

## La teoría de los juristas romanos

El aspecto que reviste la teoría de la posesión en el derecho romano, es de una sencillez extraordinaria. Donde quiera que existen las condiciones exteriores de la relación posesoria, *corpus* y *animus*, en el sentido indicado y desenvuelto en el capítulo VI, hay posesión, a menos que exista, o que se pueda demostrar la existencia, de una relación a la cual el derecho concede sólo la tenencia. La aptitud subjetiva del que posee es totalmente indiferente a este efecto. Obtiene aquél la posesión donde cree obtener la tenencia, y viceversa; su creencia errónea no tiene otra importancia que la de un error de derecho, sin influjo alguno en este caso, como en los demás. La posesión está también regida por la regla: *plus est in re quam in existimatione mentis*; la regla de derecho objetiva fija las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico, independientemente de la creencia que pueda abrigar la parte. En cuanto a *su voluntad*, no tiene fuerza alguna frente a la regla de derecho que ha fijado, de una vez para siempre, la cuestión de la posesión y de la tenencia.

Hay tenencia, aun cuando la voluntad tienda a la posesión, y viceversa. Sin duda, cuando existen para un mismo acto jurídico dos formas diferentes, una de las cuales entraña la posesión y la otra la tenencia; por ejemplo, en materia de representación, la cuestión de posesión depende de la voluntad de la persona, pero no directamente como tal, sino indirectamente, como una consecuencia atribuida a la elección de una de las formas; tal es la relación ya explicada existente entre *a* y *c*.

El aspecto jurídico de la oposición existente entre la pose-

sión y la tenencia, resulta de este modo al lado del de la oposición existente entre la posesión y la propiedad. El paralelo mejor nos lo proporciona la propiedad quiritaria y bonitaria; es ésta una división en el seno mismo de la institución: en un caso la propiedad, en otro la posesión. La cuestión relativa a si uno era propietario quiritario o bonitario, decidíase, no según su voluntad, sino según la regla del derecho. Si hacía que le transmitiesen la *res mancipi*, resultaba propietario quiritario, quisiérase o no; si se limitaba a la tradición, se hacía propietario bonitario. Lo mismo sucedía con la posesión. El acreedor con prenda, el enfiteuta, etc., se hacen poseedores; el colono, el inquilino, etc., se hacen tenedores, todos ellos, quieranlo o no. La institución de la posesión ha logrado así en el derecho romano la misma seguridad, fijeza, facilidad de aplicación, independencia de la creencia y de la voluntad subjetiva de las partes, que todas las demás instituciones de derecho.

El aspecto de las cosas, antes indicado, ha logrado su expresión en una regla de la jurisprudencia romana más antigua; es ésta la conocida regla: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*; esto es, la voluntad no tiene fuerza ante la *causa possessionis*. No creo, sin embargo, oportuno, comenzar mi exposición de la teoría de los juristas romanos por esta regla: la reservo para el fin, al efecto de empezar por preparar su comprensión exacta, por la prueba de que los juristas romanos se han dejado guiar por ella, en sus decisiones de los casos concretos relativos a la posesión.

Examinemos, pues, la casuística de la cuestión de la posesión en la doctrina de los juristas romanos. Es ésta la última de las múltiples pruebas a que sometemos la teoría subjetiva, y la que ha de decidir en última instancia. Quien quiera que se haya mantenido indiferente ante todas las demás, tendrá que someterse ante la autoridad de los textos. Ya hemos invocado, de pasada, algunos de los textos más importantes (1), pero aquí es

---

(1) La L. 21, pr., de *A. r. d.* (41, 1), y la L. 44, § 4, de *usurp.* (41, 3); la L. 21 *ibid.* y la L. 13, de *don.* (39, 5).

únicamente donde habrán de ofrecerse unidos al conjunto de los materiales que quedan, y por tanto, donde podrán desplegar su fuerza mayor.

Un hombre libre, pero que se le conceptúa esclavo (*liber bona fide serviens*), compra una cosa. Está persuadido, claro es, de que la posesión y la propiedad de esta cosa pasan a su amo. Sin embargo, la L. 21 pr., de A. r. dom. (41, 1), de Pomponio, le atribuye la posesión y la propiedad a él mismo, *ipsius fieri*. ¿Por qué? El obstáculo falsamente supuesto en su persona, esto es, la potestad dominical, nuestro —*n* no existe: las condiciones legales *a + c* surten todos sus efectos; en otros términos, se hace poseedor.

Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, decimos: según Savigny (1), sería preciso negarle la posesión, porque no tenía el *animus domini* o *rem sibi habendi*. Tal es también la decisión de Paulo, en la L. 1, § 6, h. t., y no podía en rigor opinar de otro modo si se empeñaba en el mantenimiento de la condición impuesta por él y consistente en el *animus possidentis*. La antítesis entre la manera objetiva de los demás juristas y la manera subjetiva de Paulo, se manifiesta aquí de un modo bien claro.

Un hijo de familia, cuyo padre ha muerto en el curso de un viaje lejano, pero de cuya muerte no está enterado, compra una cosa. ¿Cuál es su posición considerada desde el punto de vista de la posesión? Según Savigny, sólo puede obtener la tenencia, pues como hijo de familia—que se presume tal—no tiene el *animus rem sibi habendi*; Papiniano, en la L. 44, § 4, de usurp. (41, 3), le atribuye la posesión: *quavis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit*; ¿por qué? A partir del momento en que su padre ha muerto, se ha hecho jefe de familia: el —*n* que se oponía hasta enton-

---

(1) Cita este pasaje (pág. 309) para probar que «a menudo el propietario no puede adquirir la posesión por el intermedio del esclavo»: pero nada dice de la decisión del mismo pasaje respecto del *liber bona fide serviens*, que no se armoniza con su teoría. Es lo que hace también en la L. 21, de usurp. (41, 3), que examinaremos inmediatamente y que es absolutamente inconciliable con su teoría.

ces contra su posesión, la patria potestad, ha desaparecido. El que tenga o no conocimiento de ello es indiferente, siendo aplicable la regla: *plus est in re quam in existimatione mentis*; esto es, las condiciones objetivas deciden, la creencia subjetiva no tiene influjo.

Según Savigny, esta conversión en posesión sin el menor cambio en el conocimiento y en la voluntad, no puede concebirse; no podría datar sino del momento en que el hijo de familia hubiere recibido noticia de la muerte de su padre. Savigny quita del medio el texto (p. 126), notando que parece raro que el *pater familias* que se conceptúa *filius familias* pueda poseer». ¿Raro para el hijo de familia? Lo mismo lo es para el supuesto esclavo de que ha poco hemos hablado, y hay todavía algunas más rarezas y singularidades de este género. El texto de Papiniano implica tan de lejos una singularidad, que hasta plantea la cuestión: *¿cur non capiat usu?*, es decir por supuesto. Ahora bien; si el hijo de familia supuesto puede usucapir, resulta que posee. Luego en este caso, como en el del esclavo supuesto, hay posesión sin conocimiento y sin voluntad.

En el § 7 del mismo texto. Papiniano trata de saber lo que se debe pensar respecto de la posesión del hijo, en el intervalo, cuando su padre muere en cautividad en poder del enemigo. Su respuesta hállase concebida en estos términos: *quiatempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et POSSEDISSE SIBI el usucepisse intelligi*. He ahí otra posesión en una época en que el poseedor no tenía el *animus possidentis*.

Según una conocida regla, el hijo de familia se hacía *pater familias* desde el momento en que su padre había sido hecho prisionero; el obstáculo que la patria potestad oponía a su posesión había desaparecido; según nuestra fórmula, desde que desaparece —*n*, *y* debe convertirse en *x*.

A estos tres casos, tomados de la relación de tenencia doméstica, puede añadirse el de la conversión ha poco indicada, en posesión de la tenencia de los *sui heredes*, a consecuencia de la muerte del *pater familias*. Si la deducción hecha a este propósito es exacta, resulta que los *sui heredes* obtienen la posesión

aun cuando no tengan conocimiento alguno de la muerte del padre. Para no dar lugar a una polémica inútil, declaro desde luego que ese caso es problemático; si no se admite, no lo contaré entre mis argumentos. Quien quiera refutarme deberá atenerse a los otros tres y a los que siguen.

