

Ojeada sobre la historia literaria

Jamás quizá obra alguna ha producido en el dominio de nuestra ciencia un movimiento tal e inaugurado un período literario tan absolutamente nuevo, como la obra de Savigny sobre la posesión, y con fundamento.

Las obras que se limitan a producir cosas substancialmente nuevas, sin penetrar en las vías no todavía recorridas por la ciencia, o sin aplicar un nuevo método de investigaciones, nunca tendrá ese éxito, por abundante y preciosa que su substancia sea. La ciencia no se ve obligada por ellas a cambiar de rumbo; continúa imperturbable, coloca en su lugar las riquezas nuevamente adquiridas, y allá pasados diez años, sólo los sabios saben todavía de quién emanan esas riquezas. La masa las contempla como todo lo que la ciencia ha reunido después de siglos, sin preocuparse con el nombre de los que las han descubierto. Únicamente las obras que abren nuevos rumbos, crean otra manera de concebir y de tratar los problemas científicos, en suma, que aplican un método nuevo, provocan, obligando a la ciencia a tomar posiciones, un profundo movimiento científico. Ese movimiento imprime carácter a su época y lo refiere todo al nombre de su autor.

Ese movimiento se produjo por la obra de Savigny. Su importancia es muy superior al objeto que trato. Ha llegado a ser el prototipo de una porción de obras. La separación entre el método que su autor sigue en ella y el seguido hasta entonces, es demasiado conocida para hablar de ella; era una ruptura com-

pleta con el pasado; sabido es también que diez años más tarde el método había triunfado en todas partes. No puede decirse lo mismo de las opiniones particulares de Savigny. La lucha estalló inmediatamente sobre puntos de poca importancia, v. g., sobre la significación de *possessio civilis* y *naturalis*. Pronto surgieron otros, cada vez más numerosos y más importantes. Parece como que hubo necesidad de tomarse tiempo para vencer la primera impresión de aturdimiento. Hoy apenas queda una sola de las proposiciones fundamentales de Savigny que no haya sido atacada, reputándose la mayoría unánimemente como insostenibles.

Un punto quedaba hasta ahora casi completamente intacto; es el que se trata en este escrito, esto es, la importancia decisiva de la voluntad de poseer para la distinción entre la posesión y la tenencia. Los ataques realizados hasta aquí referíanse, no a la idea misma, sino a su fórmula: el *animus domini*, y a la cuestión relativa a si los casos de posesión derivada pueden, todos o algunos tan solo, clasificarse desde el punto de vista del *animus domini*. Se ha partido del supuesto de que Savigny es quien ha formulado esas dos nociones: la del *animus domini* y la de la posesión derivada; yo mismo he participado de esa opinión durante mucho tiempo. Cuál no habrá sido mi sorpresa cuando en las investigaciones que he hecho sobre la historia literaria de la teoría de la posesión, y las cuales datan de fecha relativamente reciente, me encontraba con el *animus domini* y la posesión derivada en el primero de los autores antiguos que consultaba, en Lauterbach (1).

Oigámosle.

La posesión verdadera, la *possessio civilis ratione formae*, como él la llama, exige el *animus domini*; es la posesión de quienes poseen *TANQUAM DOMINUS*. Tales son el propietario, porque: *detinet ANIMO DOMINI*, el *inmissus ex secundo decreto: detinet enim rem TANQUAM SUAM i. e. dominus practorius*, el que ha despojado jurídicamente al propietario cuando lo ha hecho *ut rem possideat TANQUAM SUAM*.

(1) *Collegium theoretico-practicum*, tomo 3.º, Tit. Pand. 4-12 § 8 a 19.

Denomina la posesión sin *animus domini*, como *poss. naturalis ratione formae*; existe en la persona de aquel que *detinet suo nomine et affectione sibi possidendi* CITRA ANIMUM DOMINI *propter aliquod jus in re*; coloca en esta categoría, además de los cuatro casos en los cuales Savigny admite la posesión derivada (acreedor hipotecario, enfiteuta, secuestro, *precarium*), otros tres (superficiario, usufructuario, vasallo).

Ahí está toda la teoría de Savigny. Primero, el *animus domini* con el mismo nombre y la misma definición que en Savigny: poseer la cosa real o supuestamente como suya. Luego, establecimiento de una categoría especial para los casos en los cuales el derecho romano (o moderno) concede la protección posesoria sin *animus domini*, en virtud de la *possessio corporis o juris: la possessio naturalis ratione formae*, esto es, la posesión derivada de Savigny.

El sorprendente descubrimiento que yo había hecho en Lauterbach, me impulsaba a hacer más amplias investigaciones literarias; pero la debilitación de mi vista me obligó pronto a renunciar a dar a la tarea toda la extensión que yo quería. El único punto que yo he comprobado por mí mismo, es el de que los glosadores ignoraban el nombre y la noción del *animus domini*.

