

Crítica de la teoría subjetiva desde el punto de vista interior

La teoría subjetiva tiene su origen en dos palabras de Paulo. Si al transcribirse los textos de Paulo en las *Pandectas*, esas palabras se hubieran suprimido, como se hizo en las *Basilicas*, dudo que tal teoría se hubiera formulado nunca. Las demás decisiones de las fuentes de Justiniano y de los Bizantinos, en las cuales, una vez puesto en autos, se ha creído poder descubrir huellas de la *animus possidentis*, por sí solas no la hubieran producido.

¿Dos palabras tan sólo?... Son más que suficientes. Para descifrar un enigma basta una sola, como para abrir un gran almacén basta una llavecita. Sin duda; pero cuando menos, bueno sería que la palabra y la llave fuesen buenas. Ahora bien: ¿la llave de Paulo era buena? Un examen imparcial hubiera permitido convencerse muy pronto de que no, y que la diferencia que él establece entre la voluntad de poseer y la de tener, no concuerda con la diferencia que nuestras fuentes admiten entre la posesión y la tenencia. Pero la idea de Paulo se presentaba *a priori* tan natural, tan evidente, tan fecunda, tan preciosa, que no se ha conceptuado necesario examinar su exactitud. Se ha creído ver con ella la llave de toda la teoría de la posesión, bastando al efecto sólo usarla.

¡Tarea envidiable! Daba a la doctrina una ocasión que rara vez se presenta: la de crear a partir de su propio fondo. En la mayoría de las materias del derecho romano, nuestra doctrina

actual está condenada a reproducir las teorías de los juristas romanos, y a lo más, a colmar ligeras lagunas, corregir defectos e inexactitudes, resolver contradicciones; en suma, sin poder crear nada por sí misma; para casi todo encuentra al jurista romano que le quita ese placer. La ocasión de crear por sí misma se le ha ofrecido ampliamente en la teoría de la voluntad de poseer.

A su tiempo hemos visto (VII) al tratar de la construcción dialéctica de la teoría subjetiva, de qué modo ha realizado esta tarea, y qué construcción ha levantado apoyándose en los cimientos ofrecidos por Paulo.

Vamos ahora a someter su obra al examen crítico. A este fin sigámosla en su labor, examinando los diferentes materiales que ha empleado. Son éstos las ocho reglas reproducidas en el capítulo VI. En el capítulo anterior hemos examinado la primera, y ahora nos toca examinar las restantes.

Segunda regla.—El *animus possidendi* debe definirse como *animus rem sibi habendi*.

Cuando Paulo niega el *animus possidendi* al representante, no puede ser sino porque dicho representante no quiere tener la cosa para sí, sino para el representado. La consecuencia de esto es que la voluntad del poseedor debe ser la de tener la cosa para sí; allí donde falta esta voluntad no puede, según esto, haber posesión, sino tenencia.

Consecuencia: la posesión es *incenciliable* con la voluntad de tener la cosa *para otro*. Tal es la idea fundamental y al propio tiempo el error fundamental de toda la teoría subjetiva. Examinemos esta idea.

¿Tiene alguna importancia para x que A la adquiera para sí o para B ? Seguramente, no. ¿Sería de otro modo si nos figuramos x , no como una cosa, sino como un derecho? Seguramente, tampoco. El fin que se propone A es un elemento puramente interno, un movimiento de su alma que no importa a x , siendo igual que se trate de una cosa o de un derecho; x es siempre x , lo mismo que A tenga la intención de adquirir para sí o que tenga intención de adquirir para B .

Desde el punto de vista *lógico* es, pues, inexacto decir que la relación posesoria *debe* revestir un aspecto distinto según que la persona quiera adquirirla para sí o para otro, o que quiera ejercer la posesión que le ha sido dejada por el dueño para sí o para él: la lógica pura entraña más bien la consecuencia contraria.

Pero acaso el derecho romano no se ha preocupado con la regla lógica: x es siempre x , lo mismo si A quiere tenerla para sí, que si quiere tenerla para B ; ¿no pudo estatuir en un sentido inverso? Posible es que por motivos de cualquier clase haya concedido al fin puramente *subjetivo* un influjo *objetivo*, esto es, alterando el derecho.

Mas el derecho romano no ha dejado sin la debida respuesta tal cuestión, y su respuesta es la misma que la dada por la lógica: *El fin subjetivo no ejerce influjo alguno en las relaciones jurídicas.*

El derecho romano antiguo había ya tenido ocasión de decirse en este punto. Ofreciase ésta en la representación indirecta, única forma de representación que por entonces había a disposición de las relaciones. El sustituto (*Ersatzmann*), como yo le llamo, realizaba el acto jurídico para el representado; pero éste no influía en la relación jurídica así establecida. El intermediario adquiría el mismo derecho que si hubiera obrado para sí; podía, por tanto, si quería, transmitir el derecho adquirido para sí a un tercero. Lo mismo ocurría con el representante en materia de obligaciones, aplicándose también al representante *principal* que contrataba en lugar del mandante, y al *accesorio* que contrataba a su lado, haciendo una *adstipulatio*. Tenía el mismo poder que él de disponer del crédito, y podía, por ejemplo, remitir fraudulentamente la deuda al deudor (1). Pasaban las cosas de otro modo con el fiduciario, al cual el propietario había transferido por *mancipatio* o *in jure cessio* la propiedad de una *res Mancipi*, a fin de realizar un acto jurídico cual-

(1) Esto fué lo que daba motivo, como es sabido, al segundo capítulo de la *lex Aquilia*.

quiera, por ejemplo, para adquirir o establecer servidumbres, para libertar un esclavo. Se hacía plenamente propietario; la circunstancia de que su propiedad no era sino por procurador, y no debía durar acaso más que un día, no implicaba el menor atentado a su posición jurídica.

En la posesión, ¿pasaba esto de otro modo? No. Antes de la introducción de la representación directa en la adquisición de la posesión, la indirecta era la única forma admitida por el derecho, habiéndose mantenido por buenas razones al lado de la primera (XVI) (1) hasta en el derecho nuevo. Adquiere entonces el intermediario mismo la posesión, aun cuando tenga intención de adquirirla para el representado. Los romanos no han encontrado, pues, nada de inconciliable en la posesión con la intención de tenerla para otro, y no sólo en la época antigua, sino que ni en el período de su más alto desenvolvimiento jurídico.

He ahí la prueba de la falta absoluta de fundamento de la idea antes enunciada.

No es verdad que el elemento puramente subjetivo del fin del acto jurídico, para otro, entrañe necesariamente en la relación posesoria la tenencia. No es esto exacto, ni desde el punto de vista abstracto de la lógica, ni desde el punto de vista del derecho positivo romano: la voluntad de poseer para otro se armoniza perfectamente con la posesión en su propia persona. El motivo por el cual el representante directo no obtiene la posesión, no puede, pues; encontrarse, como Paulo quiere, en su voluntad imperfecta de poseer. No ha sido esta concepción puramente doctrinal lo que ha determinado a los romanos a negarle la posesión, sino los motivos prácticos, esto es, el interés que presenta para las relaciones la adquisición directa de la posesión. Como una *compossessio plurium in solidum* no era posi-

(1) Se ha conservado también en el derecho nuevo para el tutor que antes de la introducción de la representación directa en la posesión, no podía adquirir la posesión para el pupilo como sustituto; véase, por ejemplo, la L. 2, *quando ex facto* (26, 9); L. 1, § 20, *h. t.*

ble, según las ideas de los romanos, resultaba forzosamente que para conceder la posesión al representado, se debía negarla al representante. No consistía, pues, la cosa, para servirnos de nuestra fórmula, en la falta de $+ a$ en su persona, sino en el $- n$, en la persona del dueño de la posesión: esto era lo que se oponía a la posesión, poniendo en su lugar la tenencia.

La venta nos presenta el mismo fenómeno que acabamos de estudiar en materia de representación indirecta. Vuelvo a repetir aquí las mismas preguntas hechas ya antes. ¿Para quién posee el vendedor? ¿Posee para sí o posee para el comprador? A fin de evitar la objeción de que aún tiene aquél interés en conservar la cosa, supongo que el comprador ha entregado ya el precio.