A los casos de tenencia doméstica añado los de tenencia contractual siguientes:

El *primero*, es el del representante directo, que quiere adquirir la posesión para sí. Según la L. 13, *de don.* (39, 5), de Ulpiano (1), obtiene la tenencia aun cuando su voluntad se dirigiese hacia la posesión. Savigny (p. 306): he ahí una excepción —otra particularidad todavía!— que no tiene efecto más que para la tradición. En ese caso, la intención del tradente es la determinante. Ya he demostrado antes lo que esta restricción vale; pero prescindo ahora de ella, y me fijo sólo en el caso de la tradición. El mismo Savigny ha advertido que la decisión de Ulpiano no concuerda con su teoría. He ahí una excepción: lo que equivale después de todo a decir que es incompatible con su teoría.

El *segundo*, es el de la L. 21, *de usurp.* (41, 3), de Javoleno: *ei a quo fundum pro herede diutius capturus eram, locavi eum*. El jurista se pregunta si la *usucapio pro herede* se encuentra interrumpida por el arriendo, que debería ser mirado aquí como nulo: *quia dominus suam rem conduxisset*. Según Savigny, no se ve lo que la nulidad indicada del arriendo puede tener de común con la cuestión de posesión. El colono quiere poseer para el arrendador; que sea o no al propio tiempo propietario no importe, según Savigny, pues que lo ignora. Su voluntad de poseer es la misma que la de cualquier otro colono, es el *animus alieno nomine detinendi*. No quiere la posesión; ¿cómo atribuírsela? Desde el punto de vista de la teoría subjetiva eso no cabe; desde el punto de vista de la objetiva es una consecuencia inevitable. El obstáculo supuesto que a la posesión se opone en

---

(1) Me atengo a este texto indiscutible: en cuanto a los otros, véase Savigny, loc. cit.

el colono, el arriendo, no existe jurídicamente: el — *n* cae, las condiciones legales *a* + *c* surten todo su efecto, el colono es poseedor.

Sin duda que el jurista no lo dice categóricamente; pero ¿niega la posesión al arrendador? Si hubiera opinado que no se había verificado cambio alguno en la situación posesoria del colono, su conclusión de que el arrendador pierde la posesión (*sequitur ergo ut ne possessionem quidem* (1) *locator retinuerit*) no hubiera sido fundada. El jurista no podía negar la posesión al arrendador sino para reconocérsela al colono, porque si éste hubiera debido obtener la tenencia, aquél hubiera conservado la posesión por su intermedio, como su tenedor.

*Tercero.* El colono muere, y su heredero, que ignora el arriendo y cree que el fundo pertenece a su autor, entra en posesión de él. ¿Cuál es su posición?

Según Savigny, es preciso atribuirle la posesión, porque tiene el *animus domini*; según Labeon, en la L. 60, § 1, Loc. (19, 2), obtiene la tenencia:

*Heredem coloni, quamvis colonus non est* (2). *nihilominus domino possidere existimo.*

Labeon no dice, es verdad, que el heredero no tuviera noticia alguna del arriendo. Pero si eso hubiera dependido de esta noticia, hubiera debido mencionarla. Ahora bien: se limita a decir de una manera absoluta: *heredem domino possidere*, de-

(1) El *ne quidem* implica tácitamente una oposición, la de la posesión con la obligación. El enlace de las ideas del jurista es el siguiente: siendo el contrato de arriendo nulo, el arrendador no tiene un derecho de obligación, y no conserva la posesión.

(2) ¿Qué quieren decir esas palabras? Si se las toma sólo en un sentido literal, significan que en la época de Labeon el arriendo se disolvía por la muerte del colono. Y así es cómo yo las entiendo, de acuerdo, yo creo, con la concepción romana antigua del arrendamiento, que daba un peso decisivo a la personalidad del colono. La glosa añade: *post finiconductionem*, esto es, si el término del arriendo había expirado con

jando ver así que no hay que atender a ninguna otra circunstancia cualquiera que ella fuese. Sabido es que se puede tener a nombre de otro sin saberlo. El que, sin tener conocimiento del verdadero estado de las cosas, arrienda el fundo de un colono que se presenta como propietario, no tiene a nombre del colono, sino a nombre del arrendador originario (1). Lo mismo exactamente ocurre cuando el comodatario o el depositario de una cosa la da a su vez en comodato o en depósito: el segundo comodatario o depositario tiene a nombre del comodante o depositante originario, sin saber de él (2).

