

Las teorías absolutas

I.—LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Al lado de la opinión respecto de la cual acabamos de hablar, se encuentra en Gans otra solución distinta del problema. La detención de la cosa, dice, considerada como acto de la voluntad del sujeto, puede ya encontrarse en armonía con la «voluntad universal», es decir, con la ley—y en ese caso tenemos la *propiedad*—, ya descansar tan sólo sobre la «voluntad particular»—y en tal caso tenemos la *posesión*—; el motivo por el que la voluntad es reconocida y protegida, aun en esta última dirección, consiste en que la voluntad en sí misma, es un elemento sustancial que reclama protección; la voluntad particular de la persona, cuando se aplica a las cosas, es un derecho y debe ser tratada como tal». Puchta (1) adoptaba la idea de Gans y la convertía en su conocida opinión, según la que, la posesión es un derecho de la persona misma. En sentir de este autor, «la voluntad de una persona jurídicamente capaz debe, hasta cierto

(1) En su monografía, publicada primero en el *Museum Rhenan*, 3.º, número 17, y luego recogida en sus *Misceláneas* con el título de *In Welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz* (¿A qué clase de derechos pertenece la posesión?). Véase además la monografía publicada por primera vez en la misma revista, núm. 15, *Über die Existenz des Besitzrechts* (Sobre la existencia del derecho de posesión). No obstante, la polémica violenta que sostenía contra Gans en la primera de esas disertaciones, Puchta admite en la segunda (pág. 265, nota a) que «Gans se expresa en el mismo sentido».

punto (?), ser reconocida en derecho, aun antes de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad de una persona jurídicamente capaz, y que en tal supuesto es *posible* que sea justa. En la posesión se encuentra, por consiguiente, protegida la posibilidad del derecho, es decir, la capacidad jurídica; el derecho de posesión no es más que una especie particular del derecho de la personalidad, el derecho de personalidad aplicado a la sumisión natural de las cosas».

A diferencia de Gans y de Puchta, que no tratan la cuestión del fundamento de la protección dispensada a la posesión más que con ocasión de la naturaleza jurídica de ésta, Bruns (1) ha hecho de ello el objeto de un examen por separado. Pero desde el primer momento, pone el problema en un terreno demasiado estrecho, limitando la protección contra la «violencia, la perturbación violenta y la sustracción». No sería difícil, según él, alegar consideraciones empíricas de oportunidad que justifiquen semejante protección, pero «eso significaría poco en una cuestión en la cual la ciencia exige positivamente una necesidad jurídica interna sacada de la naturaleza misma de la posesión». De los dos factores de la posesión, el poder físico y la voluntad, el primero, como simple estado de hecho, no encierra el menor fundamento de una protección jurídica, pero ya es otra cosa cuando se trata del segundo. «La voluntad que se realiza en la posesión, aun cuando en sí no constituya *derecho* alguno, y aun cuando exista *puramente como hecho*, quizá hasta en contradicción palmaria con el derecho, debe, sin embargo, ser protegida en razón de su naturaleza general. La voluntad es por sí, en su esencia, absolutamente libre, y precisamente el reconocimiento y la realización de esta libertad es lo que constituye todo el sistema jurídico. La coacción y la violencia ejercidas contra la voluntad son, pues, en general, por sí mismas, y sin mirar a su legalidad particular, injusticias contra las cuales la voluntad debe ser protegida. Sólo cuando la voluntad se coloca en oposición

(1) *Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (Derecho de posesión en la Edad Media y en la época actual)*. Tubinga, 1848, part. 78.

inmediata, directa, contra la voluntad universal, o el derecho (resistencia contra la autoridad del Estado o vías de hecho contra otro), es cuando aparece como voluntad injusta, en contra de la que están permitidas la coacción y la violencia.—La posesión no es, pues, un derecho como la propiedad, la obligación, etcétera, etc., sino un hecho; y este hecho es protegido contra la violencia, sólo porque es la manifestación positiva de la voluntad y en consideración a los derechos generales de la voluntad. Son, por tanto, la personalidad y la libertad de los hombres los que, ante todo y sobre todo, reciben en la protección de la posesión una plena consagración jurídica» (1).

