella misma se ha dado. Era esto indispensable al efecto de rechazarla. No basta, en verdad, desalojar al contrario de la posición que ocupa, cuando aún le queda otra donde retirarse: es necesario cortarle la retirada. Si yo no lo hubiera hecho ahora, después de haber rechazado la teoría subjetiva tal cual sus defensores la formulan, hubiera podido estrellarme con la respuesta de que lo que dice, no es precisamente lo que quiere decir, y que su pensamiento verdadero se aplica, no sólo a la voluntad concreta, sino a la voluntad abstracta.

Con lo dicho pueden considerarse caracterizadas las tres teorías, que el lector va a juzgar en las investigaciones que a continuación haremos en sus rasgos capitales. Sus diferencias, resumidas de una manera esquemática, son las siguientes:

I. *En el respecto jurídico fundamental o material.*

Acerca de la cuestión de si, en un caso dado, hay posesión o tenencia, decide:

- a) *La voluntad individual (teoría de la voluntad concreta).*
- b) *La regla de derecho, esto es:*
  - 1. Según el principio legalmente establecido y sin excepción, salvo los casos de posesión derivada,

de la *conformidad* de la voluntad *individual*, con la voluntad *tipo* (*teoría de la voluntad abstracta*).

2. Según la regla jurídica de que hay *siempre* posesión, a menos que el derecho haya *negado* los efectos de las condiciones legales o positivas de la misma, colocando en su lugar la *detentio alieno nomine* (*teoría objetiva*).

2. *En el respecto procesal.*

- a) El poseedor tiene la obligación de la prueba, la cual recaerá:
  1. Sobre la existencia del *animus* individual (*teoría de la voluntad concreta*).
  2. Sobre la *causa possessionis* (*teoría de la voluntad abstracta*).
- b) El contrario debe probar la *causa detentionis* existente en su caso (*teoría objetiva*).

Pasamos en lo que sigue a preparar nuestras investigaciones acerca de la diferencia esencial entre la posesión y la tenencia, mediante la exposición de lo que hay entre ambas de común.

En el respecto *negativo* está la diferencia entre la relación posesoria y la relación de simple yuxtaposición de la persona y de la cosa (que en adelante, para abreviar, denominaremos *relación de lugar*—*Raumverhältnis*, III). En el *positivo*, la diferencia está en la voluntad, que no es menos necesaria en la tenencia que en la posesión (IV).