El *animus domini* en la persona del heredero, en el caso indicado, es tan indiferente como el del comprador, en el caso en que el colono venda el fundo o lo arriende (3). La relación posesoria anterior dura mientras no ha sido *exteriormente* abolida; es decir, mientras el supuesto poseedor no opone resistencia de hecho a los actos de posesión del poseedor anterior: más arriba dejo expuesto por qué.

Resulta de todos estos casos que:

*La voluntad subjetiva de poseer no tiene influjo alguno respecto de la regla objetiva del derecho.*

la muerte del colono; pero el texto no consiente en modo alguno esta adición. Los autores posteriores han rehuído la cuestión. Los compiladores de las *Pandectas* no debieron acoger ese pasaje, porque no se armoniza con el derecho nuevo; pero, no obstante, ha pasado a las *Bastlicas* (20, 1, 60).

La manera de ver de derecho romano antiguo, debe tener una justificación práctica, porque los autores del *Landrecht* prusiano, sin saber nada de seguro del precedente del antiguo derecho romano, han recogido la idea de la personalidad de la relación del arriendo. Sin duda, la dieron, en cuanto al influjo de la muerte del colono, límites más estrechos que dicho derecho romano antiguo; pero por otro lado han ido más allá que este último—prohibición de subarrendar—. L. R., 1, 21, §§ 309, 315, 366 y sigs.

(1) L. 25, § 1. L. 30, § 6, *h. t.*

(2) L. 30, § 6, *h. t.*

(3) L. 32, § 1, *h. t.*

Los casos particulares que hemos podido conocer pueden comprenderse en el esquema siguiente:

1. *Poseción*, allí donde la voluntad de poseer—en el sentido de la teoría subjetiva—tendía a la tenencia,
  - a). Relación de la tenencia doméstica:
    - L. 21 pr., *de A. r. d.* (41, 1): *liber bona fide serviens*.
    - L. 44, §§ 4, 7, *de usurp.* (41, 3): el hijo de familia cuyo padre ha muerto.
  - b). Relación de tenencia contractual:
    - L. 21, *de usurp.* (41, 3): el propietario que, sin saberlo, toma en arriendo su propio fundo.
2. *Tenencia*, donde la voluntad—en el sentido de la teoría subjetiva—tendía a la *posesión*.
  - L. 13, *de donat.* (39, 5): el representante que quiere adquirir para sí.
  - L. 60, § 1, *de loc. cit.* (19, 2): el heredero del colono.

De este modo creo haber agotado todos los casos que ofrecen nuestras fuentes; pero todavía hay en ellas toda una serie de argumentos, que disipan cualquier duda acerca de la idea que se han formado los juristas romanos de la función de la voluntad en la posesión.

Helos aquí:

1. Se ha reconocido expresamente que la posesión depende de la causa.

Un testimonio indudable nos lo ofrece la L. 21, de *usurp.* (41, 3), de Javoleno. Después de haber señalado la nulidad del contrato de arrendamiento, añade: *SEQUITUR ERGO, ut ne possessionem quidem locator retinuerit*. Creo baste fijarse en estas palabras para comprender cómo los juristas romanos han concebido la relación de la posesión con la *causa*. La cuestión de la posesión como tal no debe en modo alguno suscitarse: si la relación contractual está establecida, la relación posesoria también lo está. La voluntad de quien posee no debe tomarse en cuenta: el *acto jurídico* que éste ha querido implica la *posesión*.



*La cuestión de la posesión es una simple consecuencia (sequitur ergo) de la relación contractual. Y con esto está dicho todo.*

La misma idea que hemos indicado en Javoleno—la dependencia entre la relación posesoria, o de otro modo más concreto, entre la tenencia y el contrato de arriendo—obra también en el fondo de los pasajes siguientes, que son bastante elocuentes por sí solos:

L. 16, *de peric.* (18, 6): ... *possessio PER LOCATIONEM retinetur.*

L. 37, *de pign. act.* (13, 7): ... *PER LOCATIONEM retineo possessionem.*

L. 1. Cód. *Comm. de usuc.* (7, 30): *qui EX CONDUCTO possidet.*

L. 19, *h. t.*: *Qui... CONDUXIT... in promptu est, ut possidere DESIERIT.*

L. 21, § 3, *id.*: *Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, POSSESSIO ad dominum revertitur.*

L. 33, § 6, *de usurp.* (41, 3): ... *CONDUCTIO idem proestat, quod si apud creditorem res esset.*

2. Resulta de esta dependencia entre la relación posesoria y el elemento de la causa, que cuando este último está aún provisionalmente indeciso, el primero lo está también.