(1) Aparte de si estas opiniones están o no conformes con el derecho romano, cuestión que luego ventila Ihering, desde un punto de vista filosófico, se prestan a muy largas consideraciones críticas. Por de pronto, nos encontramos frente a la teoría de la voluntad en el derecho, que el mismo Ihering refuta de un modo contundente en su *Espíritu del derecho romano* (tomo 4.º). En efecto, la voluntad en sí misma, sin un contenido sustancial, no basta para determinar el derecho. La voluntad es elemento formal del derecho, el cual, refiriéndose a la conducta humana, abarca todas las facultades del hombre como ser de razón que es, en virtud de lo cual es ser jurídico. Por otra parte, ¿dónde habrá criterio más arbitrario que el sustentado en el texto? ¿Cómo ha de ser protegida la posesión porque sea una manifestación tan sólo? Sin la *evidencia*, siquiera sea *aparente*, de que el fondo de la voluntad es bueno, ¿qué principio puede invocarse para proteger la posesión? El poseedor actual, que exterioriza su voluntad, que realiza su personalidad en las relaciones de detención de un objeto, es respetado, no en su voluntad misma, sino en cuanto esta voluntad aparece conforme al derecho.

Mucho podría decirse también respecto de la oposición de la voluntad (privada, individual, sin duda) a la voluntad universal, o sea el derecho. Pero esto nos llevaría muy lejos al discutir: 1.º, si la voluntad, aun cuando sea universal, crea el derecho, o si *puede* tan sólo ser órgano del derecho; y 2.º, si siempre que la voluntad se opone y resiste a la autoridad del Estado, viola el derecho, con lo cual se zanja de plano la difícil cuestión del derecho de resistencia (revoluciones y demás), y por otra parte, se niega lo que con frecuencia ocurre; es, a saber, que el derecho puede estar de parte de la voluntad (privada, individual) y contra el Estado, y su órgano el Gobierno...

Lo que en cambio consideramos muy en su punto es lo que dice Bruns respecto de que, al proteger la posesión, lo que se protege ante

Varios autores se han adherido a esta opinión (1): es posible que tenga algún atractivo y que seduzca, pero yo la conceptúo completamente insostenible. Aun cuando difiere de la opinión de Savigny en cuanto da a la defensa un motivo interno, la voluntad concreta incorporada en la posesión, mientras que Savigny la aplica a la posesión como un postulado externo del orden jurídico, sin embargo, se confunde en último término con la misma opinión de Savigny (2), según éste lo ha hecho notar con mucha razón contestando a Puchta (pág. 62). «Yo también —dice— fundo esta protección sobre la inviolabilidad de la persona y sobre la relación que establece entre ella y la cosa que la misma se ha sometido». Dudo, no obstante, si transportando de esa suerte la injusticia de la violencia de la esfera del orden objetivo a la de la voluntad subjetiva, se logra otra cosa que empeorar la teoría de Savigny, en vez de mejorarla. De todos modos, me es incomparablemente más fácil concebir la defensa de la violencia, desde el punto de vista del orden jurídico objetivo, que desde el punto de vista de la voluntad subjetiva.

La solución de una controversia no puede esperarse sino cuando de antemano se ha establecido un acuerdo respecto del punto de vista que se quiere adoptar. Esta observación es de la más alta importancia para la cuestión que nos ocupa, porque parece que se está muy lejos de una adecuada conformidad

todo es la personalidad, pero no porque ésta sea inviolable en todas las manifestaciones de su voluntad, sino porque al desarrollarse las relaciones *jurídicas*, esto es, al producirse adecuadamente la actividad *racional* de la persona, la posesión del *medio* es un momento esencial, y no protegerla sería negar las condiciones de vida a la persona misma. Mas no debe olvidarse que se ha de exigir que la relación en que la persona se pone como sujeto activo (relación, si se quiere, para la propiedad) ha de *ser en sí misma*, o *aparecer* como si lo fuese (relación *jurídica*) y por tanto, la voluntad que se manifiesta ha de tener un *contenido* jurídico, que es el que motiva y justifica la protección, sin duda. - (N. DEL T.)

(1) Especialmente Randa, ob. cit., y también Rudorff en la última edición de la *Posesión* de Savigny, pág. 581. Windscheid, *Pandectas*, § 148, nota 6.

(2) Así lo reconoce también Windscheid, loc. cit.

acerca del punto de vista en que es preciso colocarse. Ya es el derecho romano el punto que se supone, ya es un derecho ideal que se acomoda a las necesidades del momento (1). He aquí por qué creo oportuno declarar que toda la discusión que va a seguir está exclusivamente fundada en el derecho romano. Si consigo, como espero, probar que la teoría de mis adversarios no puede en manera alguna conciliarse con el derecho romano, ni con su doctrina especial de la posesión, ni con otras doctrinas y sus principios, quedará sentado que esta teoría puede tener un valor filosófico-jurídico o legislativo—no trato esta cuestión, por más que pongo eso en duda—; pero no podrá ciertamente aspirar a un valor histórico ni a tener una autoridad dogmática, que es todo lo que me propongo demostrar.