Ahora bien: ¿en interés de quién posee el vendedor, a quien el comprador ha dejado la cosa para recogerla a la primera ocasión? Sin duda, en interés del comprador. No tiene frente a éste otra posición que la del mandatario a quien se le entrega una cosa para su guarda. Aun cuando sea todavía el propietario, debe abstenerse de todo acto de disposición, estando obligado a la misma diligencia que el mandatario. En el respecto obligatorio, la situación es exactamente la misma que si la cosa perteneciese al comprador; en tal sentido puramente obligatorio, el vendedor tiene en su poder una cosa *de otro*.

En la L. 21, *de her. vend.* (18, 4), el mismo Paulo, que argumenta para deducir la tenencia del representante, dice, hablando del vendedor de un fundo que ha omitido: *si neglexisset UT ALIENUM, nihil et imputari possit*. ¡UT ALIENUM! Esta palabra pinta para él la relación del vendedor con la cosa, y esa relación, es también para él, la del sustituto, en la L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3): *possis videri non PRO TUO POSSIDERE*. El motivo con que trata de justificar su opinión respecto de este último: *cum nihil intersit, quod mandati iudicio tenearis*, se aplica también al vendedor: *cum nihil intersit, quod emti iudicio tenearis*; ni uno ni otro tienen la intención de tener la cosa para sí; no

tienen, pues, en el sentido de Paulo, el *animus possidentis*. ¡Y sin embargo de eso, tienen la posesión!

En la venta de una herencia, como el mismo Paulo advierte en la L. 21 cit., la obligación del vendedor se agrava; se le asimila al administrador del patrimonio ajeno: *cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emptori, QUASI ILLIUS NEGOTIUM AGAM*.

Y sin embargo, el heredero conserva la posesión. Si el destino para otro tuviera influencia, el heredero hubiera debido hacerse tenedor, y el comprador poseedor para sí. Pero no, el heredero sigue siendo poseedor, y el mismo Paulo dice en la L. 14, § 1, *ibid.*: *venditor res hereditarias TRADERE debet*. No deja siquiera margen para un *constitutum possessorium*.

Concluyo del examen de esta segunda regla afirmando que no es verdadera en derecho romano, siendo inexacto decir que la posesión no se concilia con la intención de ocupar para otro, y que esta intención pide necesariamente la *detentio alieno nomine*. La base entera de la teoría subjetiva cae así por tierra, pudiendo decir por adelantado ya, que todo lo que sigue es puro error y pura ilusión.

Tercera regla.—En todos los demás casos de tenencia, la voluntad de poseer es la misma que la del representante.

Para prevenir toda salida falsa, haré notar que se trata de saber, no si el tenedor tiene voluntad de tener la *posesión*, sino si la tiene de tener la *cosa* para sí o para el *dominus*.

La necesidad de su voluntad de *haber* no puede deducirse sino de la relación de su voluntad con la *cosa*.

He dicho antes lo que se debe juzgar del aserto de que los colonos, inquilinos, etc., tienen sólo la tenencia, y que *por consiguiente*, no pueden tener más que la voluntad de tener. Ya he dicho también todo lo que me ha parecido del paradojismo que consiste en afirmar que el que ha querido *a*, a la que la ley atribuye *c*, ha querido *c*. No se trata aquí del razonamiento, tan falso como desprovisto de valor, que hace resultar el *animus detinendi* de la tenencia concedida por la ley, sino del que conce-

de a la diferencia en la manera de querer la *cosa*, un influjo sobre la especie de la relación posesoria. Pónese como base la regla absolutamente falsa, según acabamos de sostener, de que el que quiere la cosa para otro, tiene, y se trata de probar que en la posesión por procurador, como en la posesión personal interesada, el tenedor tiene la intención de haber la cosa para el dueño de la posesión:

Este punto era digno de ser incluido en el programa de las escuelas sofistas de la antigüedad. Cuanto más insensato era el aserto, más de frente rompía con la verdad, y mayor la sagacidad del sofista pára probarle, para hacer ver de lo blanco negro y de lo negro blanco, y merecer el elogio.

La diferencia entre el sofista y los defensores de la teoría objetiva, a los cuales incumbe probar qué colonos, inquilinos, comodatarios, usufructuarios, colonos hereditarios, superficia-rios, quieren haber la cosa, no para sí, sino para el dueño de la posesión, consiste sólo en que aquél conocía la falsedad de sus deducciones, mientras que a éstos se les ha metido en la cabeza la verdad de lo que deducen. Y quien alimenta la idea de que una cosa *debe ser*, llega fácilmente a creer que *es*. Trátase de una forma conocidísima de la servidumbre del pensamiento humano: «*Si la proposition du carré de l'hypoténuse, dice uno de los escritores franceses más distinguidos de nuestro tiempo (1), choquait nos habitudes d'esprit, nous l'aurions refutée bien vite. Si nous avons besoin de croire que les crocodiles sont des dieux, demain sur la place du Carrousel on leur élèverait un temple*».

A mi modo de ver, la doctrina jamás ha alterado de un modo más violento la simple realidad de las cosas, jamás ha dado prueba de una sofística más insana, como en la teoría de que aquí se trata. No conozco ejemplo en que tan de frente se haya roto contra la verdad. ¡El colono—para no referirnos más que a él—quiere tener el fundo, no para sí, sino para el dueño!

(1) H. Taine, *Les philosophes classiques du XIX^e siècle en France*; edic., París, 1882, p. 220.

El hombre, extraño al derecho que oyese eso de labios de un jurista, creería que pretendía éste burlarse o que no estaba en sus cabales; el jurista sería el primero en verse confuso si la discusión surgía.

Para sí o para otro—hasta el niño percibe la diferencia; sabe que la manzana que debe llevar a su hermano, se la ha dado para este último; sabe qué la que puede comer se lo han dado para él—: la diferencia es una de las primeras y más sencillas que se revelan al hombre.

No hay dialéctica en el mundo capaz de echar abajo la proposición de que el colono celebra el contrato de arriendo para sí, en su interés propio, y que, por tanto, el fundo objeto de aquél lo obtiene para sí, para trabajarlo, sembrarlo y recoger el producto, mientras en el arriendo ocupe económicamente el lugar del propietario, pagando por ello el precio del arriendo. Si el derecho romano no hubiera atribuído al colono la tenencia, no sé yo a qué jurista se le hubiera ocurrido sostener que el colono quiere tener los fundos, no para sí, sino para el dueño. Todos los juristas del mundo hubieran rechazado esta idea como absurda, indigna de ser refutada. El derecho romano, según hemos visto, ha tenido muy buenas razones para negar al colono la posesión, no debiendo imputarse a los romanos antiguos el supuesto motivo de que el colono no quiere haber el fundo para sí, sino a una teoría malsana que no se detiene ante los asertos más absurdos, cuando se trata de comprender en los cuadros jurídicos, que estima impuestos por razones técnicas, sus relaciones.

Un hombre hipnotizado toma un nabo por una manzana; quien no se encuentre en ese estado sabe que es un nabo. Pasa lo mismo con el indicado aserto. Un hombre de buen sentido sabe que el colono quiere tener la cosa para sí; es preciso hipnotizarse con la ciencia para sostener lo contrario.

¿Con qué fin, en efecto, se tiene una cosa? Con el único fin de usar de ella económicamente: recoger los frutos del fundo, habitar la casa, leer los libros prestados, colocar el dinero, beber el vino... Una propiedad a la cual se privase definitivamente

te de esta aptitud para el uso económico, sería un sobre vacío, una cosa sin valor. Todo depende del contenido: *tener*, en el sentido del derecho, es la facultad reconocida por éste de utilizar económicamente la cosa. Que esta facultad sea continua o intermitente, no implica diferencia para el tener en ese sentido. El hombre que debe tener momentáneamente la utilidad de la cosa, *tiene ésta* durante ese tiempo, y el propietario a quien falta la cosa durante ese tiempo, no la tiene. Este punto de vista del *tener* real ha llevado al derecho germánico a atribuir al colono la *Gewere* (1); en mi concepto, esta manera de ver es más exacta que la romana que niega la posesión al colono; más adelante volveré sobre el asunto (XIX). La *Gewere* (2) de un bien existe, según Heusler (3), en la persona de quien la *usa* y recoge los frutos. El uso no es el *efecto*, sino el *signo distintivo* de esa relación; no se tiene el derecho al uso por tener la *Gewere*, sino que se tiene ésta porque se recogen los frutos. He ahí, dice Heusler, un signo muy real, muy práctico, cuyo valor se advierte claramente teniendo en cuenta la circunstancia de que la *Gewere* implica la representación del bien. El que retira la utilidad de una cosa, se ofrece de un modo inmediato, en relación con ella.