Tenemos ejemplos en la L. 38, § 1, y L. 42, § 1, *h. t.* El primer pasaje habla de la tradición condicional:

*Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur POSSESSIO TRADITA, si fundus alienus sit; ... Hoc amplius existimandum esse, possessiones sub conditione tradi posse.*

El *accipiens* no adquiere, pues, entretanto, más que la tenencia; no obtiene la posesión sino al advenimiento de la condición. Pero, ¿qué pasará si la condición se presta sin que él lo

separ? Según Savigny, debería tener ante todo conocimiento de ella, a fin de que su *animus detinendi* anterior pudiera transformarse en *animus domini*. Según la L. 2, § 2, *pro emt.* (41, 4), tiene inmediatamente la posesión: *contra si extitit et ignoret... USUCAPERE eum*; el comienzo de la usucapición presupone la conversión de la tenencia anterior en posesión.

El segundo pasaje o texto concierne al *negotiorum gestor*, que compra una cosa para otro. Mientras este último no ha ratificado el acto, posee para sí (XVII); si lo ratifica, su posesión se convierte en tenencia al modo como en el caso antes indicado la tenencia se convertía en posesión.

3. Si se pactan dos convenciones posesorias, de las cuales la una entraña la posesión y la otra la tenencia, la últimamente decidida es la que vale, sin que la cuestión de la posesión, como tal, deba suscitarse.

L. 10, pr., *h. t.*

4. La convención de que el colono o el inquilino tendrá la posesión es nula.

Esta proposición no se expresa en ninguna parte en términos categóricos; pero resulta de la L. 10, § 2, *h. t.* Este texto trata del caso en que se ha estipulado un contrato de arriendo y un precario con el objeto de abandonar la posesión. El jurista no declara esta última convención válida a no ser en el supuesto de que no se hubiera pactado más que un arriendo simplemente aparente: *si nummo uno conduxit*. En este caso el contrato indicado no es obstáculo para la posesión: *... quia conductio nulla est, quae est in uno nummo*. Si, por el contrario, fuera en serio el arriendo, entonces la última convención pactada es la única que vale.

El jurista no nos dice lo que debe hacerse cuando han sido pactadas a un mismo tiempo. La importancia que da a la circunstancia de que el arriendo no fuera más que un acto aparente, nos autoriza a pensar que el arriendo es el que haría inclinarse la balanza y que la convención *ut possideret* se estima nula.

En la L. 37, *h. t.*, Marciano trata del caso en que el deudor

toma en arriendo o en alquiler del acreedor hipotecario el fundo o la casa cuya posesión hubiera sido abandonada a este último. Este caso no tiene nada de extraño, porque puede suponerse que la renta o el alquiler ocupan el lugar de los intereses del capital. Pero lo que es extraño, es la indicación que da el jurista respecto de la convención de las partes:

... *re a creditore conducta convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, PRO COLONO in agro, (in) aedibus autem PRO INQUILINO sit; per eos creditor possidere videtur.*

¿Por qué esta convención sobre la relación posesoria? La cosa resulta de un modo natural. ¿Y a qué vienen las palabras *pro colono, pro inquilino*? No encuentro otra respuesta que la siguiente: el acreedor no quería conceder al deudor más que la tenencia, alegándose el contrato tan sólo para darle una base jurídica; no se atendía, pues, tanto al contrato mismo como a su efecto posesorio. En este sentido es en el que los autores de las Basílicas, (50, 2, 37) han comprendido la convención.