Estoy plenamente de acuerdo con mis adversarios para admitir que la voluntad es la *vis agens* de todo el derecho privado. Pero la voluntad encuentra su medida y sus límites en la ley, y no llega a ser un poder jurídico más que cuando se mantiene en los límites que le han sido asignados por la ley. No es verdad que aun fuera de esos límites, sin la protección del derecho y hasta en abierta contradicción con él, pueda pretender su eficacia; el derecho, para concedérsela, tendría que ponerse en

(1) Independientemente del derecho romano y de todo derecho positivo, cabe considerar la cuestión desde el punto de vista de la filosofía del derecho, que es al que se alude en la nota anterior. Y ante la transformación actual de los derechos positivos, que no encuentran en el derecho romano todas las inspiraciones necesarias, en virtud del cambio radical de las condiciones de la vida, principalmente en las relaciones de propiedad, creemos de necesidad imprescindible el examen de todos los problemas que en el de la propiedad van implícitos a la luz abierta de la filosofía. Quizá lo que más falta hace hoy, es buscar un criterio fundamental jurídico en que basar las instituciones positivas que la transformación interna de la vida social exige y apenas se vislumbra todavía. Y cuenta que una de las instituciones positivas que piden nueva savia, es la que se deriva del concepto romano de la propiedad, que es, después de todo, el que supone ciertas dificultades para comprender y organizar la *posesión*, a diferencia de *dominio absoluto y pleno* de las cosas.

Por supuesto, no se trata aquí de un *derecho ideal* que se acomoda a las necesidades del momento.—(N. DEL T.)

contradicción consigo mismo. En mi sentir, es ponerse un enigma, decir que el fin del derecho, que es «garantir en los límites de la posibilidad la efectucción y realización sin trabas (?) de la voluntad individual», tenga por consecuencia «que la voluntad traducida en acción debe ser jurídicamente protegida contra toda coacción no legítima, aun cuando aquélla no se encuentre dentro de los términos del derecho, sino tan sólo en los del hecho» (Randa, p. 86) (1). Es preciso distinguir la personalidad y la relación constituida injustamente. La primera, a pesar de la injusticia cometida, queda lo que ella es y no pierde en nada su protección jurídica; pero no se sigue de esto que la personalidad pueda, como un santo milagroso, ennoblecer, curar, depurar todo lo que está enfermo o impuro, y cubrir con el amplio manto de su propia protección jurídica todas las relaciones injustas a las que haya podido incorporarse su voluntad. Tales relaciones pueden ser perfectamente separadas de ella; son su obra, pero no su personalidad misma; y se puede destruir la obra (2), sin tocar al obrero. «Pero—se dice—el golpe contra la obra es ya por sí mismo una injusticia». Es precisamente lo que yo discuto. Ahí está la idea de Savigny de la injusticia formal implícita en toda lesión de la posesión; pero, en mi sentir, no puede resistir al examen en el derecho romano.

El Estado puede acudir siempre, y acude, en efecto, a prohibir y a mantener la violencia dentro de ciertos límites, sin hacer excepción alguna, en favor de aquellos que han sido víctimas del robo o del bandidaje, cuando emplean la violencia

(1) Me parece eso aún más incomprensible ante la sagacidad con que el autor muestra a continuación lo débil de la alegación de Savigny en pro de que la sustracción violenta de la posesión es por sí misma una injusticia. V. más arriba. Su supuesto derecho de la voluntad a ser protegida contra toda violencia, aun en el caso de injusticia, no es otra cosa, en efecto, que la repetición, bajo otra forma, de la idea de Savigny sobre la interdicción de la defensa privada, la transformación de un principio jurídico objetivo en un derecho subjetivo.