Los pueblos modernos jamás han podido comprender la falta de protección de los tenedores, según el derecho romano, y eso que debían atribuir a esta circunstancia una parte esencial en el desenvolvimiento de los dos medios jurídicos destinados a eliminar los rigores de la manera de ver los romanos, a saber: el *summariissimum* y la *actio spolii*.

No hace falta añadir que cuanto queda dicho del colono aplícase también a todas las personas a las cuales la cosa ha sido entregada para sí; el aserto de que dichas personas no tie-

(1) Stobbe: *Handbuch des deutschen Privatrechts*; 2.^o, 2.^a edic., p. 17, n. 25.—Heusler: *Institutionen des deutschen Privatrechts*, tomo 2.^o, p. 31.

(2) Acerca del significado de la *Gewere* en el derecho germano, ver en el *Fundamento de la protección posesoria* (trad. esp.), pág. 6.^a nota (N. del T.)

(3) Obra citada, p. 22.

nen el *animus rem sibi habendi*, es tan falso para ellas como para el colono. El siguiente cuadro (1) indica la actitud tomada por el derecho romano respecto de las mismas:

POSESION	CUASIPOSESION	TENENCIA
Enfiteuta.	Usufructuario.	Colono.
Acreedor con prenda.	Superficiario (2).	Inquilino.
Precarista (2).		Comodatario.
Superficiario (2).		Precarista.

A modo de contraste, he aquí una indicación de los casos de posesión por procurador:

POSESION	TENENCIA
Sustituto comisionado para la venta, tutor (2). Vendedor. <i>Negotiorum gestor</i> e inventor de buena fe.	Representante (tutor) (2), criados, cocheros, bateleros, correo, etc.

El mismo lector puede hacer la aplicación de esos dos cuadros. Según la teoría subjetiva, la columna *posesión* debería quitarse por completo en ambos cuadros; en realidad, hay equilibrio perfecto entre ésta y la de la tenencia. Si los romanos se hubieran dejado guiar por la idea de que la posesión y la tenencia se determinan según la voluntad de tener la cosa para sí o para otro, hubiera debido haber posesión en todos los casos del primer cuadro, y tenencia en todos los del segundo, siendo así que en ambos hay al propio tiempo, casos de posesión unas veces y casos de tenencia otras. Síguese de ahí, que esa antítesis no debió de tener para los romanos fuerza completamente decisiva; según su concepción, la posesión se armoniza tanto con

(1) No he mencionado la relación del *immisus in possessionem*, porque no tiene la cosa en su poder. Ya la he citado antes: era una relación de tenencia *protegida por el derecho*.

(2) Según las circunstancias. V. caps. xvi y xvii.

la voluntad de poseer la cosa para otro, como la tenencia se armoniza por su parte con la voluntad de poseer para sí.

He de decir, por último, algunas palabras acerca del pretendido carácter doble de la relación de tenencia, alegado a propósito de esta tercer regla, la cual sería, ya el *ejercicio* de la posesión de otro, ya la *representación* en materia de posesión.

Nada tengo que objetar respecto del primero; armonízase perfectamente con la voluntad de tener la cosa para sí. Ofrécesenos al efecto un paralelo entre la venta del usufructo y la cesión del crédito. Como el derecho mismo no desaparecía, la relación jurídica que nace en este caso, no puede caracterizarse más que como ejercicio de ese derecho. Lo mismo ocurre con la relación posesoria. Al igual que en la relación de tenencia derivada, el derecho quiere conservar la posesión para el dueño; respecto de la relación posesoria del tenedor no queda más que el punto de vista del ejercicio de una posesión ajena.

Por el contrario, estimo el punto de vista de la representación en materia de posesión, tan inexacto como peligroso. Su objeto es expresar la idea muy exacta de que el dueño de la posesión posee *por* el tenedor; que la tenencia de éste se cuenta como posesión en el dueño. Pero la forma bajo que esta idea se expresa es errónea; implica una violencia en la noción de la representación tal cual el lenguaje la ha concebido, eso de aplicarla a los casos en que no hay idea alguna de representación. El jefe de familia adquiere por sus hijos y por sus esclavos, quiéralo o no, designándose en otros tiempos por esta razón como representantes necesarios o legales. Pero modernamente se ha rectificado adecuadamente este conflicto; son instrumentos de adquisición del jefe de familia y no representantes. Del propio modo que se puede en persona adquirir *por* o *sin* su voluntad, es decir, por la *ley*, así también se puede adquirir por intermediarios por o sin su voluntad, es decir, por la *ley*. En un caso como en otro, es falso referir la segunda especie de adquisición a una voluntad ficticia. En ambos casos la adquisición es obra de la ley.

Aplicado esto a la relación posesoria, quiere decir: el dueño

de la posesión puede adquirir y mantener ésta *por* la voluntad del intermediario (representante) o *sin* su voluntad (ley). Hay en ambos casos una mediación, pudiendo por consiguiente calificar la posesión del *dominus possessionis* como *indirecta* (1), por oposición a la directa que ejerce en persona.

No es, pues, correcto decir que la tenencia constituye una representación en la posesión; debiendo evitarse, por tanto, tal designación, porque se presta a creer erróneamente que el tenedor, en la tenencia personalmente interesada, no quiere tener la cosa para sí, sino para el dueño o *dominus possessionis*.

Cuarta regla.—La voluntad del poseedor es tener la cosa *definitivamente*; la voluntad del tenedor, es tener la cosa *temporalmente*.

Convencidos de que la voluntad del tenedor es diferente de la del poseedor, se han buscados otros signos distintivos, diferentes de aquellos de que acabamos de hablar: poseer para sí o poseer para otro, creyendo encontrar los dos siguientes: la voluntad de tener la cosa *definitiva* o *temporalmente*, y el indicado en la regla quinta: reconocer o no reconocer el derecho superior de un derechohabiente. Ni uno ni otro resisten al examen.

Es imposible percibir qué influjo puede ejercer sobre el carácter de la relación posesoria la circunstancia de que la cosa no esté confiada sino temporalmente a quien la tiene: ¿*x* cambia por no haber sido entregado definitivamente y sí de un modo temporal tan sólo? Si no ha sido alterado por el elemento subjetivo del fin, tampoco puede serlo por *el elemento temporal de la duración*. La duración pasajera de una relación no es más que una parte, un fragmento, de su duración total, y no se comprende por qué en una décima o en una centésima de esta duración, no ha de poder *x* afirmarse por entero, y en nuestro caso, por qué la posesión no ha de permanecer siendo posesión.

(1) Desde hace años empleo esta expresión en mis enseñanzas para designar el lado de la posesión derivada relativo al dueño de la posesión; el relativo al *tenedor* lo designo como *ejercicio* de la posesión de otro.

Sin duda, ciertas relaciones jurídicas, por ejemplo, las del derecho de familia, no implican el establecimiento temporal, contándose entre ellas en el derecho antiguo la propiedad y las servidumbres prediales. Pero allí donde la ley no pone obstáculo alguno al acuerdo de las partes sobre la relación pasajera de una duración, como en el derecho nuevo ocurre con la propiedad y con las servidumbres prediales, esa relación produce, si dura temporalmente, el mismo efecto que si durase perpetuamente. La posición jurídica del propietario no ha disminuído en nada porque la duración de su propiedad esté limitada a un lapso de tiempo determinado, ni la del titular de una servidumbre predial, porque en lugar de haberse establecido de por vida la servidumbre, dure sólo algunos años. Todas esas personas gozan de la misma protección jurídica que aquella a quien el derecho pertenece sin limitación de tiempo.