A ruego mío el asesor Goldsghmit, Privatdocent de la Facultad de Derecho de Goetinga, mi amigo personal, ha tenido la bondad de proseguir por mí esas investigaciones. Voy a reproducir aquí las conclusiones que yo he formulado con los numerosos materiales que me ha entregado.

Resulta que el nombre de *animus domini* se remonta en todo caso hasta *Cujas* que se sirve de las palabras *ωωχη δεσπόζοντος* de Teófilo, pero entendiendo por esto, no la *intención*, sino la creencia de ser propietario (Observ. 9, 23). Esta última concepción la combate Donello (come., V. 6), que invoca también en su favor la autoridad de Teófilo, cuyas palabras traduce, no por *animus domini*, sino por *affectus dominantis*. La teoría actual encuéntrase aquí desenvuelta con la mayor claridad. No es necesario poseer *opinione domini*, sino tan sólo *affectu domini*. Basta

para eso: *ut quis se pro domino GERAT, quamvis nulla ex causa aut ex injusta causa rem teneat. Las personas qui rem aliquam etiam justa ex causa tenent, non tamen ut suam, sed ut aliena versantur*, entre los cuales cuenta, no sólo el inquilino, el colono, el usufructuario, sino también el acreedor, no tienen este *animus*, y por tanto, no tienen la *possessio*. No señala categoría especial de posesión derivada.

Esta última no se remonta más allá de Lauterbach, y así podemos, hasta obtener más amplias noticias, considerarle como su autor. Tuvo en verdad muy poco éxito. Los autores que siguieron no la mencionaron. El *animus domini* encuéntrase, por el contrario, muy a menudo en los escritos de los prácticos de los siglos XVII y XVIII, aunque sin definición normal. El único punto sobre el cual todos están de acuerdo, es el de la circunstancia negativa de que este *animus* falta en el tenedor, mientras que la divergencia se manifiesta en que los unos lo admiten aun en el *injustus possessor*, y los otros sólo en el *justus possessor*. Otro partido, que parece haber sido el más fuerte, pone la distinción en la voluntad de poseer exclusivamente, en el *animus sibi o alteri possidendi*. Lo demás no tiene interés para mí en este caso (1). Mi único objeto era asegurarme de si las nociones del *animus domini* y de la posesión derivada provenían de Savigny o si eran conocidas antes de él. Los testimonios indicados de Donello y de Lauterbach autorizan esta última opinión. Esas dos nociones se presentan en Savigny como si de él emanasen. En cuanto al *animus domini*, es verdaderamente inconcebible que haya podido tener esta creencia cuando escribía su obra. Es imposible que haya dejado de consultar la exposición de la posesión de Donello, que, por lo demás, se encontraba al alcance de todos en la última mitad del pasado siglo (2). En cuanto a la posesión derivada, me cuesta trabajo creer que

(1) Recomiendo la historia literaria de la posesión *animus domini* y de la posesión derivada a las Facultades de Derecho que deseen un buen tema para un concurso.

(2) Ayblinger, *Comm. ad Pand.*, p. 638 (1747): *cum affectu domini... habendi ut suam*. Heinecio, *Elem. jur.*, § 1288 (1766): *detinet ANIMO DOMINI et*

quien ha consagrado una tan grande atención a la historia literaria de la posesión (p. 5 a 24), haya podido perder de vista a un autor como el Lauterbach, que debe ser considerado como uno de los representantes típicos del saber jurídico de su tiempo, y que en la época misma en que Savigny escribía gozaba de alta reputación, merecida en mi concepto. Yo mismo al verlo citar tan a menudo en el curso de mi profesor Thibaut, lo he consultado muchas veces, y no sin provecho, habiendo quizá aprendido más en él que en muchos otros tratados muy estimados de la época.

La circunstancia de que Savigny no haya hecho mención alguna de su predecesor, y el olvido inmerecido en que caía la literatura de los antiguos prácticos a consecuencia del empuje de nuestra ciencia que se inicia con la aparición de Savigny, puede haber sido la causa de que una opinión de tiempo ha ya formulada se conociese en adelante por su nombre. Para ver el influjo enorme que Savigny ejerció sobre su época y sobre la siguiente, nada más característico que fijarse en el desprecio en que cayó la literatura posesoria anterior. En todas las controversias que tan fuertemente excitaron a las gentes, casi nunca, fuera de algunas cuestiones de menor importancia, se ha pasado de Savigny. Rara vez se encuentra en la literatura posesoria de nuestro siglo el nombre de un jurista de la época anterior (1). En suma, Savigny viene a ser el límite en el cual se detiene la doctrina moderna; todo lo que cae más allá no llama su atención, cual si perteneciera a un período literario completamente abandonado y sin interés alguno. Yo mismo tengo que decla-

rem sibi habendi. Berger, *Oecon. jur.*, p. 367 (1777): *sine affectione domini*. Hofacker, *Inst.*, p. 94 (1773): *animo atque affectu domini*. Waldeck. *Instit.* § 238 (1800): *rem ut suam possideat*. A título de curiosidad del lenguaje, indicaré que el *animus domini* en alemán se disfraza bajo la expresión «*Gemüth, solches Ding für sich zu behalten*», sentimiento de conservar alguna cosa para sí. V. Struben, *Jurisprudenz*. aument. por Flücken p. 449 (1706).