(2) En virtud de esto, es por lo que la consideración de la personalidad prohíbe al acreedor maltratar al deudor fugitivo, pero no confiscar las cosas que pueda coger sobre él. L. 10, § 16 *quae in fr. cred.* (42, 8).

contra el ladrón o bandido. Pero el motivo que determina al Estado, no es la creencia de que aun los ladrones y los bandidos tienen, en virtud de la libertad absoluta de su voluntad, un derecho irrecusable a ser protegidos en el pacífico goce de sus rapiñas, sino la consideración legislativa y política, según la que, la defensa privada es un arma de doble filo, y que vale más que el Estado mismo sea quien sostenga la balanza de la justicia (1). Desde el punto de vista del sujeto, no puedo, por lo que a mí concierne, llegar a condenar la defensa privada, y la historia misma no ha llegado a ella, sino después de haber atravesado por la fase de la *subjetividad* pura del derecho. ¿Qué injusticia sufre el bandido si la víctima le sustrae la cosa robada inmediatamente? (2) La voluntad, se dice, es libre; toda coacción es contraria a su esencia. ¿Pero no es en virtud de una coacción por lo que la autoridad pública arrebató la cosa violenta-

(1) Pueden ser estas meras consideraciones de oportunidad, un motivo circunstancial que tiene su fuerza en la producción del derecho positivo; pero debe tenerse en cuenta que la protección no se dispensa al *poseedor ladrón*, sino en cuanto *no lo es* actualmente, es decir, en cuanto para las relaciones exteriores sociales y a juicio del Estado aparece como hombre honrado. Podrá luego resultar *ladrón* efectivamente; pero mientras *no resulte*, es como si no lo *fuera*. Ya hemos dicho que es preciso colocarse en el punto de vista de los datos sensibles que socialmente se ofrecen para definir por el momento, y sin perjuicio de lo que con nuevos datos pueda afirmarse, la posesión del poseedor actual. Esto aparte también de lo que en otra nota dejamos expuesto respecto a la explicación del principio, según el cual, nadie en un estado social de derecho debe tomarse la justicia por su mano.—(N. DEL T.)

(2) Claro es que la afirmación, según la cual, no debe nadie hacerse justicia por su mano, no niega la *legítima defensa de la persona y bienes* que los códigos consagran, o de otra suerte, habría que sufrir sin protesta, y en espera de una acción ulterior y menos segura quizá del Estado, todos los ataques de la injusticia. Pero para aclarar adecuadamente esto, es necesario tener presente las condiciones que deben concurrir en la defensa para que sea legítima, y además, que modifica gradualmente las consecuencias sociales de la defensa de las cosas la naturaleza de las mismas, según sean muebles o inmuebles. De todas suertes, el ladrón alcanza la protección jurídica sólo cuando *no parece tal*, lo que no ocurre en el caso a que Ihering alude en el texto.—(N. DEL T.)

mente a aquel que no tiene derecho? Sí; pero—se añade—eso se hace con formas jurídicas. Es verdad; pero el hecho de la coacción subsiste siempre: la voluntad, pues, no es tan absolutamente inviolable, ni la coacción tan absolutamente condenable.

La resistencia de la voluntad ilegal contra el derecho puede y debe ser, en su caso, rota por la violencia externa: el medio de alcanzar ese fin es una mera cuestión de forma, cuya solución adecuada es, sin duda, uno de los problemas más importantes de la administración de justicia; pero que no constituye, en mi concepto, un derecho de los ladrones y bandidos—como la recta dirección del sitio de una plaza fuerte no es un derecho de los sitiados.

Pero escuchemos al derecho romano en esta cuestión. Nosotros preguntamos: la defensa privada y la violación, ¿son de una manera absoluta una injusticia irreconciliable con la idea de la libertad de la voluntad, tal cual es realizada en el derecho *romano*?

Esta cuestión debe, sin duda alguna, ser resuelta negativamente desde el punto de vista del derecho *antiguo*. Ese derecho, lejos de condenar y de perseguir en principio la defensa privada, veía en ella, por el contrario, una manifestación natural, una consecuencia necesaria de la libertad de la voluntad, y atendía sólo a que aquélla se mantuviese en los justos límites y según las fórmulas prescritas (1). El derecho nuevo, también, bajo el influjo de esas maneras de ver nacionales antiguas, concedió a la defensa privada una extensión que no puede conciliarse con la opinión que combatimos. El *possesor justus* tenía, hasta Justiniano, el derecho de expulsar violentamente (siempre que no fuere a mano armada) al *possesor injustus* que hacía resistencia; de igual suerte el arrendador, y en general el poseedor, podía expulsar a aquel que detenia la cosa en su nombre (2) y al ausente que durante la ausencia se hubiese apoderado con

(1) V. mi *Espíritu del derecho romano*, I. § 11 (2.ª edic., págs. 118-167).