Ahora bien; ¿la posesión deberá regularse de otro modo? Si la corta duración convenida se concilia con la propiedad, debe conciliarse también con la posesión y si en la primera el derechohabiente temporal goza de la misma protección jurídica que el derechohabiente definitivo, ¿por qué no ha de ser lo mismo en la segunda?

Y cuenta que no se puede invocar aquí la lógica: $x \rightarrow 10$ no se distingue de x sino por la *cantidad*, no por la *cualidad*.

De este modo consideraban precisamente los romanos la posesión desde los tiempos más remotos. Tenemos la prueba en el *precarium* y en la *pignoris capio*, que daban ambas la posesión, aun cuando el propietario pudiera en cualquier momento concluir con ella por el pago en el segundo caso. Con el transcurso del tiempo han llegado a unirse al *precarium* los demás casos de posesión derivada: la prenda, la enfiteusis temporal y el secuestro. La teoría subjetiva trata de capitular ante esos casos, diciendo que no tienen el carácter verdadero de relaciones posesorias normales; pero ya veremos en la regla 7.^a cómo este aserto no se armoniza de ningún modo con la concepción romana.

Añadiremos, por lo demás, que la regla de que se puede

transmitir la posesión transitoriamente y, por supuesto, independientemente de la transmisión de la propiedad (1), está expresamente enunciada en nuestras fuentes, a saber, en la L. 17, § 1, h. t.: *...si quis igitur ea mente tradidit, ut possessio postea ei restitueretur, desinit possidere.*

Resulta, pues, que el motivo por el cual hay tenencia en ciertos casos de posesión derivada, no puede consistir en la circunstancia de que el tenedor no debe tener la cosa sino temporalmente.—*Los romanos deben de haber tenido otros motivos para negarle la posesión.*

Quinta regla.—El tenedor reconoce el derecho superior de un derechohabiente; el poseedor, no. La tenencia se caracteriza como una relación de dependencia jurídica reconocida por el tenedor mismo; la posesión como la aspiración a la autonomía, a la independencia.

El tenedor reconoce que el dueño tiene un derecho superior al suyo. ¡Perfectamente! Pero ¿siguese de ahí que no puede ser poseedor? Basta remitirnos a los casos de la posesión derivada para hacer ver el vicio de esta conclusión. El aserto de que esos casos implican una singularidad, descansa en una petición de principio (regla 7.^a). Pero esos casos no son los únicos; hay otros que la teoría subjetiva no tiene en cuenta y en los

(1) Con respecto a la propiedad, Juliano dudaba, en el caso de que uno ha dado dinero con la orden de colocarlo en préstamo. Véase la L. 20, *de reb. cred.* (12, 1). En rigor, creo que no puede admitirse aquí una transmisión de propiedad, pues no ha habido ni donación ni préstamo: *sed haec*—añade—*intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignus tamen est utrumque valere.* Hermogeniano, en la L. 33, § 1, *de don.* (39, 5), lo presenta como incontestable; *non impeditur domini translatio ac propterea iisdem nummis donatori creditis novum dominium in his quaeritur.* Según la L. 67, *de solut.* (46, 3), de Marcelo, Servio había propuesto ese sistema de entrega y restitución reiteradas de las mismas monedas, como medio de remitir al deudor una parte de su deuda: *qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, posse sapiens aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere.* Marcelo añadía: *etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur.* La operación era, en realidad, un simple acto aparente, una pura comedia o simple simulación de pago.

cuales se reproduce la misma situación. El sustituto no es otra cosa respecto del mandante que el representante; lo reconoce como el derechohabiente al cual debe restituir la cosa, y, sin embargo, tiene la posesión, mientras el representante no tiene más que la tenencia, El vendedor está, respecto del comprador, en la misma relación de dependencia que un tenedor cualquiera, lo cual no disminuye en nada su posesión.

¿Y por qué? ¿Qué es lo que la posesión tiene de común con el derecho de otro? La idea fundamental de toda la institución de la posesión descansa precisamente sobre *la independencia de la posesión frente al derecho*.

Pueden, en verdad, existir las más variadas relaciones jurídicas respecto de una misma cosa sin que entre sí se excluyan. La ley ha trazado para cada una de ellas su esfera particular, dentro de cuyos límites es completamente independiente, evitando así el conflicto de derechos. Es como el movimiento de una máquina, en la cual cada rueda se mueve sin ser obstáculo a la rotación de las demás. Todas las personas concurrentes pueden reconocerse viéndose cada una dentro de su esfera y todas como derecho-habientes: el propietario reconoce al acreedor como prenda, al usufructuario, al tenedor de una servidumbre predial, etc., y recíprocamente.

Ahora bien: ¿es que acaso la posesión estara sometida a ley distinta? ¿Deberá excluirse sólo porque el tenedor reconozca a otro *superior a él*, como falsamente se dice, en lugar de decir a su lado, como derechohabiente? Si la posesión del ladrón se armoniza con la propiedad en la persona del robado, ¿por qué no ha de conciliarse cuando el mismo estado aparente, consecuencia del robo, se establece de una manera legal por la entrega de la cosa por el propietario? El propietario reconoce al poseedor y éste al propietario. La situación es idéntica a aquella en que el propietario reconoce como derechohabiente al tenedor de un *ius in re* y recíprocamente. En ambos casos se trata de esferas jurídicas diferentes y compatibles.

No es, pues, exacto decir que la posesión implique necesariamente el elemento de la autonomía, de la independencia, se-

gún lo entiende y sostiene la teoría subjetiva, es decir, como protesta de derecho o de hecho contra el derecho de otra persona cualquiera.

Detengámonos un instante en esta supuesta autonomía del poseedor, y para convencernos de su falta de fundamento, comparémosla con la posición del tenedor.

Esta posición puede ser considerada de hecho o en derecho. En el primer sentido tiene por objeto lo que el poseedor *puede hacer* efectivamente; en el otro, lo que tiene el *derecho* de hacer.

El poseedor *puede* disponer de la cosa a voluntad. ¿El tenedor, no? En este respecto son perfectamente iguales.

Pero el tenedor no tiene el derecho de hacerlo; debe mantenerse en los límites trazados por su contrato: ¿es que hace otra cosa el poseedor? Hagamos la prueba con el poseedor típico de la teoría positiva, con el propietario. ¿Tiene el derecho de disponer a voluntad de la cosa? Sí, si al hacerlo no lesiona los derechos de terceros. He aquí el cortejo de los que pueden impedirselo: son muchos; «en primer término, aquellos en quien debe respetar los derechos de *propiedad*: los copropietarios y los que tienen un derecho eventual a la propiedad (legado sucesivo, condición resolutoria, etc.); luego los que tienen un *ius in re*; por último, los que sólo tienen un derecho de *obligación*: comprador, colono, inquilino. En todas las empresas relativas a la cosa que impliquen ataque de hecho a esas personas, es responsable para con ellas, del mismo modo en absoluto que el tenedor lo es respecto de él en el mismo caso. Su posición respecto del comprador no es diferente de la del colono respecto de él; debe respetarle como «derechohabiente» por encima de él, del propio modo que el colono debe respetarle a él. Su pretendida independencia jurídica, su autonomía, no existe, pues; el contrato le ata las manos como al colono o como a cualquiera otro tenedor.

En conclusión, la quinta tesis es tan insostenible como la cuarta; si la circunstancia de que la cosa no ha sido entregada sino temporalmente, no implica obstáculo para admitir la

posesión, tampoco lo implica la de que el derechohabiente reconozca otro derechohabiente superior, o más bien a su lado. La posesión en la persona del poseedor, se armoniza perfectamente con el respeto debido al derecho del propietario.

Sexta regla.—La posesión se caracteriza como *pretensión* a la posición del propietario; la voluntad del poseedor debe ser la de poseer la cosa como *propia*; esto es, como propietario a la manera de un propietario. Esta voluntad no existe en el tenedor, y así no obtiene la posesión, sino tan sólo la tenencia.

Tal es la teoría del *animus domini*, y en adelante me dirigiré exclusivamente a Savigny, según ya antes dejo dicho.

