

La prueba político-legislativa

La prueba a que hemos sometido la teoría subjetiva en el anterior capítulo desarróllase ante el Juez; ésta ante el legislador. No se ha practicado jamás hasta ahora. Ninguno de los partidarios de esta teoría ha intentado, que yo sepa, justificar, desde el punto de vista político-legislativo, la oposición entre la posesión y la tenencia, ni con respecto a la idea fundamental por la cual se ha dejado guiar, según se cree, el derecho romano; la dualidad de la voluntad de poseer, ni con respecto a la aplicación que ha hecho de ella a las relaciones aisladas. Los casos mismos en los cuales se admite que ha prescindido de esta idea, es decir, los de la posesión derivada, no han procurado a la teoría reinante la ocasión de tocar la cuestión más de cerca; antes bien pasa de largo añadiendo la frase desprovista de sentido, según la que tales casos han sido producidos por causas prácticas o históricas, pero sin exponer estas últimas.

El punto de vista en que se coloca en esta teoría, no es, pues, más que un puro y frío *positivismo*.

Tal es la disposición del derecho romano. ¿Qué motivos ha tenido para ello? Cosa es que no preocupa a la teoría; su misión limitase a la exposición de las reglas positivas del derecho romano. Sólo una vez, algunos partidarios de la teoría subjetiva, se han separado de esta línea de conducta intentando deducir *a priori* la posesión romana de la naturaleza de la voluntad (I).

(1) Examinaré los detalles en la ojeada acerca de la historia literaria (XII).

Se ha acudido aquí, como en tantas otras ocasiones, a la lógica del derecho para explicar y justificar las disposiciones positivas, pero en realidad todo se ha limitado a deshacer el camino propio de la idea político legislativa, única en situación de desempeñar esa tarea. ¿Por qué, se dice, buscar la justificación o la necesidad legislativa de una disposición positiva, cuando se ha sentado que ésta no puede ser más que lo que es y que al legislador no le toca otra cosa que inclinarse ante los dictados de la lógica?

No es éste el lugar más adecuado para extenderme acerca de la pretensión de subordinar al legislador a la lógica del derecho (1). En mi concepto, su relación con ésta es sencillamente la siguiente: cuando conduce a resultados prácticos aceptables, la acoge; si no, la rechaza. El legislador no puede hacer otra cosa si quiere responder a su misión, y el derecho romano no se ha separado de esta línea de conducta. Precisamente contiene ejemplos muy notables de esto la doctrina de la posesión. En principio, la posesión hubiera debido cesar inmediatamente de producirse la locura; por motivos prácticos, el derecho romano la deja continuar. En principio, la extinción de la posesión por la muerte del poseedor, hubiera debido interrumpir la usucapición; el derecho romano deja que continúe. Teóricamente, el poseedor debería perder la posesión a consecuencia de la ocupación de su fundo en su ausencia; pero la conserva. Conforme a la teoría subjetiva, en principio debería haber tenencia en los casos de posesión derivada y hay posesión. ¿Qué es lo que ha producido todas esas desviaciones de la lógica del derecho? Sencillamente el interés práctico. Ahora bien; un derecho como el romano, que no ha vacilado en sacrificar por consideraciones prácticas los principios por él mismo reconocidos, ¿es posible que se dejase imponer por la lógica jurídica la idea fundamen-

(1) Haré esto en mi obra sobre el fin en el derecho (*Zweck im Recht*). Encamínase ésta, según mi plan originario, a poner de relieve el elemento teológico frente a la importancia exagerada que la opinión reinante da al elemento lógico en el derecho:

tal de toda la doctrina posesoria sin atender a las exigencias prácticas? De ningún modo. Las explicaciones que siguen, demostrarán si la idea de la dualidad de poseer se presta a ser traducida en ley. La teoría de la voluntad va a ser sometida a la prueba a presencia del legislador. El legislador ve en primer término ante sí la teoría de la voluntad abstracta; ésta le indica que al establecer la distinción entre posesión y tenencia debe guiarse por la idea de la diferencia intrínseca de la voluntad de poseer, decidiendo, según ella, si hay posesión o tenencia; ¿y qué responderá aquél? Las mismas consideraciones que en tantos casos me han determinado a decidir cosa distinta de lo que teóricamente se indica, tienen para mí el mismo peso cuando se trata de saber si en la posesión derivada debo admitir la posesión o la tenencia. Si porque el acreedor con prenda no tiene la verdadera voluntad de poseer, yo le negase la posesión para concederla a quien constituye la prenda, daría a éste la facultad de tomar la cosa del acreedor, lo que es inconciliable con la seguridad de la situación jurídica del acreedor, colocándole en la extraña posición contradictoria de concederle la *in rem actio* para obtener la cosa, sin concederle protección alguna para *conservarla*. Las mismas consideraciones son también decisivas para mí con relación a los *jura in re*; caería en contradicción si quisiera concederle la protección enérgica de la *in rem actio*, y al propio tiempo negarle la más débil de las acciones posesorias. La teoría puede explicarse eso como le acomode, recurrir a una *juris possessio* o a una *corporis possessio* excepcional, dispensada de la verdadera voluntad de poseer, nada me importa; por mi parte me atengo a la regla práctica de que esas dos personas serán protegidas posesoriamente, o lo que es lo mismo, que esas personas tienen la posesión.