(2) Esta última consecuencia, que yo he sostenido siempre, acaba de ser ampliamente desenvuelta por K. Ziebarth. *Die Realexecution und die Obligation*. (La ejecución real y la obligación). Halle 1866, página 57 y siguientes.

la posesión de sus fundos. ¿Cómo puede conciliarse todo esto con la opinión de que la idea directriz de toda la teoría posesoria es la inviolabilidad o la absoluta libertad de la voluntad? Que los jurisconsultos romanos, modificando adecuadamente la noción de la posesión, hayan referido esos casos, en todo o en parte, a la noción de la defensa privada, es indiferente. Lo decisivo es que todas esas personas tienen de hecho la cosa en sus manos: la voluntad de mantenerse en ese estado se manifiesta claramente y de un modo indudable por la resistencia que oponen: sufren, por lo tanto, esta injusticia que se supone encierra una lesión absoluta de la personalidad, y contra la cual el derecho no puede dejar a nadie sin defensa, a saber, la *violencia*. Y, sin embargo, se ven obligadas a sufrirla.

Se ve, por lo expuesto, que el derecho romano, lejos de aplicar a la doctrina de la posesión el punto de vista *formal* de una injusticia que descansa únicamente sobre la violencia, se deja guiar por el *material* de la relación jurídica que existe entre las personas. El mismo acto de violencia, según que es cometido por o contra personas diferentes, está sometido a una apreciación completamente distinta, según las relaciones recíprocas de esas personas.

Lo que acabamos de observar con respecto a la posesión, ocurre también con respecto al *derecho de obligaciones*. Si el punto de vista que combatimos fuese fundado, todo poseedor de una cosa de otro, aun el ladrón, debería tener contra la sustracción o el daño las acciones penales correspondientes. ¿Y es este el caso? No. La *actio legis Aquiliae*, la *condictio furtiva*, la *actio vi bonorum raptorum*, se niegan a todas esas personas, y en general a todo *malae fidei possessor*, y no sólo contra el verdadero propietario, sino contra cualquier tercero (1). Ahora bien; la cuestión que nos ocupa se presentaba a los jurisconsultos romanos de una manera aún más clara para esas acciones que para los interdictos posesorios, porque es preciso decidir *expresamente*

(1) V. para la *actio leg. Ag.*, l. 2.º. § 6.º y 8.º, *ad leg. Ag.* (9, 2); para las otras acciones, ver más arriba.

la cuestión relativa al delito. Si es en absoluto un delito arrebatar violenta o clandestinamente una cosa a otro, o dañarla y destruirla, ¿por qué esas personas son privadas de los remedios de que se trata? ¡Qué contradicción más palmaria aquella en que caen nuestros adversarios! Las acciones posesorias, cuya naturaleza penal es por lo menos bastante problemática, persiguen como *delito* un acto que no es considerado como tal en las acciones cuya naturaleza penal no ofrece duda alguna. Lo propio ocurría con la *coacción* antes del *Decretum Divi Marci*: el deudor, violentado por su acreedor, no tenía contra éste una acción penal; la injusticia formal contenida en la violación de la libre voluntad del deudor, no era tomada en consideración, frente al derecho material del acreedor (1).

De todo lo que precede debiera resultar con evidencia, al menos, que no es una idea romana, sino moderna, la de dar a la voluntad una posición inatacable, de la cual no puede ser desalojada más que en forma jurídica, y la de pretender que la voluntad, aun cuando se encuentre en contradicción con las leyes, puede solicitar ser protegida por sí misma. Es, por tanto, imposible que esta idea haya servido de regla a los romanos en su concepción de la posesión. Para mejor convencernos, examinemos esta concepción en sí misma.

Si la relación exterior de la posesión no adquiere importancia más que por la circunstancia en virtud de la cual la voluntad se incorpora a ella, y si es lesionada con ella; si como consecuencia, los interdictos posesorios descansan en el supuesto de la *lesión de la voluntad*, se puede preguntar:

1.º Cómo tales interdictos pueden concederse en el caso en que no se encuentra lesión alguna de la voluntad y cuando se trata únicamente de la existencia o no existencia de la posesión (2).

(1) L. 12. § 2.º, quod met. (4, 2).