(1) No cabe exceptuar la obra de Bruns: *Das Recht des Besitzes in Mittelalter* porque no se refiere a la teoría actual, sino a la historia de la posesión, cumpliendo su objeto de mano maestra.

rarme culpable de esta omisión. En mi trabajo sobre el *Fundamento de la protección posesoria* no he pasado de Savigny; la idea de examinar las opiniones de los juristas anteriores no se me ocurrió por entonces.

Sólo de este modo puedo yo explicarme el haber expresado la opinión errónea de que el *animus domini* y la posesión derivada son creaciones de Savigny. Los que hablan de ellas no citan sino a él: los que la combaten, sólo a él atacan. Y esto está perfectamente justificado, porque el representante más importante de una opinión o de una tendencia debe resignarse a la lucha. Pero, como acabamos de ver, el supuesto a que me refiero no es exacto. Si se ve en el establecimiento de la noción del *animus domini* y de la posesión derivada un mérito de Savigny, tal mérito ha desaparecido después de las pruebas expuestas; si ello es motivo de censura, la censura resulta muy apagada y se reduce a decir que, por excepción, Savigny ha desmentido completamente en este caso su independencia habitual frente a las opiniones tradicionales. Si, sin dejarse llevar demasiado de las concepciones ya hechas, hubiera acudido directamente a las fuentes, probablemente no se hubiera encontrado aprisionado en los lazos de aquéllas.

Tengo que renunciar a seguir paso a paso la lucha que Savigny ha desencadenado en nuestra ciencia. Fácil es enterarse de ella en otras obras. Voy a limitarme a indicar a grandes rasgos la posición que nuestra ciencia ha tomado frente a la teoría de Savigny.

No diré una palabra acerca de la estéril controversia sobre la presencia o la ausencia del *animus domini* en los casos de posesión derivada (1). Tiene esto para mí el mismo interés que la cuestión de saber si la serpiente marina vive bajo los trópicos o

(1) El único curso de derecho romano, que yo sepa, que rompe con él y de un modo fuerte, es el de Dernburg. t. 1.º, pág. 394 (1884): «La posesión derivada es una construcción jurídica artificial y extraña a las fuentes. Por su causa la teoría de la posesión romana no ha podido aclararse durante largo tiempo». En cuanto a la opinión del autor sobre el *animus domini*, véase luego.

en los mares polares: si pone huevos o si es vivípara. Quien, como yo, no ve en el *animus domini* más que una serpiente marina de la ciencia, no puede estimarse obligado a consagrar su pluma a referir las vanas controversias que sobre su existencia se agiten.

Creo poder limitarme a decir, en cuanto a la posesión derivada, que ha sido conservada como una consecuencia inevitable del *animus domini* de la teoría reinante (1). Nada nos dice en conclusión sobre los motivos *prácticos* que han ocasionado esta pretendida singularidad; conténtase con decir que los romanos han llegado a ella por razones prácticas e históricas. La objeción hecha (2) contra la supuesta singularidad de la posesión derivada, que los romanos trataban como cosa completamente normal, no se encuentra por lo común en las obras sobre la posesión. En todo caso, la teoría reinante no ha cumplido la misión que le incumbía respecto de la posesión derivada. En lo tocante a la posición tomada por la ciencia frente al *animus domini* de Savigny, creo pueden distinguirse tres sistemas o posiciones diferentes:

La primera. Adopción pura y simple de la teoría de Savigny. Caracterízase porque los autores que la sostienen se limitan a invocar en favor de la noción del *animus domini* la autoridad positiva de las fuentes, sin detenerse a justificar por motivos intrínsecos, la necesidad del *animus domini*. Otros han procurado o han intentado hacer semejante justificación, y de ahí ha resultado la segunda posición.

La segunda. Puede distinguirse de la anterior, denominán-

(1) El único autor de la época anterior que debe exceptuarse es K. Pfeifer, *Was ist und gilt im römischen Recht das Besitz?* Tubinga, 1840. Lo que dice (pág. 72) de la posesión del enfiteuta y (pág. 79) de la del acreedor con prenda, es excelente. La teoría reinante no se ha fijado en su obra. Entre los autores contemporáneos debe citarse sólo Dernburg. Véase luego.