δι ἐμοῦ τὴν ἔπ' ἀσφάλειαν νομίην ἔχει ὁ δανειστικῆς  
*per me possessionem SECURITATIS CAUSA habet creditor.*

La convención está hecha: *securitatis causa*. ¿Quiere esto decir para procurar al acreedor la posición de *poseedor*? Cabe otra explicación dada por Gayo, II, § 60. En la *fiducia cum creditore*, cuando el deudor poseía la cosa, tenía la *usu receptio*, aun en el caso de la falta de pago: *si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceat*. ¿Puede admitirse que Marciano haya hablado en ese texto de la hipoteca fiduciaria? No es verosímil, porque el objeto empeñado era un inmueble, y la tradición aquí supuesta, de esta cosa al acreedor (*re pignoris nomine DATA ET POSSESSIONE DATA*) no tendría sentido, toda vez que era suficiente el compromiso hipotecario. Hállase este supuesto reafirmado por estas palabras, que revelan la mano de los compiladores: *cum HYPOTHECAM DEDISSET*.

Admitido este punto de vista, vese claramente por qué el acreedor ha estipulado el contrato de arriendo. Lo hacía *securitatis causa*; esto es, no en vista de la seguridad de hecho, sino para la seguridad jurídica, o sea para excluir la *usu receptio*. El contrato de arriendo se estipulaba, pues, no por sí, sino para establecer el efecto posesorio a él atribuido: la relación de tenencia. Si el derecho antiguo hubiera considerado posible en este aspecto *abstracto* la conversión de que el deudor tenga a nombre del acreedor, no hubiera sido preciso ordenar la celebración de un contrato de arrendamiento. Y como no ha sido así, resulta que esta idea le era extraña: *no conocía la tenencia como tal, sino sólo como consecuencia de una relación jurídica, doméstica o contractual*.

5. En el derecho nuevo, donde el compromiso fiduciario ha desaparecido, el arrendamiento de la cosa empeñada, tantas veces mencionado en los textos (1), reviste otro aspecto; el deudor, que en la *fiducia* tomaba en arriendo la cosa convertida en propiedad del acreedor, arrienda *su propia cosa*. ¿Cómo conciliar esto con la teoría del *animus domini*? El deudor tiene, como propietario, el *animus domini*, la voluntad de ejercer su *propia* propiedad; como colono o inquilino no tiene más que el *animus alieno nomine detinendi*, la voluntad de ejercer la propiedad de otro. ¿Qué hará en esta situación, en que dos *animi* se contraponen en su alma?

El defensor de la teoría subjetiva tiene la palabra.

6. En la L. 28, *h. t.*, de Tertuliano, tropezamos con un poseedor cuyo *animus* es muy singular. No sabe él mismo si posee o si, meramente tiene *refert, utrum sciam me possidere an ignorem*. Según la teoría objetiva, esto no tiene absolutamente nada de extraño, porque para ella la cuestión de posesión depende de la *causa*. El caso previsto realiza, sí, la *causa*, que queda por el momento indeterminada, o, si existe, sin que el poseedor tenga noticia de ella. Según la teoría subjetiva, para

---

(1) Véase, además, la L. 37 cit. § 1, *de pign. act.* (13, 7) y 37 *de pign. act.* (13, 7).

la cual la voluntad de poseer es «cosa del libre arbitrio del poseedor», no podrá comprenderse cómo Tertuliano podía considerar ese caso posible y someterlo a un examen serio.

¿Cómo puede nadie dudar de su relación posesoria, cuando de él depende la fijación de su carácter? La duda sólo es posible cuando la decisión depende, no de nosotros, sino de la *causa* por el momento indeterminada.

7. Si la distinción entre la posesión y la tenencia dependiese de la voluntad de poseer, los juristas romanos no hubieran podido menos de explicar de la manera más detallada este punto cardinal de toda la teoría. Hubieran debido, no sólo exponer *in abstracto* la distinción teórica, sino que, como han hecho con la teoría de la novación, hubieran indicado, *in concreto*, los criterios para reconocerla, señalando presunciones, en suma, hubieran debido explicarse por entero acerca de la cuestión de la prueba del *animus*, la cual, según hemos visto (IX), está rodeada de las mayores dificultades. Nada de eso hicieron; no hay ensayo alguno para definir esta distinción fundamental, sobre la cual va a edificarse toda la teoría de la posesión; no hay indicación, ni alusión siquiera, a la prueba de la voluntad de poseer o de tener.