Ya hemos visto que Savigny ha encontrado perfectamente formada la noción del *animus domini*. Se ha limitado a recogerla sin criticarla, para erigir sobre ella toda su teoría de la distinción entre la posesión y la tenencia. Dicha noción era para él una verdad adquirida, y de tal modo se hallaba bajo el imperio de esta ilusión, que ha llegado a sostener (pág. 110, nota 2), que el *animus domini* está admitido tácitamente en todas partes en las fuentes, habiéndolo percibido hasta en un texto que ni siquiera se refiere a él, mientras prescindía por completo de los dos textos de Paulo, los cuales, cuando menos, hubieran podido darle un cierto apoyo, toda vez que en ellos se afirma la necesidad del *animus possidentis*.

La necesidad del *animus domini* era, pues, cosa admitida por adelantado para Savigny; sólo se trataba de justificarla en principio. A este fin se requería, después de haber invocado la propiedad, tomar en la relación de la posesión con la propiedad la prueba de que el poseedor posee como un propietario.

Esta relación consiste, según Savigny, en que la posesión es el *ejercicio de la propiedad*; «siendo la propiedad, dice en la página 29, la facultad jurídica de obrar sobre una cosa libremente y de impedir a cualquier otro usar de ella, la tenencia implica el *ejercicio de la propiedad*: constituye el estado de hecho que corresponde a la propiedad como estado *jurídico*». Más adelante refiere a esto la siguiente conclusión: «*por consiguien-*

te, el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer el derecho de *propiedad*. Pero el que tiene la tenencia puede tener esta intervención de dos maneras diferentes: puede querer ejercer el derecho de otro o el propio. Si tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad de otro que por lo mismo reconoce, no tiene el *animus possidendi* necesario para que la tenencia se transforme en posesión; no hay posesión sino allí donde el tenedor tiene la intención de ejercer *su derecho de propiedad*. No puede considerarse como poseedor sino el que trata la cosa como propietario; o en otros términos, el que pretende disponer *de hecho* de ella, como el propietario, tendrá la *facultad legal* de hacerlo *en virtud de su derecho*; lo que implica también la negativa de reconocer en la persona de otro un derecho superior al suyo» (pág. 110). «La voluntad debe consistir, por tanto, en la intención de tratar *realmente* la cosa como *propia*» (página 205).

La plena demostración del error de una opinión que se mantiene en las regiones de la abstracción, resultando así tan poco clara, no es raro lograrla más fácilmente recurriendo, no al medio de una dificultosa deducción, sino al de un paralelo tomado de las cosas menudas de la vida diaria, y el cual permite sustituir las ideas abstractas por consideraciones sensibles. De ese medio voy a servirme por de pronto.

¿Cómo debe uno disparar para cazar?—pregunta un individuo que no tiene el derecho de caza y que pretende ir a cazar.

Dispare usted como el derechohabiente, se le dice.

¿Tiene usted la intención de dirigirse contra la caza de otro, ingiriéndose, cual derechohabiente, a ejercer su derecho de caza como si fuese el suyo? Pues bien, es preciso disparar exactamente como el dueño: mire usted cómo lo hace, y así sabrá lo que tiene que hacer.

Las instrucciones que Savigny da al poseedor con respecto al *animus* no son mejores.

En lugar de decir—Dispare usted como el derechohabiente; le dice—Posea como el propietario. Ahora bien: ¿cómo tira el

derechohabiente? Si no sabe apuntar, si apunta demasiado alto, poco importa que tenga o no derecho. El poseedor no debe aprender del propietario cómo debe poseer, del propio modo que el que no tiene derecho de caza no tiene por qué aprender cómo dispara y apunta el derechohabiente. En ambos casos se trata de operaciones de puro hecho, que en sí llevan su dirección: es preciso *apuntar* bien, es decir, dirigirse adecuadamente al fin, en un caso con la escopeta, en otro con su voluntad. Ese fin es lo que se quiere obtener: en un caso la caza, en el otro la posesión.

Dirigir su voluntad hacia el fin; he ahí todo.

En la posesión, el fin consiste en el poder físico sobre la cosa. Si a pesar de haber apuntado bien, siguiendo la comparación, el tenedor no obtiene la posesión, dependerá esto, no de que él no haya tocado el objeto, sino de que por motivos que nada tienen que ver con su persona, el derecho le niega la posesión; su situación no es otra que la del cazador a quien la ley niega la propiedad de la caza que ha matado. Podría decirse en este último caso: es necesario que este individuo no haya disparado bien, porque no ha obtenido su propiedad; lo mismo que se dice en el primero que, cuando no ha obtenido la posesión, es porque no ha tenido la voluntad de poseer. Sin duda, el que parte de la idea fija de que la caza pertenece al que ha disparado sobre ella y que posee quien tiene la voluntad de poseer, cuando ve que la caza se niega al cazador y la posesión al tenedor, no tiene otro recurso que decir: el cazador no puede haber alcanzado a la caza, el tenedor no puede haber tenido la voluntad de poseer; es preciso negar el hecho para armonizar el resultado con la idea fija.

Enviar al poseedor a la escuela cerca del propietario para aprender de él cómo debe poseer, es trastornar la relación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión es más antigua que la propiedad. Puede imaginarse la posesión sin la propiedad, pero no al contrario. En la posesión, no encontramos en parte alguna la propiedad, ni en la *definición*, ni en el *nacimiento*, ni en la *extinción*, ni en la *protección*; pudiendo, si fuere

preciso, exponerse toda la teoría de la posesión sin emplear una sola vez la palabra *propiedad*. Que no se intente hacer lo mismo con la propiedad. No podemos separarnos jamás de la posesión: nos sigue constantemente en toda la teoría de la Propiedad.

Desde el primer paso, en la *definición* de la propiedad se presenta aquélla como elemento *contenido* en ésta. La posesión forma la condición de hecho de la utilización económica de la propiedad; no tiene valor en sí, pero debe existir para que, de hecho y de derecho, el propietario pueda disponer de la cosa. De donde resulta que el postulado inevitable de la propiedad es el *derecho a la posesión (jus possidendi)*. Sin él la propiedad sería una vana palabra: pareceríase a una cosa colocada tan alta, que no está al alcance de quien debiera cogerla.

La posesión aparece *otra vez* en el *establecimiento* de la propiedad. Tres de los modos de adquisición más importantes de la propiedad: la *ocupatio*, la *traditio*, la *usucapion*, presuponen la posesión.

Muéstrase por tercera vez en la reclamación judicial de la propiedad bajo forma de *rei vindicatio*. Tiene por *condición* la falta de la posesión, y por *fin* la vuelta de la posesión. La utilización económica de la propiedad en forma de *uti, frui, consumere*, no da casi nunca margen a procesos: la materia de las contiendas sobre la propiedad proviene casi exclusivamente de la posesión.

Que se compare si no la acción petitoria con la posesoria. En el posesorio, no sólo no es necesario invocar la propiedad, sino que está en principio *prohibido*, tanto al demandante como al demandado. Cuando se quiera formar una idea de la dependencia recíproca de las diversas nociones, basta examinar la acción. Su relación relativa se manifiesta con una claridad perfecta, haciendo comprender cómo los juristas romanos han podido llegar para los derechos, a poner el acento decisivo sobre la acción.

Para la posesión, la propiedad no se muestra jamás en la acción: lo que en principio quiere decir que la posesión es in-

dependiente de la propiedad y que no tiene el más leve punto de contacto con ella. Para la propiedad, la posesión se muestra en la acción: lo que equivale a decir que la propiedad presupone en principio la posesión. En la acción por un *jus in re*, el demandado debe sostener que su derecho ha sido establecido por el propietario; es decir, que la propiedad forma en principio la condición del *jus in re*. El acreedor con prenda debe además invocar su crédito, lo que significa que la propiedad y el crédito son condiciones de principio del derecho de prenda (1).

Independencia teórica de la posesión respecto de la propiedad: dependencia teórica de la propiedad respecto de la posesión.—Tal es la conclusión que nos ha dado la comparación hecha entre las mismas. Ahora bien: si la propiedad presupone en principio la posesión, equivale esto a decir: la noción de la posesión es el *prius teórico*; la de la propiedad, el *posterius teórico*—*prioridad lógica de la noción de posesión respecto de la noción de propiedad* (2).