Algunas legislaciones modernas, por ejemplo, el derecho prusiano, han llegado más lejos aún en este camino de extender la posesión a los casos de posesión derivada, a pesar de la falta del *animus domini*. Llegan a dar un derecho real al colono y al inquilino. El derecho prusiano no ha hecho más que restaurar, con algunas modificaciones, las disposiciones del antiguo dere-

cho germánico, que concedían la *gewere* al colono del derecho común al igual que al feudatario (1). El derecho romano reconocía la posesión en materia de posesión derivada, aun para las cosas muebles, en tres casos: prenda, precario y secuestro.— ¿No podría la legislación ir más allá aún en el camino de la posesión respecto de esas cosas? Cuestión es ésta que reservo para la conclusión de esta obra. En todo caso, la legislación no debe dejarse dominar por la objeción de que el *animus domini* falte: si ha pasado por encima de tal consideración en tales casos, puede hacer lo mismo en otros. La teoría de la voluntad abstracta no resiste, pues, su prueba ante el legislador; éste la ha rechazado como inaceptable en una porción de casos. Sea, dirá la teoría, pero son casos excepcionales; en los demás, ¿la reconoce en virtud de la fuerza de la lógica? Ya hemos visto que no se ha sometido a ella en los casos de posesión derivada; y, ¿por qué? No puede ser sino porque la situación que la teoría subjetiva supone lógicamente indicada se realiza en ciertos casos y no en otros. La consideración que le ha determinado a rechazarla unas veces, le ha impulsado a aceptarla otras. Una misma idea le permite en la posesión derivada admitir la posesión o la tenencia; tal consideración es la organización práctica de esta relación.

La prueba de que el derecho romano se conforma efectivamente con lo que acabamos de indicar, se dará para las diferentes relaciones particulares en el capítulo de la Teleología de la posesión derivada. La parte que se atribuye la teoría de la voluntad en la posesión romana se reduce a cero, en cuanto se la examina más de cerca. No constituyen sino una falsa abstracción teórica, a la cual el derecho romano no ha concedido el menor influjo sobre la organización de la relación de posesión derivada, y a la cual un legislador actual, libre del yugo de las teorías tradicionales escolásticas, tampoco debe concedérsele. Es una idea absolutamente estéril para la legislación, cuyo

(1) Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, V. 2, p. 17, not. 25, Heusler. *Instit. des deutschen Privatrechts*, V. 2, p. 31.

puesto está en los libros y no en un código, y cuya última hora, hasta en los libros, espero que sonará algún día.

Desde el punto de vista del derecho romano puede admitirse o rechazarse la teoría de la voluntad abstracta, sin que de ello resulte la menor consecuencia práctica. Sólo presenta un interés exclusivamente teórico, el de saber si en la organización de la relación de tenencia contractual relativa se ha dejado guiar el derecho romano por consideraciones lógicas o prácticas. Fuera de la cuestión de la prueba, de que hemos tratado antes (IX), esta teoría no implica consecuencias falsas para la práctica.

Ocurre cosa muy distinta con la teoría de la voluntad individual. Tiene ésta por principio la libre autonomía de la voluntad, con relación a la tenencia y a la posesión. Ya hemos sentado que la teoría reinante, en la forma bajo que ella misma se presenta, no *puede* ser entendida más que en ese sentido, y así *quiere* ser entendida. Basta para demostrarlo, recordar las palabras citadas más arriba de Randa: la voluntad de poseer es cosa del *libre arbitrio* del poseedor.

Pasa con estas ideas generales lo que con los objetos lejanos. Mientras se les contempla a lo lejos, se corre el peligro de engañarse; pueden tomarse nubes por cadenas de montañas y espantajos por hombres. Sólo cuando se ven más de cerca, se desvanece la ilusión del sentido. Hagamos esta experiencia con la idea de que se trata, acerquémonos a ella lo suficiente para verla tal cual es.

La voluntad de poseer, se dice, es cosa del libre arbitrio. Tomemos esto muy en serio. Comencemos a este fin por admitir provisionalmente como real una hipótesis que no se realiza nunca, según veremos: las personas interesadas conocen la distinción entre la voluntad de poseer por sí y la de poseer por otro; conocen también las consecuencias que esto tiene para ellos; en suma, conocen la distinción entre la posesión y la tenencia. El derecho les dice: podéis elegir libremente entre la tenencia y la posesión, poco importa el acto jurídico; podéis elegir, declarando que queréis tener la cosa para vosotros o para otro, es decir, poseer o tener.

Veamos ahora a donde nos lleva esto, y si el legislador puede aceptar las consecuencias que implica el principio de la libre autonomía de la voluntad. Toca al derecho romano responder. Si ese derecho, que se cree guiado por ese principio, rechaza sus consecuencias, quedará probado que ha tenido tal principio por inaceptable.

Distingámonos entre el *nacimiento* originario de la relación de posesión y su transformación ulterior.

I.—EL NACIMIENTO

Según la teoría de la voluntad abstracta y la objetiva, la *causa* es la que decide si en la relación de posesión derivada hay posesión o tenencia, sin que se tome en cuenta la voluntad individual divergente. Según la teoría de la libertad individual, esta última es la que decide. Según ella, pues, puede haber posesión en los casos en que la relación implica la tenencia y viceversa. Distingamos estas dos hipótesis.

I. *Posesión* en lugar de *tenencia*.—Suponemos, por supuesto, que no quepa duda alguna sobre la existencia de la voluntad de poseer; admitimos a este efecto que ha sido declarada expresamente ante testigos. Examinemos las dos formas que puede revestir la tenencia contractual: por procuración y de propio interés.

La relación de tenencia por procurador. Envío a mi criado a la estación con los documentos necesarios para recoger una mercancía facturada, o bien envío a un carretero al bosque con la oportuna factura para recoger la leña comprada en la subasta. Entregando los documentos de que son portadores han adquirido la posesión. No tenemos por qué preocuparnos de que el derecho romano decida lo contrario (1); nos limitamos a exponer el punto de vista legislativo, único que ahora nos importa.