(2) Es, después de todo, lo que puede ocurrir en el interdicto de adquirir, según nuestro derecho. Sabido es que este interdicto, para que proceda, según el art. 1633 de la ley de Enjuiciamiento civil, es requisito indispensable «que nadie posea a título de dueño o de usufructuario los

Dos pretendientes de una herencia que intentan colocarse en posesión de los fondos hereditarios, llegan por distintos caminos en el mismo instante a ellos: desean saber cuál de los dos ha adquirido la posesión, si el uno *in solidum* o ambos en junto. No puede ofrecer duda que deben debatir la cuestión por medio del *interd. uti possidetis*, porque de seguro no se les obligará a cometer actos de violencia, a fin de poder mostrar una lesión de la voluntad. Dos coposeedores se encuentran en desacuerdo acerca de una separación, y desean provocar una decisión judicial. Según la ley 12, *Comm. div.* (10, 3) la obtendrán mediante el *interd. uti possidetis*, sin que se les exija para ello un acto de violencia. El *interd. utrobi*, antes de Justiniano, permitía reclamar la posesión, aun contra tercer poseedor que no había recibido la cosa del demandante, sino de un tercero cualquiera, y acaso hasta de una manera legal. La idea de un delito era tan extraña a este interdicto como a la *reivindicatio*.

2.º Si es *la voluntad* lo que se protege, y si la posesión se presenta sólo como manifestación de la voluntad, ¿por qué exigir la condición de la posesión cuando la voluntad se ha manifestado de otra manera? Un cazador persigue una pieza, otro la mata ante su vista, ¿por qué no se concede aquí una acción contra el segundo por haber frustrado la voluntad del primero? (1).

bienes cuya posesión se solicita», y se propone dar la posesión de éstos al heredero testamentario o abintestato (art. 1634). Pero puede ocurrir que al realizar el interdicto se presente oposición sobre el derecho a poseer del reclamante, ya porque haya quien tiene el dominio o usufructo de los bienes, bien por que haya otro que por una disposición testamentaria u otro derecho se haya posesionado de los mismos. El debate, entonces, según los artículos 1642 y siguientes de la ley, recae sobre el hecho de si existe o no realmente posesión, y en rigor, no ha habido lesión de la voluntad de nadie. ¿Por qué se ampara aquí la posesión? Pues por virtud del mismo principio que sustentamos en las notas, porque en las *pruebas y fundamentos* exigidos, el amparado aparece como una persona *proba* y con *derecho*.—(N. DEL T.)

(1) Esta *voluntad frustrada* he aquí cómo se la trata por la legislación vigente de caza en España. Según el art. 38 de la Ley de Caza, si una o más reses fuesen levantadas y no heridas por uno o más cazadores, o sus perros, y otro cazador matase una o más de aquéllas durante la carrera,

En un local público uno coloca un signo sobre una silla, otro que lo ha visto se apodera de la silla. La voluntad de ocupar la silla estaba claramente manifestada por el primero; pero ¿quién podrá pensar en ese caso en una acción posesoria? E importa poco, por lo demás, que la voluntad tienda a la detención temporal o permanente de la cosa. Si la voluntad por sí misma merece protección, debé ser respetada lo mismo en un caso que en otro.

3.º ¿Qué de cosas incomprensibles, además, en el seno mismo de la teoría de la posesión! ¿Por qué no hay posesión sobre las cosas que no son susceptibles de ella (1), por qué no se da acción al hijo de familia capaz de querer, por qué no hay protección para los poseedores a nombre de otro? En todos esos casos la voluntad, como tal, es incontestable; existe lo mismo que en los del ladrón y el bandido, y si para estos últimos la naturaleza jurídica de su relación con la cosa no tiene influencia alguna, a causa de la naturaleza de la voluntad, ¿por qué no es así en los casos primeros? Sólo con pretextos se trata de cubrir o salvar tan palmaria contradicción. No es siempre verdad que el detentador conozca el motivo que excluye la posesión jurídica en su persona. Un hijo de familia, que en virtud de un anuncio digno de fe, de la muerte de su padre, se considera como padre de familia, tiene indudablemente el *animus possidendi*; y, sin embargo, su interdicto será rechazado si el adversario demuestra que el padre está vivo todavía. Yo conozco el caso de un comerciante de maderas, que tenía la persuasión de ser propietario del lugar donde depositaba sus maderas después de varios años,

el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando, tendrán iguales derechos a las piezas muertas que los cazadores que las hubiesen levantado y perseguido.—(N. DEL T.)

(1) Esta doctrina es la misma vigente, según el Código civil de España, el cual, en su art. 437, según vimos, dice: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Claro es que siempre se sobrentiende el concepto *legal*, con efectos *legales* de la posesión, pues de otro modo la cosa sería muy discutible.—(N. DEL T.)

al cabo de los cuales se demostró que una parte del referido lugar era *locus publicus*. La autoridad comunal le invitó a desalojar, y, ante su negativa, procedió de oficio a hacerlo (1). La lesión del *animus possidendi* existía aquí, y, sin embargo, el demandante fué rechazado en la instancia posesoria, por la excepción de incapacidad en la cosa. El heredero que ignora que su autor no era más que un colono del fundo, debe creerse propietario, y tiene por tanto el *animus possidendi* o *domini*. Pero, ¿para qué le sirve, si se establece el verdadero estado de las cosas?