A excepción de Paulo, de quien dijimos ya lo suficiente (XIII), no puede descubrirse en nuestras fuentes ni una sola huella cierta del *animus possidentis*; ni aun en los casos de la posesión derivada, que era la ocasión más propicia. El mismo lenguaje nada sabe de eso; en parte alguna se registran las expresiones técnicas actuales: *animus rem sibi habendi*, *animus domini*, ni la una ni la otra se encuentra. El inventor mismo del *animus possidentis* se preocupa tan poco del lenguaje, que en la L. I, § 3, *h. t.*, emplea la expresión: *affectio TENENDI*, para designar el *animus* del que quiere poseer para sí; y en el § 9 de la misma ley, la de *intellectus POSSIDENDI*, hablando de la capacidad de quien quiere poseer *para otro*.

En conclusión: silencio completo de los juristas romanos, a excepción de Paulo, sobre la necesidad de una voluntad de poseer particular para la posesión y otra para la tenencia, es de-

cir, sobre la idea fundamental, base de toda la distinción entre esas dos relaciones según la teoría subjetiva.

¿Será preciso insistir más para demostrar el peso de este argumento negativo? ¿Qué falta tan grave no hubieran cometido los maestros romanos si no hubieran dicho una palabra a sus discípulos de esta diferencia en la voluntad de poseer, que no podía, sin embargo, serles innata! ¿Qué imperdonable omisión respecto del Juez, que era, por lo general, extraño al derecho, si hubieran pretendido obligarle a aplicar una distinción que dejaba en la obscuridad más completa! ¿Dónde, pues, si no es en ellos, debía aprender la manera de concebir en abstracto, la diferencia en el *animus* y de reconocerle en concreto?

La doctrina guarda sobre la idea fundamental de la distinción entre la posesión y la tenencia un silencio absoluto; desempeña el papel de una esfinge que ofrece la voluntad de poseer como enigma. Y nadie hasta ahora, lo ha descifrado (XI y XII).

Y abordo ya la regla de derecho mencionada más arriba.

8. *Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest.*

He reservado el examen de esta regla para lo último, con el objeto de preparar adecuadamente al lector. Después de leídas las declaraciones precedentes, no puedo abrigar dudas sobre su significación. La idea que, según hemos demostrado, ha sido realizada de hecho por los juristas romanos, a saber, que no es la voluntad subjetiva, sino la regla de derecho, la que determina la naturaleza de la relación posesoria, ha sido expresada de una manera tan clara como incisiva, no sólo por los juristas de la época imperial, sino por los de la república, por los *veteres*.

La idea es la siguiente:

*La voluntad subjetiva es impotente ante la regla objetiva de derecho.*

Me he impuesto como ley en este trabajo el no extenderme sobre los puntos que han sido ya suficientemente explicados por otros; de este modo dispongo de más espacio para expresar

mis propias opiniones. Por esto me limito aquí a lo indispensable para la comprensión exacta de esta regla.

Sabido es que Savigny (pág. 82) la ha referido a la antigua *usucapio pro herede lucrativa*. Tendría por objeto, según esto, impedir prescribir *pro herede*, a aquellos que ocupaban las cosas hereditarias de otro, sea como poseedores, sea como tenedores. Sólo después del descubrimiento de Gayo, al cual debemos la explicación de esta extraña institución del derecho romano, es cuando esta regla ha llegado a ser clara, «pero habiendo perdido en *gran parte* su significación previa después de Adriano, y *completamente* después de Justiniano».

He ahí una alegación muy grave. ¡Una regla cuya inteligencia debía haberse perdido enteramente para la época nueva, la cual tenía, en lugar del verdadero texto de Gayo, el extracto en dos libros, que no hacían mención alguna de la *usucapio pro herede* abolida! Una regla que había perdido toda significación para el derecho de Justiniano y que, sin embargo, era honrada por los compiladores, no sólo por una mención aislada, sino por una explicación detenida.