La cuestión está en saber si en la representación directa

(1) L. 13 *De donat.* (39-5): ... *nihil agii in sua persona, sed mihi acquirit.*

(pues no se trata aquí de la indirecta) puede el legislador conceder este influjo a la voluntad contraria del representante. Plantear la cuestión es resolverla. Valdría esto tanto como minar la institución de la representación; su efecto sería en cada caso particular completamente incierto y dependiente de la voluntad del representante; esto en cuanto a la seguridad de las relaciones. Y no se objete que un representante infiel podría también arrebatar la cosa de que ha tomado posesión para su mandante, siendo esto un peligro como el otro. Eso es cierto en cuanto a la posesión, pero no en cuanto a la propiedad. De la cuestión de posesión depende aquí también para el representado la de propiedad. Si el representante ha adquirido la posesión para sí, su mandante no se ha hecho propietario por él. La situación puede tener consecuencias temibles para el representado. Imagínese, por ejemplo, el caso en que el expedidor de la cosa ha quebrado o ha muerto; en tales casos, sin transmisión de la posesión, la propiedad tampoco hubiera pasado a él (1), lo que según las circunstancias puede equivaler a la pérdida de la cosa. La situación sería aún más peligrosa en el caso de adquisición *originaria* de la propiedad, por ejemplo, por *occupatio*, especificación, que en el de transmisión de la propiedad por tradición, donde a lo menos la *propiedad* no pasa al adquirente desleal, sino que queda en el transmisor. En los casos, en efecto, donde la adquisición de la propiedad se liga al *acto exterior* como tal, el representante adquiriría al propio tiempo la posesión y la propiedad por la declaración de que realizó este acto en su propio nombre por sí mismo. Los peces pescados, los animales cazados, pertenecerían al criado del pescador, al guarda del cazadero; los cigarros fabricados, a las cigarreras, el vestido, al oficial de sastre (2). Parece indiscutible que, a pe-

(1) L. 9, § 1 de *J. D.* (23-3): ... *jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invicto eo.* L. 41 de *R. cr.* (12-3): ... *mortuo me... accipientis non facies.* L. 4 *pr. de man. vind.* (40-2): ... *durare oportet patris voluntatem.* L. 15, § 1, *qui et a quo* (30-39).

(2) En cuanto a la ocupación, no conozco ningún texto. Para la especificación me remito a la L. 31 *pr. de don. i. V.* (24-1): ... *quamvis uxores*

sar de su voluntad contraria, todas esas personas, según el derecho romano, adquirirían la posesión y la propiedad para el amo. Lo que el pasaje citado antes decide respecto de la tradición, debe aplicarse también a esos casos. La misma consideración que motiva ahí la falta de influjo de la voluntad de poseer del representante aplícase a estos casos; esto es, la de la seguridad de las relaciones que no pueden prescindir de la representación.

En virtud de todo lo expuesto, creemos que la libre autonomía individual del representante, es absolutamente incompatible con lo que el legislador debe tener en cuenta en la organización de la representación para los intereses de las relaciones.

La relación de tenencia de propio interés.—Ya sabemos cuál interés tiene para el señor o dueño de la posesión en Roma el mantenimiento de la posesión en la persona. El reconocimiento del principio de la libre autonomía de la voluntad hubiera sido, en materia de arriendos, el sacrificio de la posición jurídica de aquél. El derecho romano no podía consentirlo, lo cual se comprende sin que sea necesario detenerse a explicarlo.

2. *Tenencia en lugar de posesión.*—El caso que suponemos no se presentará jamás; pero es preciso decir lo mismo de la mayoría de aquellos que debemos invocar para practicar la prueba a que sometemos la teoría de la voluntad individual. La responsabilidad del carácter puramente ficticio de mis ejemplos no es cosa mía; es obra de la teoría misma. ¿De qué modo podré probar yo que en la aplicación conduce a resultados absoluta-

cura tamen vixi esse, y L. 27, § 1 de A. r. d. (41-1): CUJUS NOMINE factum sit, ejus esse. Según Savigny (p. 306), la voluntad de poseer de parte del intermediario no está desprovista de efecto sino en caso de tradición porque aquí «la intención del transmisor» es la determinante, de tal suerte, que la adquisición de la posesión depende de esta intención; en esto ve una excepción al principio general de la L. 1, § 20, h. t., en la cual relaciona equivocadamente las palabras *cum suo nomine nacti fuerint possessionem*, con la adquisición directa por representante, en vez de referirlas a la indirecta por sustituto. Según él, el intermediario adquiriría en todos los casos más arriba citados la posesión y la propiedad.

mente inaceptables, sino ensayando por mi parte esta aplicación? Una teoría *escolástica* no puede ser examinada sino con ejemplos de *escuela*.

Examinemos, pues, la voluntad individual encaminada a la tenencia en lugar de encaminarse a la posesión que implica la relación que se trata de establecer. El ejemplo de la prenda nos servirá para el caso. El acreedor con prenda es un antiguo estudiante de Derecho, desertor, que recuerda aún que el acreedor de que se trata no tiene el *animus domini*, pero que se ha olvidado que según el derecho romano obtiene la posesión, o bien son dos exjuristas, que convienen que en ese caso sólo hay transmisión de tenencia.

¿Con qué ojos contemplará el legislador esta exclusión de la posesión en materia de prenda? No la admitirá, como no admitirá la renuncia a la facultad de enajenar, declarándola nula por incompatible con el fin del contrato de prenda. Si el acreedor en su caso, no obtiene más que la tenencia, el deudor puede quitarle la cosa cuando guste; y como la prenda lo que se propone es asegurar el crédito, el legislador que admitiera eso, caería en la contradicción antes indicada, de dejar sin protección posesoria a aquel que él protege con el petitorio, mediante la *actio hypothecaria*.