Tiene cierto atractivo el preguntarse, si a esta prioridad lógica no responde también la histórica. Si cedo a la tentación de este atractivo, es dándome clara cuenta de que me lanzo en terreno inseguro y de que la opinión que profeso habrá de encontrar oposición. Si no me he equivocado, habré echado en la balanza un segundo argumento contra la teoría del *animus domini*: de otro modo el peso del argumento lógico no disminu-

(1) Si la relación de prioridad teórica debiese prevalecer en materia dialéctica, lo que no debe ser, en mi concepto, tendríamos el orden sistemático siguiente: posesión, propiedad, los *jura in re*, a excepción del derecho de prenda. Este último, como forma combinada del *jus in re* y de la *obligatio*, encontraría su lugar propio al fin del derecho de obligaciones.

(2) En lugar de *teórico*, el lector puede poner aquí *práctico*; me he servido de la primera expresión para mostrar, desde su mismo punto de vista puramente teórico, el error de principio que comete la teoría del *animus domini* tomando de la propiedad el elemento determinante de la voluntad de poseer; pero todos los elementos teóricos de que ahí se trata tienen su realidad práctica.

rá, a pesar de todo. Para refutarme sería preciso probar que el primer argumento no se sostiene: desde luego declaro que no doy gran importancia al segundo.

En la naturaleza, los seres inferiores han precedido a los superiores; porque éstos tienen a aquéllos por condición de su existencia. El mundo inorgánico ha precedido al orgánico, la planta al animal, el animal al hombre. Esta marcha de lo imperfecto a lo perfecto, de lo que es condición a lo que depende de ésta, de lo inferior a lo superior, se reproduce también en la historia del derecho. ¿Y ha seguido la historia también esta marcha en el dominio del derecho de las cosas en Roma? Si así fuese, las instituciones de ese derecho se colocarían según su prioridad teórica antes señalada en el orden siguiente: posesión, propiedad, *jura in re*. Entre estos últimos, las servidumbres prediales, como formaciones de derecho real exclusivo, ocuparían el primer puesto, y los demás, como combinaciones de *jus in re* y de obligaciones, el segundo.

Tendríamos así el orden sucesivo siguiente:

1. Posesión.
2. Propiedad.
3. Servidumbres prediales.
4. Las demás *jura in re*.

Sabido es que este orden es exacto para las tres últimas formaciones: ¿qué diremos de la posesión? No se trata, por supuesto, de la aparición de hecho de la posesión—de hecho ésta ha sido la primera relación que se ha establecido entre el hombre y la cosa—: trátase de saber bajo cuál aspecto se ha presentado por primera vez al hombre la idea de *tener jurídicamente* una cosa, si bajo el aspecto restringido de la defensa de la cosa contra quien trata de arrancársela o que se la ha arrancado, o si bajo el aspecto ilimitado, absoluto, de un derecho contra todo individuo en quien encuentre esta cosa.

En mi concepto, la respuesta no puede ser dudosa: el primer aspecto es el verdadero. Ahora bien: bajo esas dos formas de la idea de tener jurídicamente, no hemos hecho más que presentar en su esencia la idea de la posesión y de la propie-

dad. Por tal modo tendríamos la regla siguiente: la idea de la posesión ha precedido a la de la propiedad (I).

Sea lo que fuere de esta prioridad histórica de la posesión sobre la propiedad, la lógica, sistemática y práctica, queda sentada, yo creo, de un modo indiscutible. La falta que comete la teoría subjetiva sentando el *animus domini*, puede ahora designarse en breves términos; es un $\alpha\sigma\tau\epsilon\omicron\nu\ \kappa\rho\omega\tau\omicron\nu$ lógico. Invócase una noción posterior, la de propiedad, para procurar el establecimiento de otra anterior, la de posesión. Trátase de un préstamo hecho por la posesión a la propiedad antes de que exista ésta, y cuándo debe decidirse sobre la voluntad necesaria para ello. La voluntad necesaria para una relación, de cualquiera naturaleza que sea, puede y debe ser siempre tomada de sí misma, si se dirige a x , x es quien decide.

La teoría del *animus domini* designa, en lugar del x de la posesión, el x de la propiedad.

Al error que por sí solo implicaría el cambio de la mera no-

(1) Tal es también la opinión de los juristas romanos. Véase la L. 1, § 1, h. t.: *dominium rerum ex naturali possessione coepisse*. Tengo que renunciar a ir más lejos en la historia del desenvolvimiento de la propiedad, que nos lleva mucho más allá de Roma en los tiempos prehistóricos en la época de la emigración aria (a) He citado antes el primer germen, revelado con el auxilio de la etimología, de la idea de propiedad; me he explicado de pasada sobre la distinción de las *res Mancipi* y *nec Mancipi*, en mi *Fahrbuch* (F, 23, p. 204, nota 2). La propiedad primitiva ha sido la de las *res nec Mancipi* (sin reivindicación); la de las *res Mancipi* (*dominium ex jure Quiritium*, con reivindicación) no emana sino del período de fijeza territorial; las tribus nómadas no la conocían. Sólo en una época relativamente reciente (después de las XII Tablas), fué cuando en Roma el *dominium ex jure Quiritium*, es decir, la propiedad reivindicable, fué transportada a las *res nec Mancipi*, y hasta ese momento la protección del derecho para esas cosas restringíase a las acciones por robo, pero dirigibles también contra terceros. Gayo, III, 126 *apud* *ALIQUEM furtiva res quae sita et inventa*.

(a) Para ver completas las investigaciones sobre el desenvolvimiento jurídico de Roma, que Ihering ha hecho, es de sumo interés consultar su citada obra: *Prehistoria de los indoeuropeos* (trad. esp.).—(N. DEL T.)

ción decisiva con otra, júntese ahí también el de que esta otra es más reciente y que hasta presupone por su parte lo que debería explicar. Es el error mismo cometido por Vangerow, cuando explicaba la libertad como propiedad en el cuerpo humano. La persona debe existir, no sólo en lo físico, sino en el sentido jurídico; es decir, debe ser reconocida como sujeto jurídico, antes de que en principio pueda tratarse de la propiedad: la propiedad, como todo otro derecho, presupone el sujeto del derecho. En ambos casos la relación teórica encuéntrase trastornada; la noción más antigua resulta la más reciente, y viceversa: una noción que no existe aún se emplea para explicar otra que ya existe.

Y vuelvo a Savigny, para examinar más de cerca la manera cómo establece la relación entre la posesión y la propiedad que es necesaria para deducir el *animus*.

«La tenencia es el *ejercicio de la propiedad*, el estado de hecho que corresponde a la propiedad considerada como un estado jurídico.»

Pueden hacerse ahora las siguientes indicaciones:

1. No es exacto decir que la posesión contiene el *ejercicio* de la propiedad. El ejercicio de la propiedad consiste en la aplicación económica de la cosa a los fines que el propietario persigue; consiste, según las cosas, en el *uti, frui, consumere*. La posesión sólo contiene la *condición* de la realización de estos actos. La posesión, como tal, no tiene ningún valor económico. En el momento de emprender un largo viaje, coloco mi caballo de silla en las cuadras de A., disponiendo que B. podrá usarlo. ¿Cuál de los dos ejerce mi propiedad? B., a quien he dejado el *uti*, y no A., a quien sólo he dejado el *possidere*. El primero tiene el goce de la cosa; el segundo no obtiene ningún beneficio económico.

No puede, pues, designarse la posesión como ejercicio de la propiedad, al modo como no puede designarse el derecho de prenda como ejercicio del derecho de crédito. La posesión no tiene otra importancia para la propiedad, que la que tiene el derecho de prenda en el derecho de crédito; es,

en definitiva, un simple *medio de asegurar* el ejercicio del derecho.

2. Sea cual fuere, por lo demás, la importancia de la posesión para la propiedad, tiene siempre y en todo caso esa importancia por el mismo motivo que en la propiedad, pudiendo decirse que para hacer posible de hecho la realización del fin de la cosa, la ley ha reconocido al interesado un derecho de posesión. Para el acreedor, para el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario, y hasta para el colono y el inquilino, la posesión de hecho de la cosa tiene el mismo valor que para el propietario; el ejercicio asegurado de su derecho es imposible sin ella. Y la base en que apoyan su derecho a la posesión es exactamente la misma que en la propiedad, esto es, la ley. Para ellos la posesión constituye también «el estado de hecho que corresponde a la propiedad (o bien al derecho de que se trate en cada caso), considerada como estado jurídico».