Aun admitiendo que el tenedor conozca el motivo que ex-

(1) Cuestión es esta que ofrecería alguna dificultad para ser resuelta según el derecho vigente en España. Entraña otra, a la cual ya aludimos en otra nota, es a saber: la de si caben *interdictos contra la Administración*. Independientemente, por supuesto, del criterio filosófico que pueda susentarse respecto del carácter *excepcional* y privilegiado de las cosas llamadas *públicas*, y que en tal concepto están o *se reputan* fuera del comercio, al tenor de las leyes españolas, es evidente que, no estando las *cosas públicas* (art. 339 del Código civil), en el comercio de los hombres, no son susceptibles de posesión (art. 437 del mismo) ni de prescripción (art. 1936), y por tanto la Administración puede proceder a su recuperación por providencias gubernativas. Pero puede esto admitirse: 1.º, en los bienes que, aunque se hallan denominados de dominio y uso público, dejan de serlo de uso, por ejemplo, una carretera que se abandona por cambiar el trazado, 2.º, en los bienes patrimoniales del Estado, la provincia y el municipio. Es cuestión ésta, que, según en otra nota dijimos, se debatió en el Senado (legislatura de 1892) y que se quiso resolver por un proyecto de ley sobre prescripción de los precitados bienes patrimoniales. Actualmente, la solución es, para algunos, dudosa y en las resoluciones del Consejo de Estado y ministerio de Hacienda hay de todo. Por de pronto, según la ley Municipal, no cabe el interdicto contra las providencias del Ayuntamiento cuando obrase en el círculo de sus atribuciones. Pero, ¿es aplicable esta disposición a los casos indicados, y al debatir la posesión de los bienes *no públicos*? El Senado español opina que no, y decidió en pro de la procedencia del interdicto. Y se comprende que así sea, porque tratándose de las cosas patrimoniales del Estado, provinciales y municipales, no hay el *pretexto* (excepción) de la incapacidad en la cosa para ser poseída, y, por tanto, las condiciones generales que para que se revele *legalmente la probidad* de la persona pueden concurrir. — (N. DEL T.)

cluye la posesión jurídica en su persona, no veo qué influencia puede eso tener, desde el momento en que sólo se tiene en cuenta la voluntad como tal. ¿Por qué las personas que, como el arrendatario, colono o locatario, tienen un derecho al goce de la cosa—derecho relativamente protegido y transmisible a los herederos—no han de poder aspirar por su voluntad dirigida hacia este goce, al mismo reconocimiento y protección que el tenedor en precario, expuesto siempre a una revocación, que el acreedor anticrético, que puede ser alejado en todo momento por una oferta del pago, o que el usufructuario, que no puede transmitir su derecho a sus herederos? Es una vana sutileza objetar que no tienen aquéllos la voluntad de *posser*. De ordinario no se tiene la menor idea respecto de la diferencia que existe entre la tenencia y la posesión jurídica, y esa voluntad de poseer no se distingue en nada de las de las otras personas más arriba indicadas. Pero es—se dirá—que no pueden tener otra voluntad. De lo cual resultaría que el motivo por el que se les niegue la posesión, no radica en su voluntad, sino en la regla de derecho: la posesión les falta porque no tienen la voluntad, ¿y por qué se les niega? ¿Porque el derecho no les concede la posesión!

Bruns (pág. 494) alega, como explicación, que el «comodato ni el arrendamiento dan derecho real, ni, por consiguiente, poder inmediato sobre la cosa». Pero yo preguntaría si el tenedor en precario tiene un derecho real. No tiene ni el derecho que posee el colono, por cuanto el precario puede serle quitado en cualquier momento. Y, sin embargo, ¿tiene la posesión jurídica! Que se suponga por un instante que el derecho romano no se hubiese pronunciado jamás respecto de la relación posesoria de esas dos personas: bueno sería saber si se ocurriría a nadie deducirla de la idea de la libertad y de la inviolabilidad de la voluntad.