II.—TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN POSESORIA

Cual si el derecho romano hubiera previsto la teoría de la voluntad individual, ha procurado desde los tiempos más antiguos salirle al paso. Lo ha hecho por medio de la regla formulada por la jurisprudencia antigua (*veteres*): *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Más adelante (XV) la examinaré *dogmáticamente* al tratar de la teoría posesoria de los juristas romanos. Ahora sólo debemos tratar de la cuestión relativa a saber si *legislativamente* ha alcanzado su fin.

Son posibles dos hipótesis: transformación de la tenencia en posesión, transformación de la posesión en tenencia.

1. *Transformación de la tenencia en posesión*.—Las conside-

raciones legislativas que hemos indicado respecto al mismo punto en el *nacimiento* de la relación posesoria, valen igualmente en este caso, teniendo por nuestra parte que rechazar la misma objeción. El tenedor, se puede decir, es dueño de apropiarse de hecho la posesión: en las cosas inmuebles, impidiendo al dueño ejercer actos de propiedad, por ejemplo: reparaciones, nuevas construcciones, visitar los fundos; en los muebles, negando la restitución. ¡Conformes! Pero semejante disposición de *hecho* no se concibe sin que llegue a conocimiento del dueño, y de ese modo pueda oponerse o acudir a las vías del derecho. La hipótesis de la voluntad de poseer, por el contrario, aun cuando se manifieste en forma de declaración hecha ante testigos, puede realizarse a espaldas suyas. Si el derecho concediese a esta declaración el efecto de que el tenedor obtenga la posesión, el poseedor perdería sin saberlo la posesión; resultado legislativamente inaceptable. El derecho romano ha negado también todo efecto a la ocupación de hecho del fundo de un ausente, mientras no haya llegado a conocimiento del poseedor.

Nuestras fuentes nos ponen en situación de responder a la cuestión de saber cómo los juristas romanos han considerado esta hipótesis del *animus domini*. Con relación a las cosas muebles, se dice expresamente en la L. 3, § 18, h, t: *nec ANIMO furtum committitur*, y respecto de los inmuebles resulta esto de los fundamentos siguientes: El colono no puede manifestar más claramente esta voluntad de ser propietario que vendiendo el fundo. Ahora, si por efecto de un arriendo pactado con el comprador, su relación *exterior* con la cosa no cambia, no hay, respecto del arrendador primitivo, ningún hecho exterior que pueda hacerle reconocer que el colono se ha apropiado la posesión, y he ahí por qué su posesión continúa, a pesar del *animus domini* del colono, *prior locator*, dice la L. 32, § 1, h, t, *possessionem per conductorum rectissime retinet*.

Para sostener lógicamente hasta el fin esta condición de la transformación *de hecho* de la relación (*dejectio* del *dominus possessionis*) exigida por los juristas romanos, en interés de la seguridad de la posición jurídica del dueño, no concedería por mí

parte ni la más mínima importancia jurídica a la circunstancia de que el tenedor hubiera notificado al dueño que ha adquirido el *animus domini*. Como arrendador, mientras todo queda en el orden establecido, es decir, mientras que el colono no haga actos de propietario, por ejemplo, construcciones, o no me impida hacer los actos que yo mismo quiera hacer, me tendrá tan sin cuidado, como si cualquiera se acercara a decirme que mi casa le pertenece. No hay para qué acudir a las armas contra palabras vanas. No tengo para qué privar al colono del placer de gozar del *animus domini*. Según la teoría reinante, sin embargo, me privaría de ese modo de la posesión, y debería yo para cortarla intentar la *interdictum uti possidetis*. Imagínese este procedimiento. Mi demanda y la sentencia que a ello accede, deberían tender a que el demandante sea condenado a reconocer que no tiene *animus domini*, y que en su lugar tiene el *animus alieno nomine possidenti*.

2. *Transformación de la posesión en tenencia*.—He aquí ya por primera vez un caso de una importancia práctica, real. Es el del *constitutum possessorium*, el único respecto del cual se ha reconocido la posibilidad de la transformación del *animus* en el derecho romano, según una opinión muy extendida. Dos opiniones se presentan ahora.

La una (1) sostiene que ese caso supone dos actos jurídicos; el primero encaminado a la transmisión de la propiedad de B. a A., venta, donación; el segundo encaminado al abandono del uso de la cosa de A. a B., esto es, al mantenimiento de esta

(1) Yo mismo lo expongo desde hace más de cuarenta años en mis enseñanzas y contiene la consecuencia necesaria de mi teoría del *animus domini* que se remonta a esta época. Que yo sepa, ha sido expuesta y realmente justificada poco ha por Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, p. 141 (1869), y *Verhandlungen des 15 deutschen Juristentags* I, p. 5, s. Por lo demás, según advierte Exner, ya había sido expuesta por Doneo. Sobre la literatura anterior, v. Windscheid, *Lehrbuch*, I, § 155, not. 8-8 c.; sobre la más reciente v. Goldsmidt, *Rechtstudium und Prüfungsordnung* (1887), p. 328, not. 139. Bähr, en mi *Jährbucher*, T. 28, p. 328 y siguientes (1888); Kroschel, *Arch. f. civ. Praxis*, v. 72, p. 256 y siguientes (1888).