(2) Por ejemplo, por Pfeifer, pág. 65: «Nuestras fuentes hablan como si fuese cosa corriente que el enfiteuta, etc., posee jurídicamente». Meischer, *Besitz und Besitzesschutz*, 1.^a part., Berlín, 1875, p. 27.

dola en breves términos: *racional* y *positiva*. Trata de dar a la posesión romana una base racional, esto es, dialéctica. Es, según ellos, tan poco romana, específicamente, que más bien puede considerarse exigida por la naturaleza necesaria de las cosas, por la esencia de la voluntad y otras frases semejantes. Si los romanos no la hubieran reconocido, la ciencia actual lo habría hecho. La fuerza atractiva y seductora de esta idea se produce sobre todo por la circunstancia de que se la encuentra hasta en algunos positivistas de los más conspicuos, que en toda su vida no se han hecho culpables de la más leve tendencia hacia una concepción filosófica del derecho, tal como Schweppe y Göschen. El primero (1) dice: algunos casos, *en sí* y *para sí*, no implican más que la tenencia, y el segundo (2) *en sí* y *para sí*, sólo puede ser tenido como poseedor quien une a la tenencia la intención de disponer de la cosa, exclusiva y arbitrariamente. ¡*En sí* y *para sí!* ¡Ni que hablase Hegel!

En Puchta (3) la cosa toma el aire de una oposición entre la *naturaleza originaria de la posesión* y las *modificaciones jurídicas* que la han violentado.

En el protoplasma dialéctico que contenía en germen el mundo del derecho, la posesión y la tenencia estaban ya separadas por la diferencia intrínseca de la voluntad: «La diferencia del *animus crea* dos especies diferentes de la posesión». Como Castor y Pollux, estaban en el mismo huevo; pero, como ellos, también tenían una naturaleza esencialmente diferente. Cuando hubieron salido del huevo luego, todo era ya obra de su «naturaleza originaria»; y entonces vino la maldición del derecho positivo, la arbitrariedad del mundo con sus «modificaciones jurídicas» y las «adiciones al puro hecho de la posesión». La posesión hubo de resignarse a ver tratar como a su igual a la posesión derivada, que, según su naturaleza originaria, no es

(1) *Römischen Privatrechts*, II, § 215.

(2) *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, I, p. 604.

(3) *Pandekten*, Epígrafes de los §§ 123 a. 125, *Vorlesungen y Cursus der Institutionem*, § 226.

más que una simple tenencia. Pero el hombre inteligente sabe que «cuando alguno ocupe una cosa sin el *animus domini*, su voluntad no abarca el cuerpo enteró de la posesión, y *por consiguiente* no le da, *en sí*, un contenido jurídico».

En Bruns (1) es la filosofía en persona quien toma la palabra para abrimos la comprensión íntima de la voluntad de poseer. Ha añadido a su obra, perfectamente clásica, en lo relativo a las investigaciones históricas, un capítulo que hubiera podido suprimir sin grave daño. Su título es: *La filosofía del derecho de posesión*. El punto en que se fija es el de la «necesidad interna de la posesión» (página 468), y su examen refiérese, por consiguiente, a lo que la misma implica. Ahora bien; todo ello está en la diferencia de la voluntad de poseer, y la *consecuencia natural* resultante es que sólo posee quien tiene el *animus domini*. No se puede considerar como tenedor completamente para sí, y por tanto, como verdadero poseedor, sino al que posee *animus domini*, siendo incomprensible que se haya querido hacer uso de la gran extensión de la enfiteusis para probar que el enfiteuta posee para sí (p. 470).

Claro es que si los que tienen en virtud de un *derecho real* no pueden ser considerados como poseedores para sí propios, mucho menos se podrán considerar tales los que no tienen sino en virtud de un *derecho personal*. Esas personas no pueden siquiera ser consideradas ni como poseedores incompletos; es preciso rechazar la concepción contraria del derecho prusiano. «En virtud de la *naturaleza* de esos derechos no se *puede* imaginar esa relación sino en el sentido de que el extraño posee *en sí y, en general, de una manera absolutamente completa* (i) para el propietario; y que la tenencia en la persona no es más que una reducción especial de la posesión en general del propietario, correspondiente a la extensión y el carácter del derecho ejercido sobre la cosa. Síguese eso *necesariamente* de la naturaleza de los derechos sobre la cosa de otro» (p. 471).

(1) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (1848) p. 463 y siguientes.