3. Aun cuando se demostrase que hay concordancia perfecta entre esos dos elementos, ¿qué habríamos ganado desde el punto de vista de la posesión? Absolutamente nada. La relación que Savigny establece de ese modo entre la posesión y la propiedad no tiene importancia alguna y se agota, como él mismo reconoce (p. 27), en esta proposición: el propietario tiene el derecho de poseer. La posesión no adquiere, por ese lado, una importancia jurídica, así como tampoco cualesquiera otros hechos, actos o cosas que son el objeto de un derecho. Así como el propietario tiene el derecho de poseer, el concesionario de caza tiene el de cazar, el titular de una servidumbre de paso, el de pasar. La posesión no ha adquirido una importancia jurídica verdadera, sino después que ha participado como tal de la protección del derecho. Desde entonces, saliéndose de la serie de los diferentes sucesos y de los demás estados de hecho, ha llegado a ser una relación jurídica independiente sobre la cosa. Todos los demás estados de hecho no son más que el *objeto*, el *contenido* de un derecho; la posesión, por su parte, es la *base* de un derecho.

Savigny, en lugar de atenerse a este último punto, único de

interés al considerar la importancia jurídica de la posesión, insiste y toma acta de su relación absolutamente indiferente entre ésta y la propiedad. Ya sabemos por qué *debía* hacerlo. Necesitaba dar ese rodeo hacia la propiedad para procurarse a su tiempo un punto de apoyo para el *animus domini*. Basta citar algunas definiciones de la misma calidad, para mostrar lo que vale, desde el punto de vista del saber en esta materia, el reflejo de la posesión en el espejo de la propiedad que Savigny presenta en esta definición: la posesión es el estado de hecho que corresponde a la propiedad considerada como estado jurídico, o en otros términos, es el ejercicio del derecho de propiedad:

Uti: aquel estado de hecho que corresponde al *usus* considerado jurídicamente.

Frui: aquel estado de hecho que corresponde al *fructus* considerado jurídicamente.

Cazar: ejercicio del derecho de caza.

Nacimiento: acto que corresponde al comienzo de la personalidad.

Muerte: acto que corresponde al fin de la personalidad.

Quien no posea por adelantado la intuición de esos estados y de esos actos, no la obtendrá de este modo, y para quien la posea, la relación jurídica indicada por Savigny no tiene valor alguno, donde quiera que, como en la posesión, se trata sólo de esta intuición.

Y voy aún más allá.

Admito que todas las críticas hechas hasta aquí contra Savigny no resisten al examen, admito que la posesión sea el ejercicio del derecho de propiedad, y hasta que esta consideración sea decisiva para la definición de la voluntad de poseer, como *animus domini*. Eso nos lleva a formular la proposición de que el poseedor debe tener la intención de ejercer la propiedad.

Pero esta definición no es más exacta que la precedente, porque se aplicaría por igual manera tanto al colono y al in-

quilino, que tienen indudablemente la intención de ejercer el derecho de propiedad perteneciente al dueño, aunque, como tenedores, *no puedan*, según Savigny, tener *animus domini*. Para excluírlos se necesita, en verdad, modificar la definición propuesta.

Esta modificación la realiza Savigny, distinguiendo la voluntad de ejercer su *propia* propiedad, de la voluntad de ejercer *la propiedad de otro*. El *animus domini* alcanza de ese modo lo que desde el principio perseguía: los tenedores no tienen la intención de ejercer su propio derecho de propiedad, sino el derecho de propiedad de otro. Pero esto es aún insuficiente para la posesión, porque la voluntad de poseer debe tender a ejercer su propio derecho de propiedad. Esta voluntad no pertenece más que a los propietarios verdaderos, putativos o presuntos: todos en su posesión se apoyan sobre sí mismos: no reconocen a nadie como derechohabientes sobre ellos. Esta voluntad, por el contrario, no pertenece a quien reconoce a otro como propietario, de quien su posesión se deriva. Sólo en virtud de una nada afortunada consecuencia, le reconocía a él también el derecho romano la posesión en ciertos casos.

En vano es que busquemos en Savigny un motivo en pro del influjo que esta diferencia de la voluntad de poseer está llamada a ejercer en la relación posesoria. Limitase a decir en la página 109: «Si tiene—el tenedor—la intención de ejercer la propiedad de otro, no hay, sin embargo, no hay ahí el *animus possidendi* que es necesario para que el hecho de la tenencia se transforme en posesión». ¿Por qué no? Nada responde y le hubiera sido difícil a Savigny responder, porque el influjo que ejercerá sobre la posición jurídica del tenedor esta intención de ejercer su propiedad o la de otro, no está en modo alguno justificado y no encuentra el más ligero punto de apoyo en el derecho romano. Muy al contrario, ese derecho nos coloca en condiciones de probar de una manera positiva, que la diferencia entre el ejercicio del derecho propio y el ejercicio del ajeno es indiferente por completo para otras relaciones jurídicas.

El cesionario, según el derecho romano, ejerce el derecho

de crédito del cedente: sin embargo, la protección jurídica que se le concede no es otra que aquella de que el cedente goza. El *alieno nomine agere* no tiene en este caso influjo sobre la posición jurídica del cesionario. ¿Por qué, pues, el *alieno nomine possidere* lo ha de tener sobre la posición del tenedor? No se explica esto. Si yo puedo ejercer el crédito del cedente y ser protegido como él, ¿por qué, como colono, no he de poder ejercer también la posesión del arrendador y ser protegido como él? ¿Será acaso, porque el cedente cede el crédito *definitivamente*, mientras el que arrienda no cede la posesión sino de un modo *temporal*? Ya antes he respondido a esta consideración.

La venta del usufructo nos proporciona otro ejemplo. El comprador no obtiene más que el ejercicio del usufructo, y no el derecho mismo; y, sin embargo, está tan protegido como el usufructuario mismo. Se puede, pues, ejercer el derecho *de otro*, y a pesar de ello, gozar de la protección como quien ejerce ese derecho como un derecho propio.

Síguese de aquí, que la idea de que la relación posesoria en la persona de quien ejerce la propiedad de otro debe revestir el carácter de tenencia, no tiene fundamento alguno.

Si para el cesionario y el comprador del usufructo no obsta el ejercicio del derecho de otro para gozar de la protección jurídica de que gozaba su autor, no hay razón para que las cosas pasen de otro modo en la posesión. Todavía hay más: de todas las relaciones jurídicas, la posesión sería siempre más apropiada para participar de la protección jurídica en los casos en que se deriva de otra persona; porque en todas las demás relaciones, el que quiera ejercer el derecho de otro, debe prevalerse de ese derecho, lo cual no es un requisito en la posesión. La posesión descansa en sí misma: el poseedor no necesita decir de dónde tiene la posesión: la simple exterioridad basta. Ahora bien: ¿y ha de ser precisamente respecto de él, el influjo de una circunstancia de su posición jurídica, contrario, cuando no lo es respecto de los derechos en los cuales la protección del ejercicio está subordinada a la invocación del derecho de otro? Esto

es tan notoriamente absurdo, qué no hay para qué insistir en refutarlo.

¿Y qué queda del *animus domini*?

Nada. No es cierto que la posesión contiene el ejercicio de la propiedad; la posesión no es más que un medio de alcanzarlo, y la misma función que le corresponde para la propiedad, la reclama también para todos los derechos que exigen la posesión en su ejercicio. Y aun cuando contuviera tan sólo el ejercicio de la propiedad, no puede decirse que para la posesión, es decir, para la protección jurídica de la posesión, importe la cuestión de saber si se ejerce su propia propiedad, real o supuesta, porque el derecho romano en otras materias reconocía a quien ejerce un derecho ajeno, la misma protección jurídica que al derechohabiente.

Y termino el examen crítico del *animus domini*. Quizá he puesto a prueba la paciencia del lector. En todo caso, el *animus domini* ha abusado de la mía.