cosa entre sus manos, en su interés: arrendamiento, reserva de usufructo (1). Para ahorrar la excesiva lentitud de esa doble transmisión que exigiría para las casas la entrada y la salida de las dos partes, y para los muebles lejanos su expedición y reexpedición, los juristas romanos han sentado como regla que la relación posesoria se establece sin acto exterior; A, se hace poseedor; B, tenedor en su nombre. Celso, en la L. 18, pr. h. t. y Ulpiano en la L. 77 de R. v. (6-1), tratan de justificar técnicamente el resultado, colocándose en el punto de vista de la adquisición de la posesión por representante. Si Celso se puso en lo cierto, sería preciso negar la transmisión de la posesión y de la propiedad al *accipiens*, en el caso en que el propietario anterior le hubiese otorgado un arriendo hereditario en lugar de uno ordinario, porque aquí no se hace *detentor alieno nomine*, sino que queda lo que era: poseedor; y siendo así, no podría ya hablarse de transmisión de propiedad de la manera indicada antes. Ahora bien; los juristas romanos, ¿han decidido en realidad ese caso de un modo distinto a los otros? Los que conmigo se inclinan a la negativa, han juzgado desde luego el punto de vista de Celso: es una tentativa de construcción frustrada, que, como siempre ocurre, perturba más y más la inteligencia de las cosas. El verdadero motivo de esta simplificación de la operación, está en la consideración práctica indicada, siendo cierto para los casos en que el vendedor conservaba la posesión a consecuencia del segundo acto jurídico, así como para en el que se hace tenedor como consecuencia de este acto. En todos esos casos, el *animus domini* no desempeña el mismo papel; lo que efectúa el cambio en la relación posesoria es tan sólo el concurso de los dos actos dirigidos hacia dos fines diferentes: el *animus detinendi* para nada interviene aquí.

(1) V., para el arrendamiento, L. 77 de R. V. (61), arg. L. 18. pr. h. t.; para el usufructo v. L. 28, L. 35, § 5, Cód. de donat. (8-54). Entre los romanos añadáse también el *precarium* en materia de prenda. L. 15. § 2, qui satisd. (2-8). Se ha querido explicar así, fundándose en la L. 2, pro. soc. (17-2), la transmisión de la propiedad en la *societas omnium bonorum*.

La *segunda* opinión estima que la simple hipótesis del *animus alieno nomine detinendi* basta para transmitir la posesión de B. a A. Refiérese a Celso, cuando éste dice: *alium possessorem ministerio meo facio* (L. 18, pr. cit.) Si basta la simple intención de adquirir la posesión por otro como representante, ¿qué importa que la cosa se encuentre en poder de un tercero o de un representante? Lo que puede en uno lo puede en otro. La única diferencia entre los dos casos estriba en que en el primero, la representación se presenta como una operación independiente, mientras que en el otro existe ya entre las partes una relación jurídica anterior a la cual se adapta. No se advierte la razón de por qué el vendedor y el donador no han de poder, como cualquier otro, tomar la función de representantes. La necesidad de un acto jurídico especial para efectuar la restitución de la cosa del *accipiens* al *tradens*, es absolutamente imaginaria.

Lógicamente, el razonamiento es irreprochable, y sin embargo, es falso. Contra la conclusión que esta opinión saca del punto de vista de Celso, nada hay que oponer; únicamente ha cometido la falta de admitirlo inconsideradamente como exacto cuando no lo es. Es la falta misma en que ha caído la teoría subjetiva, con respecto al *animus possidendi* de Pablo, y a la cual debemos toda la doctrina del *animus domini*. Erígese en *principio jurídico práctico*, una *verdad dogmática* de un valor general, un punto de vista *constructivo* formulado por un jurista romano con el único objeto de justificar *técnicamente* cierto hecho jurídico. Antes de atribuirle ese valor, se hubiera debido preguntar si el derecho positivo lo reconoce, lo que en verdad no se ha hecho. De este modo se ha llegado a resultados que no sólo están en contradicción con el derecho positivo, sino que ni *siquiera pueden* ser admitidos por él. Como que de seguro se hubiera visto claro con un poco de circunspección. Nada se ha tenido en cuenta bajo el influjo del deseo ciego de sacar todas las consecuencias lógicas. La verdadera lógica no mira a su derecha ni a su izquierda; sigue recta sin preocuparse con los obstáculos que debería vencer en su camino, es como una bala disparada.

Voy a practicar las dos pruebas que no han practicado los defensores de esa opinión. La una, pondrá de manifiesto que el derecho romano *no ha admitido* las consecuencias que saca de la indicación de Celso, y la otra, que *no podía* admitirlas.

El derecho romano no ha admitido tales consecuencias (1).

Encuentro un argumento, que lo prueba de un modo perentorio, y que no ha sido aún utilizado, que yo sepa, en la actitud del derecho romano frente a la tradición en caso de donación de *todo un patrimonio*. Era el caso en que se podía imponer la sustitución de la tradición real por una ideal: en adelante designaré con ese nombre la tradición que resulta de la declaración hecha por el *tradens* de que quiere poseer a nombre del *accipiens*. Por tal modo se podría fácilmente ahorrar la fatigosa lentitud que implicaba la tradición de todas las cosas por separado. ¡Oh, estúpidos romanos! ¡Cómo no se les habrá ocurrido, que lo que les era fácil en el caso de tradición de una sola cosa, podían también hacerlo para una porción de ellas juntas, y que lo que era cierto en singular, debía serlo también en plural! Preferían por lo visto, tomarse el trabajo de hacer la tradición de todas esas cosas una por una...

Aquellos juristas no estaban a la altura de la lógica de la ciencia actual; no les hubiera venido mal, a lo que parece, ir a la escuela de nuestros juristas modernos, para aprender que realizar la tradición en ese caso es un mero juego de niños.