La opinión que queda expuesta es una de esas ilusiones científicas, en las cuales aprisiona uno mismo la razón para figurarse que las cosas *deben* ser tal como son. Constituyen tales ilusiones, en mi concepto, una de las aberraciones más peligrosas en que la ciencia puede caer. Iniciadas con la intención de romper los lazos de lo positivo, nos atan con tanta más fuerza, cuanto que en lugar de la dependencia *exterior* de una regla positiva, ponen la *interior*, mucho más peligrosa, de la creencia en su necesidad. El positivista puro que se inclina ante lo positivo, como ante un hecho brutal, al cual debe someterse, sin preguntarse si es o no justo, no está atado más que de una manera puramente exterior; límitase a decir: *las cosas son así*; pero sabe que *podrían* ser de otro modo, y en su virtud conserva su libertad interna. El dialéctico, por el contrario, que se persuade de que la cosa *debe* ser así, sacrifica su libertad interna; el yugo que lleva, no se apoya, como para el otro, en la coacción exterior, sino sobre la propia voluntad libre. No tiene, pues, esperanza de sacudirlo nunca; parece a aquel que se ha hecho esclavo por convicción, a sabiendas de su destino, y a quien por tanto, no se le ocurre romper sus cadenas.

Tal es, en verdad, el fruto de esta dialéctica que se vanagloria de librarnos del peso de lo positivo. En rigor, lo que hace es forjarnos cadenas más estrechas. La supuesta libertad de lo positivo no es en realidad, sino el peor de los servilismos, el del pensamiento que se ha impuesto por base probar más de lo que es necesario. Si lo positivo tuviera el aspecto directamente opuesto, probaría aún que es necesario. En realidad, la idea que ha pretendido adquirir y cree haber adquirido por vía especulativa para justificar lo positivo, está tomada de lo positivo mismo. Su pretendido *apriorismo*, no es, en verdad, más que un simple *aposteriorismo*; recuerda el derecho natural del pasado siglo, que refería a «la razón natural», entre otros, los *jure in re aliena* del derecho romano. Si Paulo no se hubiera dejado arrastrar hacia la idea absolutamente falsa, como se demostrará a su tiempo, de poseer la distinción de la posesión y de la tenencia, en relación con el *animus*, convencido estoy de que jamás se hubie-

ra oído sostener que esta distinción resulta necesariamente de la naturaleza misma de la voluntad. Luego (XIV) demostraremos que la aureola de la necesidad lógica con que esta opinión ha querido rodear a la teoría subjetiva, es tan sólo una nube que se disipará por sí sola.

La tercera reemplaza el *animus domini* por el *animus possidendi*. No se trata, por supuesto, del nombre sólo, sino de la idea que se le supone. Savigny ha creído encontrar el punto de apoyo que las fuentes romanas le niegan en el *animus* (2, 9, § 4: 3, 29 § 2), no sólo en la palabra, sino en la cosa, en Teófilo, que exige en la persona del poseedor la *ωυχη δεσπύζοντος*. Pero *ωυχη δεσπύζοντος*, no quiere decir *animus domini*, sino *animus dominantis* (1). Teófilo se limita a indicar la expresión latina *animus possidendi*, insistiendo particularmente sobre el poder exterior del poseedor. Tal es, en mi concepto, el progreso más importante que la teoría subjetiva ha hecho en nuestro siglo. De ese modo desaparecía la relación contraria a la naturaleza, establecida entre la posesión y la propiedad (XIV) y la anomalía de la posesión derivada.

La teoría subjetiva ha dado un paso hacia adelante con la disertación de Mandry (2). Trata éste la cuestión de si es preciso atribuir la posesión o la tenencia al inventor (de buena fe) y al *negotiorum gestor*. Según la teoría reinante, sería incuestionable decidirse por la tenencia, porque ambos tienen la intención de adquirir la cosa, no para sí, sino para el dueño de la posesión. Mandry resuelve la cuestión en un sentido opuesto, y como resultado, estoy plenamente de acuerdo con él (XVII), salvo que yo

(1) El mérito de haber señalado el primero en nuestros tiempos este punto, corresponde, que yo sepa, a Bücking, *Pandekten*, 2.^a edic. (1853), I, p. 449-450. Entre los juristas antiguos, Donello (p. 209), había hecho semejante traducción: el mérito de haber combatido por primera vez toda la concepción del *animus domini* y de haber puesto de manifiesto la contradicción que en sí entraña, corresponde a Kierulff, *Theoría del derecho civil común*, t. I (1839), p. 347-353: casi al propio tiempo en (1840), pero con independencia de él hacia lo propio Pfeifer, l. c. p. 65.