El colono no tiene, en derecho romano, derecho alguno posesorio, y ese precepto estaba en vigor en Roma en el origen aun para los colonos de los *ager vectigalis*, hasta que obtuvieron por el Edicto del Pretor remedios petitorios y posesorios. Semejante innovación, ¿responde a su *voluntad*? ¿Era ésta tan mo-

dificada, que el Pretor debiera considerarse obligado a reconocerlos como poseedores? Es difícil admitir que el colono o arrendatario de un *ager victigalis* tuviese una voluntad distinta de cualquier otro.

En la precedente refutación no he comprendido más que los principales defensores de la opinión que combato, y no se exigirá ciertamente que dé a conocer todas las variantes y fluctuaciones con que se reproduce por autores recientes (1). Creo, sin embargo, que debo hacer una excepción en favor de Windscheid, porque esta idea ha sido presentada por este autor de una manera muy distinta de la ordinaria. «Todo individuo—dice en sus *Pandectas* (1, pág. 365)—, es igual a otro cualquiera en el Estado: ninguno debe elevarse por encima de otro. Toda voluntad que se realice en el hecho, en la posesión, tiene como tal, y hecha abstracción de la justicia de su objeto, un valor igual al de cualquier otra voluntad aislada que quisiera someter la cosa; si una voluntad aislada quiere realizarse frente a la primera, puede ésta acudir a la decisión de los órganos del orden jurídico establecidos por el Estado. Pero, ¿dónde radica el motivo impulsivo de este recurso, si toda voluntad tiene igual valor que cualquier otra? Realmente, en ese caso, como en todos los demás en que la voluntad trata de vencer a la voluntad, y la fuerza a la fuerza, es la preponderancia de la fuerza la que decide (2). Y no se ob-

(1) En cuanto a la opinión de Lenz. *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (El derecho de posesión y sus fundamentos)*, 1860. Véase Windscheid, *Pandectas*, § 150, núm. 1.

(2) Es el defecto capital de la teoría de la voluntad, como teoría jurídica. En cuanto se prescinde del contenido de esta voluntad (fin del derecho) y además no se tiene presente, en relación con este contenido, la *cualidad* de la voluntad, que ha de ser libre y buscar el bien que de su actuación en el hecho resulte, la voluntad queda convertida en mero poder de hacer, en mera fuerza, y la ordenación de la misma tiene que ser el resultado del imperio de la voluntad más fuerte. Después de todo, es lo que va implícito en el concepto que del derecho tienen los partidarios de la voluntad general como órgano que define la regla social de vida, según puede verse, v. gr., en Rousseau. Donde resulta esto más claro y patente, es en las teorías políticas. La concepción de la voluntad, según

jete que el precedente poseedor puede hacer valer que él ha ejercido ya su fuerza y que el producto debe ser respetado. Sería esto verdad, si ese poseedor tuviera además el derecho de su parte en el acto de la apropiación; en otro caso, por ejemplo, si el bandido más fuerte, que ve que le arrebatara la cosa otro bandido, reclamase sólo su posesión, es decir, acerca del hecho del empleo de la fuerza, su adversario podría emplear exactamente el mismo argumento, el hecho habla en este instante a su favor. Si se hace descansar la posesión únicamente sobre la voluntad de hecho, si se la desliga de ese modo de toda relación con el derecho, entonces la posesión no es más que del que más pierde, y en vano se tratará por medio de reglas jurídicas, tales como, por ejemplo, *in pari causa conditio possidentis melior est*, de evitar la necesaria consecuencia de que la fuerza venza a la fuerza. Con el recurso de la simple voluntad de hecho, es imposible construir la posesión. La voluntad que se pone en oposición con el derecho, no puede aspirar a ser protegida, y si el derecho se ha visto en la necesidad de concedérsela con respecto a la posesión, es preciso buscar las razones, no en la voluntad misma, sino en otra parte.

queda dicho, lleva a la omnipotencia de las mayorías y al fin despoja al poder del Estado (soberanía) del límite natural y espontáneo, que le impone su carácter ético, para convertirla en un poder que no encuentra su límite más que en el agotamiento de la fuerza coactiva de que materialmente dispone. La concepción moderna del llamado *Estado jurídico* (*Rechtsstaat*), tiene el mérito de rectificar el sentido, indiferente a la ética de la concepción praxológica del derecho, suponiendo en las manifestaciones de la voluntad política la idea de que deben producirse llevando en sí mismas el criterio del límite jurídico, es decir, la idea de que el poder político es, como todo poder humano, poder *moral*, *libre*, que sólo es legítimo cuando obra en su esfera y para su fin (racional).

Una crítica de la teoría de la voluntad, puede verse en las notas de Giner a la *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens, t. I.—(N. DEL T.)