Idéntica dificultad se oponía a la sustitución de un fideicomiso universal. La validez *jurídica* de éste no reclama más que la declaración del heredero de que restituye; ¿podrá creerse que esos mismos juristas romanos, que exigían en el caso antes dicho la tradición real, hayan persistido en ser consecuentes, subordinando aquí la transmisión de la *posesión* a la misma condición, y sometiendo al heredero fideicomisario a los mismos

(1) *Vat fragm.*, § 263; *si neque possessionem rerum singularum tradidit... nihil egisse placuit*. L. 42 pr., de *m. c. don.* (39-6)... *cum bonis suis traditionibus factis... donationis causa cessisset*. Del propio modo, en la venta de una herencia, L. 14, § 2, de *her. vend.* (18-4): *res hereditaria tradere debet*.

principios que al heredero directo? [No] El derecho *hereditario* se adquiere por una simple declaración: la *posesión* por la *aprehensión*.

¡Cosa extraña a la verdad! ¡Qué contradicción la del derecho romano! En la *SOCIETAS omnium bonorum* reconocía el punto de vista del *constitutum possessorium*; en la *DONATIO omnium bonorum, no*. Pero, ¿es el derecho romano? Es Gayo quien ha establecido ese punto de vista; el derecho romano se ha limitado a permitir en esos casos la transmisión de la *propiedad* sin acto de tradición—sobre la posesión no se ha decidido—(L. 1, pro socio 17 2). Cuando Gayo recurría a la tradición tácita (L. 2 *ib. tacita traditio*) ha realizado de nuevo una tentativa de construcción que, lejos de poner el *derecho* romano en contradicción consigo mismo, pone a Gayo en contradicción con el derecho romano, porque sólo conviene a la donación de todo un patrimonio. Esta tentativa es análoga a las de Celso y Paulo. Por nuestra parte, no tenemos más que atenernos a las disposiciones positivas, y éstas nos enseñan que por motivos decisivos el derecho romano ha dispensado de la tradición en un caso, exigiéndola en otro. Que el jurista se explique esto desde el punto de vista técnico, de esta o de aquella manera, es cosa que a él sólo importa y que no puede afectar al derecho positivo.

Creo haber demostrado con lo dicho, que el punto de vista de Celso no puede aspirar a ser una verdad dogmática, y que la regla de que, según el derecho romano, se puede sustituir sin más, la tradición real por la declaración antes indicada no concuerda con el derecho romano. Si este derecho le hubiera conocido, no hubiera podido persistir en exigir para la donación de todo un patrimonio la tradición de todas las cosas que lo componen por separado.

El derecho romano no podía admitir esas consecuencias.

Hubiera eso significado nada menos que la abolición en la práctica de la tradición. La regla: *traditionibus, nom nudis pactis dominia rerum transferentur* (L. 20, Cód. de pact. 2-3), se hubiera colocado en el lugar de la contraria, el derecho romano hubiera dicho a las partes: la simple convención no basta, es

preciso que ejecutéis la tradición; pero si no os conviene hacerlo, no importa, el que transmite o entrega debe declarar que quiere en adelante poseer para el *accipiens*. No debe ni hacer esta declaración expresa; en este caso como en los demás, una declaración tácita equivale a esta declaración expresa; basta, en efecto, que resulte de las circunstancias que aquel quiere en adelante poseer para el *accipiens*.

¿No es mala la perspectiva que al Juez se le ofrezca

¿Cómo se distingue la obligación impuesta al que transmite por la tradición por el pretendido pacto accesorio de la impuesta por el contrato mismo? ¿Cuándo se ha convenido en hacer la tradición más tarde, no *debe* el vendedor conservar la cosa para el comprador, aunque nada se haya convenido en cuanto a la guarda de la cosa, y no posee para el comprador durante este intervalo? Que se le califique como poseedor o como tenedor, no implica *en la práctica* la menor diferencia en cuanto a su relación con la cosa; aun cuando sea como poseedor, debe abstenerse de todo acto de disposición a título de propietario; debe respetar al comprador como a aquel a quien la cosa *pertenece*, no, en verdad, en virtud de un derecho real, sino en virtud de una obligación, lo que para el caso es lo mismo; en suma, la posición es idéntica a la del tenedor; *posee para el comprador*.

Y si lo que resulta ya del contrato de venta como tal se conviniere también especialmente, ¿revestirá la relación otro aspecto distinto? Nadie hasta aquí, que yo sepa, ha dudado todavía de que todas las convenciones que se hacen sobre la tradición, por ejemplo, acerca del tiempo, del lugar, la persona que recibirá, deben considerarse como modalidades de ejecución, contenidas dentro del cuadro del contrato mismo y que en su consecuencia deben hacerse valer por medio de la *actio emti*. Compré en Noviembre un grabado en casa de un comerciante de objetos de arte, y le doy orden de remitirlo a uno de mis amigos en Navidad; si no lo hace, no intento contra él, ni la *actio depositi*, ni la *actio mandati*, sino la *actio emti*.

En el respecto *obligatorio*, pues, la convención de que el vendedor guardara la cosa para mí, nada cambia. Pero, y bajo el res-

pecto *real*, ¿dará aquélla a la relación otro aspecto? O, de otro modo, la simple convención de guardar, ¿será insuficiente y hará falta una declaración expresa enderezada al cambio de la relación posesoria? Entonces, en efecto, la idea hubiera perdido su carácter peligroso, porque entre los millones de casos que en la vida se producen, tal declaración apenas se haría una sola vez. El juez, a lo menos, sabría a qué atenerse, viéndose libre de la necesidad de deducir de las circunstancias el cambio en la voluntad de poseer.

Poco importa, por lo demás, la actitud que se tome en la cuestión relativa a saber si la transformación del *animus domini* es *animus alieno nomine detinendi*, debe resultar de una declaración expresa o poder ser deducida de las circunstancias. Todo lo que yo exijo, es que se tome en serio la regla de que el comprador se ha convertido en poseedor y propietario. ¿Y han procedido así, los defensores de esta opinión? No; han prescindido de dos consecuencias virtuales de esta regla, que les hubiera sido difícil admitir.