(2) *Archiv. für civil. Praxis*, t. 63, p. 126 (1880).

llego a donde él llega partiendo del punto de vista de mi teoría, mientras él parte de la teoría subjetiva. Cuando leía yo las primeras páginas de la disertación, creía que iba a encontrarme con mi propia teoría, porque el punto de vista que mantiene, para su opinión, es que en la opinión contraria, la cosa podría quedar quizá, añade, sin posesión, puesto que no se le puede atribuir al *dominus possessionis*, que nada sabe de la aprehensión hecha por el intermediario; ese punto de vista «de la inadmisibilidad de toda protección posesoria» o de la falta de concordancia entre las exigencias de la oportunidad y los resultados aparentes de la lógica jurídica, no es otra cosa que el punto de vista teleológico que determina, no sólo toda esa concepción del derecho, sino también la de la posesión, y que explicaré respecto de las diversas relaciones en el cap. XVI que trata de la Teleología de la posesión derivada.

Cuando pienso en la inadvertencia completa de este punto de vista por parte de la teoría reinante, en la cual hasta aquí sólo Pfeifer ha tenido el acierto de no caer en este respecto, no puedo menos de designar la consideración invocada por Mandry, aun cuando se haya restringido a las relaciones discutidas, como un progreso importante. Me ha llamado la atención como un soplo de aire fresco y benéfico en la atmósfera sofocante y mística de la lógica. Si el autor hubiera perseverado en el camino emprendido, necesariamente hubiera llegado a mi teoría, renovando así de arriba a abajo la teoría de la voluntad.

No lo ha hecho. La mantiene y afirma, pero la obligación que tenía de conciliar con ella la decisión que había dado para los dos casos indicados, le condujo a demostrar la compatibilidad de la voluntad de poseer con la intención de ocupar la cosa para otro. También aquí toca con una de mis ideas, salvo que yo me sirvo de ella para *refutar* la teoría de la voluntad (XV) y él para *apoyarla*. Esta idea de su parte es también muy sana; también señala un progreso decidido en la teoría subjetiva, y quien quiera que se proponga en adelante mantenerla en forma, hará muy bien en apropiarse esta mejora preciosa de la noción de la voluntad de poseer.

Por lo demás, yo no puedo detenerme más tiempo en esta disertación: bástame consignar que el autor no se ha libertado aún de la teoría subjetiva. Transcribiré a este efecto el pasaje siguiente: es uno de los últimos párrafos en los cuales resume los resultados de su trabajo (p. 26): «Si se entiende la voluntad de poseer (*animus possidenái*) por oposición con la *voluntad de tener*, la distinción no está fundada más que sobre la *intención* de erigirse *a sí propio en poseedor jurídico*.» La teoría objetiva no conoce oposición entre la *voluntad de poseer* y la de *tener*; no conoce sino la voluntad de poseer en el sentido expuesto antes en el cap. II'; la existencia de la tenencia, según ella, descansa siempre y sin excepción, tanto en la tenencia relativa, como en la tenencia absoluta, únicamente en la disposición jurídica que niega excepcionalmente, a la reunión completa de las condiciones legales, el efecto que de ordinario tiene.

Después de Mandry, Dernburg ha expuesto su opinión sobre la voluntad de poseer en dos obras recientemente publicadas (1). Al principio creí haber encontrado en ellas una aproximación hacia mi teoría, y en cierto modo la hay, a saber, en la apelación al punto de vista teleológico para explicar la tenencia del colono y del inquilino (B. 69), así como la posesión del sustituto (p. 409) (2). Pero en lo demás, Dernburg se mantiene en el terreno de la teoría subjetiva. Lo que a primera vista me desorientaba, era la circunstancia de que en él, al lado del *animus*, entrase en escena la *causa possessionis* (B. 67, nota 2, p. 406). Lo que hay es que la significación que Dernburg le da, no es la de un *principio* imperante y dominador de la organización de toda la teoría posesoria, sino la de un *elemento de prueba* para establecer la voluntad de poseer en un caso particular (3). «La voluntad de poseer, dice (p. 406), debe inducirse del estado de

(1) *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (1883) y *Pand.* T. I, § 172-174 (1884). Cítanse estas obras por B. y P., respectivamente.

(2) Me remito en este punto, sin interés ahora, al cap. XVI que trata de la teleología de la posesión derivada.

(3) La misma manera de ver que hemos señalado antes en Barón.

hecho, resulta *sobre todo* del motivo—la causa—por el cual se toma posesión. Se atiende igualmente a la doctrina de la dualidad de la voluntad de poseer, y he ahí precisamente el punto distintivo que pone mi teoría en oposición con la reinante. «Todas las especies de *possessio jurídica*, dice, tienen de común el *animus possidendi*, es decir, la intención de dominar la cosa de hecho y para sí exclusivamente» (p. 392). Con ocasión de la posesión a título de propiedad (id. 393), se ve aún figurar el *animus domini*, al cual, por lo demás, niega el valor que Savigny le reconocía, lo que indica al propio tiempo su actitud frente a la posesión derivada, sobre la cual emite el juicio perfectamente exacto antes referido. Los demás poseedores (prestamista, enfiteuta, superficiario, inventor, secuestro), tienen también el *animus possidendi*. «Sin embargo, eso no borra la diferencia en principio de esos diversos géneros de posesión, porque radica en la *naturaleza de las cosas*, quedando por ello independiente en absoluto de la circunstancia de que los romanos le hayan o no acentuado o hecho resaltar» (B. 67).