Este trabajo es el menos entretenido que creo haber realizado en mi vida, siendo la causa de que mi teoría de la posesión tardara tanto en salir de mi pluma, la profunda repugnancia que yo experimentaba ante la idea de publicarla. Si únicamente se tratase aquí de sentar que la condición del *animus domini* no tiene fundamento, hubiera podido aligerar considerablemente mi tarea. Bastábame el hecho de que las fuentes no lo mencionan en parte alguna, y que el derecho romano admite la posesión aun en los casos donde esta condición falta (regla 7.^a). No he creído, sin embargo, poder contraerme a eso en esta obra, cuyo objeto era agotar en todos los puntos y direcciones la parte de la teoría posesoria romana relativa a la voluntad de poseer. Era preciso llegar hasta el fondo del error, mostrar cómo ha podido ser posible, de dónde nace, qué caminos equivocados ha debido seguir, qué abismos ha debido franquear para alcanzar el fin que desde un principio se proponía: la justificación constructiva de la distinción entre la posesión y la tenencia.

Séptima regla.—En ciertas relaciones, por motivos particu-

lares, el derecho romano ha renunciado a exigir el *animus domini* (posesión derivada); pero esto es una singularidad.

Nada justifica el aserto de que la posesión derivada entrañe una singularidad. De hecho, y esto es lo que importa, hay en el derecho romano casos de posesión derivada con posesión, y otros con tenencia; no diciendo en parte alguna los juristas romanos que los primeros de esos casos constituyan singularidades. Una teoría, por tanto, que llega a esta conclusión, debe ser falsa en su punto de partida, e introducir en el derecho romano la concepción extraña a los juristas romanos mismos. Ya sabemos cómo se ha originado esta regla. La posesión derivada *debe* contener una singularidad, so pena de que la teoría del *animus domini* caiga por tierra completamente desecha. Todo está en el influjo tiránico de la idea preconcebida, influjo que ya hemos tenido ocasión de reconocer otras varias veces, y que, en este caso, como en todos los demás, acaba por tener que estrellarse contra el simple hecho.

Quiero demostrar con el auxilio de algunos ejemplos el camino que ha seguido la teoría subjetiva para llegar a definir la relación existente entre la posesión derivada y la posesión.

Afirmación: la noción de una mesa impone cuatro pies. Objeción: hay, sin embargo, mesas que tienen más o menos. Respuesta: «son éstas irregularidades que tienen sus motivos históricos o prácticos», pero que no pueden impedirnos decir que la idea de mesa implica cuatro pies».

Afirmación: el término de la usucapión es de tres años. Objeción: es de diez para los inmuebles. Respuesta: es una excepción a la regla.

Así como en este último ejemplo los tres y los diez años se encuentran en la misma línea, sin que ninguno de esos términos pueda presentarse como regla, así, en la relación posesoria derivada, la posesión no tiene más de derecho que la tenencia. En uno y otro caso, la regla se divide de antemano en dos ramas completamente iguales entre sí. Según la idea de los juristas romanos, el elemento del *animus domini* es tan indiferente para la noción de la posesión como los cuatro pies para la

mesa. El que por adelantado concibe la noción de una manera demasiado estrecha, no debe extrañarse de que ésta se estrelle con los fenómenos que en ella no encajen; la censura de contrariar los principios que aquél les dirija más bien debe recaer sobre él: y es que en realidad, el error reside no en las cosas, sino en el sujeto.

El establecimiento de la categoría de la posesión derivada, contiene la declaración en quiebra de la teoría subjetiva. Una *regla* soporta la contradicción, es decir, la excepción; una *noción*, no. Si la condición del *animus domini* se indicase sólo como regla, los casos en que falta, y, sin embargo, hay posesión, se armonizarían con ella. Pero se ha formulado como elemento teórico; la noción de la posesión, la naturaleza, la esencia de las cosas y demás modismos y expresiones, entrañan necesariamente el *animus domini* o *rem sibi habendi*; la posesión sin *animus domini* se ha declarado imposible en principio (1). Y sin embargo, existe realmente, y con esto está dicho todo.

Pero el jurista que sabe construir no tropieza con dificultad alguna para encontrar un punto de vista para la explicación de lo que resulta contrario a los principios, un punto de vista que lo justifique y sincere ante el pensamiento jurídico (2).

Y eso es lo que ha hecho Savigny. «La posesión se considera como un derecho, y a este título puede ser enajenada. He ahí por qué el poseedor verdadero y originario podrá transferir el derecho de la posesión a quien ejerce el derecho de propiedad para él» (pág. 119). «El *animus possidendi*, que en la posesión originaria es un verdadero *animus domini*, tiene por objeto,

(1) Savigny mismo (p. 120) reconocía expresamente que la posesión derivada «contiene una derogación de los principios primitivos de la posesión».

(2) Tan cierto era eso para Savigny (p. 113), que no ve en la posesión del enfiteuta más que una «inconsecuencia aparente», que promete explicar más adelante. Pero la consideración histórica que invoca después (§ 12 a) — *Ager publicus* y *vectigalis*— nada tiene de común con esta inconsecuencia jurídica, con la anomalía teórica de esta posesión.

cuando se trata de la posesión derivada, el *jus possessionis* transmitido por el poseedor originario».

Esta explicación excede sus propios límites, como ocurre en todos los casos análogos cuando se acude a semejantes medios de salir del paso. En efecto, si el propietario puede transmitir el *jus possessionis* a quien no tiene el *animus domini*, he ahí sin más un medio de echar por tierra toda la teoría posesoria. Por medio de la transmisión del *jus possessionis* doy fin a toda tenencia y prescindo del *animus domini*. ¿Para qué ha de dirigir todavía el propietario real, putativo o supuesto, su voluntad sobre el ejercicio de su propio derecho de propiedad? Bástale, en efecto, dirigirla sobre el *jus possessionis*.

Savigny quiere prevenir el peligro que encierra esta posibilidad de transmitir el *jus possessionis*, notando (pág. 120) que no es preciso admitir la propiedad derivada, sino allí donde el derecho positivo la reconozca expresamente, y colocándose así en contradicción consigo mismo. En la página 119 nos dice que, a *título de derecho*, la posesión implica la posibilidad de enajenar el *jus possessionis*, presentándonos esta posibilidad como una consecuencia necesaria. Una página después de esta proposición *racional* reviste el carácter de una disposición *positiva*, que no debe ser llevada más allá de las disposiciones expresas del derecho romano, sobre los casos de posesión derivada que enumera. En cuanto a probar que esta disposición está así limitada, lo que por mi parte admito también, aunque por motivos distinto: que Savigny, éste nada hace, no pudiendo percibirse por qué los romanos habrán restringido la transmisión del *jus possessionis* a los casos indicados, si la idea que Savigny les atribuye de que esa transmisión es de derecho, fuese exacta.

Si Savigny no se ha atrevido a sacar las consecuencias de su propia idea, otros lo han hecho por él (véase antes). Según ellos, depende por completo de la convención de las partes establecer en las relaciones de posesión derivada la posesión o la tenencia.

Y llegamos así al punto más culminante de la teoría subjetiva.

Octava regla.—La libre voluntad decide de la posesión y de la tenencia. Ya hemos tenido ocasión más arriba de explicar nuestro punto de vista frente a esta opinión; por eso nos limitamos a remitirnos a lo entonces dicho. La posesión se convierte en juguete de la voluntad arbitraria de las partes. La disposición objetiva del derecho se sustituye por la voluntad libre, subjetiva, completamente soberana. Todo cuanto el legislador dice acerca de la posesión puede resumirse en estos términos: haced lo que os plazca; la anarquía se erige en principio de derecho. Tal es el punto final de la teoría subjetiva. De todos los pasos por ella dados en su camino, éste es el único que desde el punto de vista de la teoría pura no puede evitarse; contiene la consecuencia completamente ineludible de todo lo que precede: *es un salto en el abismo*. Debemos estar reconocidos a aquellos que no se han vuelto atrás antes de llegar a semejante extremo; era preciso estar ciego para no verle. Una teoría jurídica que va hasta el abismo, impulsada por sus propias consecuencias, se condena por sí misma.