La primera. Si jurídicamente se debe tener la cosa por entregada, el contrato de venta mueble resulta desde luego *ejecutado*, y por consiguiente la *actio emti* no existe. El comprador no puede, pues, reclamar la entrega de la cosa por medio de esta acción, sino por la acción resultante de la nueva relación contractual, nacida en lugar de la venta. Nadie opondrá objeción alguna para los casos antes indicados del *constitutum possessorium* que llamaré *verdaderos*. El comprador que ha dado la cosa en arriendo al vendedor, no puede ya reclamar la tradición por la *actio emti*: debe servirse de la *actio locati*. Lo mismo exactamente debe ocurrir respecto de los casos no verdaderos de que aquí se trata, del *constitutum possessorium*. El comprador que ha recibido la tradición, ha perdido la *actio emti* para reclamar la cosa: debe intentar la acción que se deriva del contrato por el cual el vendedor se ha obligado a guardar la cosa. ¿Y cuál es ese contrato, depósito o mandato? Si es un depósito, el demandado no responde más que de la *culpa lata*; si es un mandato responde también de la *culpa levis*. Pero aquí el deman-

dante no es un vendedor, sino su depositario, y como tal no tiene el derecho de retención del vendedor. No necesito insistir en lo que para el mismo resulta. Quien rechaza esta consecuencia no puede tampoco admitir la tradición; una de dos, o la tradición, y entonces debe reconocer la eficacia de ésta, aun en el respecto obligatorio, o si vacila en admitir esta consecuencia, entonces no hay tradición ni aun en el respecto real. Una tradición que lo es en un supuesto y no lo es en otro, es un contrasentido.

La segunda. Tiene por objeto la tradición *forzada* (1). Según el derecho romano, la coacción es sabido que no hace nulo el acto, sino anulable; de donde resulta que en la tradición forzada la posesión y la propiedad pasan al autor de la coacción. Claro es que no importa bajo cuál forma se verifica la tradición: ya sea real o idealmente, ya por declaración de la voluntad. Así, si yo fuerzo a alguno a darme la declaración de que quiere donarme todo su patrimonio y poseer en adelante sus bienes para mí, me he hecho desde luego poseedor y propietario de sus bienes, y sólo hace falta por mi parte la misma declaración para transmitir a otro la posesión y la propiedad.

¡Qué mecanismo más ingenioso!

La posesión y la propiedad se han espiritualizado por una simple declaración de la voluntad de una manera tal, que nada deja que desear. La voluntad de poseer excede en velocidad al

(1) Ha sido llevado hasta aquí por la L. 23 § 2 *h. t.* de Javoleno, donde suscita la cuestión: *si vinxero hominem liberum, ita ut eum possideam: an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum?*; cuestión que, por supuesto, resuelve afirmativamente. Sin duda, no se trata aquí de la declaración de querer poseer, arrancada por la fuerza; pero si el jurista hubiese querido referir a ella el efecto de la transmisión de la posesión, no hubiera dejado de mencionar este camino abierto al autor de la coacción para procurarse la posesión. Ese pasaje obtiene una nueva prueba, no advertida hasta hoy, del hecho de que en el primer siglo del Imperio la adquisición de la posesión por representante era desconocida de los juristas. Javoleno disipa la idea por medio de esta singular razón: *neque enim RERUM NATURA RECIPIT, ut, per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.*

telégrafo eléctrico. Desde el momento mismo en que yo quiero poseer para otro mi finca de Jamaica o mi casa de Sidney, la tradición se ha cumplido; la cosa está ahora en el poder *físico* de otro, y aun antes de que el telégrafo haya transmitido la noticia del cambio verificado en la propiedad y en la posesión, el poder jurídico y psíquico pueden haber pasado ya por una porción de personas. Dado esto, la teoría del *constitutum possessorium* merecía, sin duda, el nombre de *mirabile mundi* que le daba Azon.

Pero basta lo dicho.

La voluntad de poseer funciona aquí, según la excelente indicación de Exner (1), «como una cantidad imaginaria empleada por el jurista para construir a su manera el resultado apetecido.» Si se resigna a no ser nada, si debe servir sólo para construir únicamente ciertos sucesos jurídicos, entonces la dejaremos. Pero no puede hacerse lo mismo si pretende presentarse como una cantidad *práctica*, según aparece en la teoría que acabo de examinar. Hemos visto que el derecho romano no le ha reconocido como buena ésta su pretensión, y yo no podía tampoco reconocérsela. Reconociéndosela hubiera sin duda renunciado en cierto modo a la tradición, arrebatando al juez un criterio cierto para ver clara la transmisión de la relación del estado obligatorio al estado del derecho real.

De las explicaciones que preceden, infiero, en conclusión, que el *constitutum possessorium* es una institución muy peligrosa, que la legislación moderna debiera reformar en los límites más estrechos, si no quiere arrepentirse amargamente de no hacerlo. Pueden verse los inconvenientes que ha producido en la práctica romana en una disposición transitoria de Teodosio, en la cual, con ocasión de la introducción de la insinuación para las donaciones, abolía la *especies traditionis quae olim retentio ususfructus (in donationibus) induxerat* (2). Lo que sin duda ha-

(1) L. e. p. 144 n. 57.