Hay, pues, en el seno de la posesión jurídica *diversos géneros* de posesión, producidos por la diferencia genérica de la voluntad de poseer obrando en la *naturaleza de las cosas*.

Si la posesión jurídica se caracteriza por la voluntad de poseer para sí, la tenencia se caracteriza «como posesión de la cosa *para otro—alieno nomine possidere*. El representante tiene la tenencia porque *quiere* poseer para el representado» (P. 396).

No creo necesaria otra prueba para demostrar que Dernburg no está aún libre por completo del influjo preponderante de la teoría de la voluntad de poseer, para organizar la institución de la posesión.

Después de la publicación de la primera obra, creía yo poder admitir que a lo menos se había separado de la opinión que más arriba he señalado como teoría de la voluntad *individual*, y cuyo carácter insostenible he sentado ya anteriormente. Encontraba en B. 67, nota 2, esta indicación:

«Los romanos no han investigado si el *animus possidendi* existe subjetivamente en un caso particular, según la concep-

ción particular del poseedor autorizado; hubiera sido eso caer en vaguedad e indefinición; se juzgaba, *principalmente*, según la *causa possessionis*. Aquél, que comenzaba a poseer, sin pretexto alguno aparente (?), como ladrón o bandido, tenía la posesión en virtud de un simple *animus*, sin que pudiera hablar de una *causa*.»

Ya he indicado antes lo raro del resultado práctico que resultaría de ahí, a saber: que la gente honrada tuviera que alegar una *causa* y probarla si fuese combatida, mientras los ladrones vencerían con su mero *animus*. Cuando decía el autor que el *animus possidendi* no debe ser investigado en un caso individual, rechazando enérgicamente la opinión contraria, creí encontrar una repudiación completa en Dernburg de la teoría de la voluntad individual, y me felicitaba grandemente del buen sentido práctico de que daba muestra. La segunda obra vino a hacerme ver que me equivocaba; la teoría de la voluntad individual se preocupaba muy poco con el pasaporte que se le expediera en la primera, porque en la segunda obra se reinstalaba nuevamente. Primero, con ocasión del *constitutum possessorium* (P. 412). La *causa*, dice aquí, no es necesaria; la simple declaración hecha por el que enajena de que en adelante quiere poseer para su cocontratante, tiene la misma significación. Así, la voluntad de poseer puramente individual, puede muy bien dar a la relación posesoria otro aspecto: lo que, en rigor, equivale a decir que la teoría de la voluntad individual persiste. Manifiéstase por segunda vez, a propósito de la adquisición de la posesión por representante (P. 410) bajo la forma de la condición que el representante debe tener la *intención* de adquirir la posesión para el principal. Según la teoría de la voluntad abstracta, esta intención nada tiene que ver en el asunto; si la relación implica la adquisición de la posesión para el principal, el representante puede tener la intención contraria y declararlo ante testigos; la *causa* hace su papel; la voluntad contraria no tiene fuerza. Según Dernburg, el representante, al declarar que quiere adquirir la posesión de la cosa para sí o para un tercero, puede impedir la transmisión de la posesión y de

la propiedad a su principal, a pesar de la voluntad contraria, del que verifica la tradición. Según él, una administración de un ferrocarril, a la cual un criado presenta un talón resguardo con declaración de que quiere adquirir la posesión para sí, puede negarse a entregar la mercancía, porque sería responsable de la entrega hecha a quien no tiene derecho. Por mi parte, creo que no se preocuparía gran cosa con semejante declaración.

No puedo terminar mi examen de las dos obras de este autor, sin mencionar dos opiniones históricas por él emitidas, y que considero falsas.

Según la una (B. 67, nota 2, P. 406, nota 1), la cuestión de saber si se posee se determinaba en la época antigua según la *causa possessionis*, esto es, según el motivo que conducía a la adquisición del poder de hecho. Más tarde se admitió que era preciso para la adquisición de la posesión el *animus possidendi*. Espero sentar luego (XV) que no ha habido en ese respecto jamás el menor cambio. *Prácticamente*, lo que siempre ha hecho inclinarse la balanza, es la causa, sin que el *animus* contrario fuese tomado en cuenta para nada; por de pronto, sabremos inmediatamente (XIII) lo que en todo rigor vale el *animus possidentis* de Pablo.

Según la otra opinión (P. 392, nota 1), la distinción entre la posesión y la tenencia no dataría «sino de la época imperial. En los últimos tiempos de la República, Quinto Mucio Scaevola no la conocía, o a lo menos, no la admitía». A este efecto se cita la L. 3, § 23, *h. t.*, en la cual Paulo rechaza con soberano desprecio (*ineptissimum est*) la opinión de ese jurista que había querido considerar la relación posesoria del *inmissus in possessionem* como una posesión. La censura que dirige a su eminente predecesor no es más que uno de tantos asertos ligeros nada considerados, de que ya daré más adelante bastantes ejemplos (XIII), y que recae con más fuerza sobre él. Desde el punto de vista del jurista práctico que juzga la cuestión de la existencia de la posesión según la protección concedida, se podría invocar para justificar la posesión del *inmissus* la circunstancia de

que estaba unida a una protección posesoria (1). Si la jurisprudencia posterior se decide por lo contrario, podría haberse guiado por motivos importantes, dictados por la consideración de la construcción armónica de la teoría posesoria; pero, a mi ver, si Paulo ha podido tratar con semejante desprecio una opinión que, desde el punto de vista anterior de la teoría, parecía como perfectamente justificada, todo ello no es más que una buena prueba de su extraordinario doctrinarismo.

No tiene eso importancia para la cuestión única que aquí nos interesa: Quinto Mucio, ¿conocía ya la distinción de la posesión y de la tenencia? No hace falta probar que la conclusión que saca Dernburg del hecho de que aquél admitiera la posesión para el *inmissus* no es fundada. Porque uno clasifique un objeto equivocadamente en una determinada categoría falsa, ¿puede inferirse que no conozca la verdadera? Si nada más se sabe, sólo podrá decirse: es posible que no la haya conocido, pero puede ocurrir que no la haya estimado aplicable. Ahora bien: en el caso presente, lo exacto es esto último: creo haberlo puesto fuera de duda con mis anteriores explicaciones acerca del desenvolvimiento histórico de la noción de la tenencia (VIII). El conocimiento de la distinción entre la posesión y la tenencia es en Roma tan antiguo como el pensamiento jurídico. En los labios del sabio de que se trata, esta opinión me ha sorprendido tanto más, cuanto que no tiene relación alguna con lo que dice del motivo social y económico de la tenencia y del arriendo (B. 69). Los motivos que aquí invoca: «porque los colonos respectivos suelen pertenecer a las clases pobres; porque los arrendadores no creen poder mantener el orden más que si unos y otros quedan bajo su dependencia absoluta; porque el derecho romano ha sido formado principalmente por los intereses de las clases ricas», ¿no han logrado su valor propio hasta el comienzo de la época imperial? La época antigua estaba, sin duda, también en posición de apreciar su peso y valor como la época imperial, y sería difícil que se hubiera esperado tantos

(1) Lenel, *Das edictum perpetuum*, p. 341, 364.

siglos para hacer lo que implicaban, tanto más, cuanto que la tendencia del derecho, señalada por Dernburg mismo, a favorecer los intereses de las clases ricas, es mucho más cierta para la época antigua que para la posterior (1). Creo haber sentido en el pasaje antes citado con qué gran facilidad la transmisión de la relación de tenencia se efectúa en Roma de los hijos y de los esclavos a los colonos y a los inquilinos.

Mi estudio acerca del desenvolvimiento literario de la voluntad de poseer se termina por la conclusión siguiente: el dogma de la dualidad de la voluntad de poseer y de la distinción que determina entre la posesión y la tenencia, desde la época de los glosadores hasta el momento presente, no ha sido puesto en duda por nadie. Es una de las verdades mejor sentadas del derecho romano, y sea cual fuere la fuerza de la lucha que se ha producido sobre la fórmula exacta de la voluntad de poseer, la oposición existente entre ésta y la de tener no ha sido discutida por nadie, que yo sepa; figura hasta hoy en todos nuestros manuales como uno de los principios fundamentales de la teoría posesoria romana (2).

Y sin embargo, esta doctrina es absolutamente falsa; el derecho romano no conocía en realidad más que una sola voluntad de poseer. La diferencia entre la posesión y la tenencia no es el resultado de una diferencia genérica en la voluntad de poseer, sino de una disposición jurídica que niega en ciertas circunstancias a las condiciones positivas legales de la posesión sus efectos ordinarios.

¿Cómo ha podido producirse esta falsa doctrina?

Las explicaciones que siguen nos lo dirán.

(1) Véase mi *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 175-232.

(2) Arndts, § 135; Baron, § 112, Böcking, § 123, nota 22; Brinz (segunda edición), § 125, Dernburg, l. c., Keller, § 115; Kierulff, p. 343, nota, Fuchta, § 123; Seuffert, § 105; Sintenis, § 25; Wächter, § 122, Winscheid: § 148-149. En el capítulo XI he citado las obras pertenecientes a los autores de la época anterior.