(2) L. 16 Cód. Teod. de don. (8-92). En la L. 9 ib. dos años más tarde restablecía el antiguo derecho; la introducción de la insinuación había, sin duda, dado margen a la incertidumbre en cuanto al derecho señalado en el texto.

bía provocado esos inconvenientes era la incertidumbre de la comprobación de la voluntad individual. Ha debido ser necesario preguntar no pocas veces si la declaración hecha por el donante significaba sólo que tenía *intención* de donar, o bien si había querido desde luego ligarse jurídicamente y si la *promesa* de donación jurídicamente obligatoria se debía realizar inmediatamente. Para disipar toda duda en materia de donación, Teodosio ordenaba la insinuación de una manera absoluta, es decir, sin atender al cuanto de la donación, exigiendo además para dar al contrato una eficacia real, que se añadiese una *corporalis traditio*, aun en el caso de *retentio ususfructus*. Estuvo en lo firme más tarde al derogar esta última disposición, pero la insinuación no dejaba lugar a dudas en ese caso acerca del efecto querido por las partes.

El hecho de dar en prenda las cosas muebles ha dado ocasión a nuestra legislación actual a decidirse respecto de la idea de ver una tradición en la declaración hecha por el traductor de querer poseer en adelante a nombre de la otra parte. Impulsados por motivos prácticos concluyentes, la mayoría de los derechos modernos han exigido en ese caso la entrega de la posesión, no han admitido el empeño de las cosas muebles, sino bajo la forma del derecho de prenda; pero como no podía ocultárseles que esta condición sería eludida de esa manera, y que por tal modo la disposición legal resultaría sin valor, han evitado expresamente tal rodeo.

Con lo dicho puedo dar por terminadas mis explicaciones sobre la transformación de la posesión en tenencia, resultado de un cambio en la voluntad de poseer. Creo habrán probado que contra la autorización para cambiar la posesión en tenencia no hay menos objeciones en el respecto legislativo que contra la de cambiar la tenencia en posesión. Entregar la posesión a la voluntad individual, es tanto como producir un estado de verdadera anarquía en el derecho. La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place; puede a voluntad decidirse hoy por la posesión, mañana por la tenencia, y así discutiendo. Encuentro una cosa que creo poder considerar como

abandonada; me voy a mi lecho con el *animus domini*. Al día siguiente sé que el propietario la ha perdido y me decido a entregársela; pues me quedo con el *animus alieno nomine detinendi*. Al otro día voy a su casa para entregarle la cosa; me dice que, en efecto, la ha perdido, pero no quiere recibirla porque está deteriorada y puedo guardármela. Tercera noche: duermo con el *animus domini*. El cuarto día, el padre o tutor del interesado me dice que no aprueba la donación; cuarto sueño en brazos del *animus detinendi*. Al día siguiente un jurista me aconseja resistirme en justicia; quinta noche, ¡otra vez con el *animus domini*!

¡Qué divertida no resulta así la voluntad de poseer! ¿Y por qué quien haya llegado a conocer en un caso concreto el encanto de esta diversidad de direcciones de la voluntad en la relación posesoria—el goce ideal de la voluntad jurídica—no ha de poder también darse ese gusto independientemente de esa relación? Podría emplearla para manifestar sus intenciones y miramientos con las personas; anuncio a usted por la presente, que «durante dos días poseeré mi casa en su nombre; considero a usted, pues, durante ese tiempo como un poseedor». Dos días después favorecería a otro de sus amigos; al quinto día a otro, y así sucesivamente.

Obligado a presentar consecuencias tan absurdas, desde luego declino mi responsabilidad: corresponde ésta a aquellos que han separado la voluntad de poseer de cada relación con los hechos y con los objetos reales de la vida, a aquellos que han hecho cosa tan frívola y vana como esa.

Se dirá, acaso, que el examen que he hecho de la voluntad de poseer no ha tenido como objeto, en su mayor parte, más que verdaderas sombras chinescas, hipótesis no presentables en la vida. Cuando una teoría como la de la voluntad individual no tiene otra utilidad que la de jugar con nociones impropias y la de proyectar sombras lógicas sobre la pared, ¿cómo podríamos probar la exactitud de las censuras sino es manejando la *Linterna* mágica de la lógica y produciendo con ella las imágenes mismas que puede reflejar?

Felizmente, no son, como digo, sino sombras. La libre determinación de la voluntad de poseer que desempeña tan importante papel y función tan capital, en la teoría, no se presenta, por decirlo así, jamás en la vida, por la sencilla razón de que fuera de los juristas nadie se para en la oposición que se indica entre el *animus domini* y el *animus alieno nomine detinendi*.

No tendría a la verdad inconveniente alguno en sostener una apuesta a que en un millar de hombres extraños al derecho, no se encuentra uno solo que tenga ni idea de esta noción; la distinción de la voluntad de poseer no sale de las regiones de la teoría; en la vida no tiene importancia alguna. Concederle una realidad práctica, ofrecer en la vida la distinción que la teoría supone, sería lo mismo que entregar a un hombre cualquiera una tabla de logaritmos, para arreglar un asunto que dicho hombre arreglaría del modo ordinario, sin conocer la tabla de logaritmos. Y así como para vivir el hombre no necesita conocer esta tabla, también puede vivir perfectamente sin conocer las distinciones de la voluntad de poseer, ni por lo tanto la diferencia entre la posesión y la tenencia.

Y voy a resumir las explicaciones contenidas en este capítulo.

La teoría subjetiva no ha podido resistir la prueba político-legislativa, como no ha podido resistir tampoco la de la historia, ni la procesal. Si ella misma hubiese hecho el experimento, sus ojos se hubieran abierto para ver y saber si realmente el derecho romano, tan sensato siempre, ha dado a la doctrina de la posesión una forma tan incompleta y truncada. Cuando una comadrona recoge un monstruo, no tiene por qué no creer con sus ojos en lo que ve; pero cuando la ciencia formula una teoría, que bien considerada, con perfecta sangre fría, no es más que un aborto, debería comenzar por preguntarse dos o tres veces, si la culpa es del legislador o de ella misma. Y nada de esto se ha hecho en este caso.