Si la regla se hubiera limitado, como Savigny quiere, a la *usucapio pro herede* y a la *usureceptio*, ambas abolidas, lo hecho por los compiladores sería inconcebible. Resulta de ahí que debía tener un valor más extenso y aplicarse aun en la época nueva. Sin duda, como Savigny admite, ha podido haber sido hecha en su origen tan sólo para las circunstancias que él indica, alcanzando más tarde mayor aplicación. Sin embargo, esta opinión no me parece verosímil. Si no se aplicaba más que en estas circunstancias, ¿por qué no se señalaba el elemento decisivo: *lucri faciendi causa* como se ha hecho para la *usucapio pro herede* y para la *usureceptio* con la adición de la palabra *lucrativa*? (Gayo, II, 56, 60). Sea de esto lo que fuere, es indiscutible que, aun en la época antigua, la regla ha tenido un alcance infinitamente mayor y que sólo por eso ha podido mantenerse hasta la época nueva.

En el sentido con el cual se ha mantenido vigente en el de-

recho nuevo y en el de Justiniano, significa que la voluntad no tiene fuerza ante la causa *possessionis*. ¿Qué es la *causa possessionis*? (1) No es sólo el *motivo jurídico* de la posesión (cuya importancia se revela en la transmisión de la propiedad), sino un modo de establecerse previsto por el derecho, de modo que aun el establecimiento *injusto* de la posesión, la *virtuosa posesión*, cae dentro de la regla.

El *vitium possessionis* obra sobre la relación posesoria de la misma manera que la *causa juris*; por ejemplo, el contrato de arriendo, de prenda. Le imprime un sello definitivo (2). Ahora bien: si la causa de establecimiento, tomada en ese sentido, determina definitivamente el carácter de la relación posesoria, puede entenderse también por *causa possessionis* esta calificación jurídica de la relación posesoria misma. Sabido es, por lo demás, que la palabra *causa* se encuentra en más de una ocasión en las fuentes con ese significado. En este sentido la regla quería decir: nadie puede, cambiando de voluntad, transformar una relación posesoria existente. Y en tanto que la eficacia de la causa descansa sobre una disposición jurídica, se puede también, como yo he hecho, sustituir la regla del derecho y formular el principio en estos términos: en materia posesoria, *la voluntad del poseedor no tiene fuerza frente a la regla objetiva del derecho*.

¿Se aplica esto a las relaciones *nacientes*, al igual que a las *existentes*? La palabra *mutare* inclina el ánimo a la negativa, porque para que una cosa pueda cambiar, es preciso que exista. Pero el nacimiento implica también ya la *CAUSA possessionis*. La regla encuentra, pues, también aplicación con respecto a la regla posesoria naciente. Encuéntrase un ejemplo en la L. 13 *de don.* (39, 5), que muestra la ineficacia de la voluntad del repre-

(1) Sabido es que por *possessionis* es preciso entender, no sólo la posesión, sino también la tenencia. V. L. 2, § 1, *pro her.* (41, 5); L. 5, *Cód. h. t.* (7, 32).

(2) L. 40, § 2, *h. t.* Las *causae possessionum*, de Cic., *de leg. agr.* (3, 11), se refieren también a los *vitia possessionis*. Es un error que se debe corregir en *Pernioe*, Labeo, II, p. 191.



sentante que quiere adquirir la posesión para sí mismo, cuando la *causa possessionis* implica la tenencia.

La regla se aplica, no sólo a la posesión jurídica y a la tenencia, sino también a la *usucapión*. Prohíbe toda transformación en la relación posesoria comprendida bajo la regla (véase luego). Así, no sólo impide transformar la tenencia en posesión por un simple cambio de voluntad, sino que impide depurar los vicios originarios (*vitia possessionis*) de la posesión misma; por ejemplo, en la persona del heredero que no conociese el *vitium*. Tal es también la explicación de la decisión mencionada antes, relativa a la situación posesoria del colono. La relación posesoria conserva su carácter originario, hasta que interviene un suceso que, jurídicamente, sea capaz de transformarla. Tales son todos los hechos que, a falta de toda relación posesoria, tuvieran por consecuencia la adquisición de la posesión o el establecimiento de la tenencia. Su efecto debe ser el mismo. Son ya hechos de naturaleza jurídica: celebración de un contrato, adición de la herencia, legados ya hechos de naturaleza real, *dejectio* del poseedor de un fundo, sustracción de una cosa mueble.

La regla indicada, según el tenor de sus términos, no consagra sino la *impotencia* de la voluntad; pero es preciso añadir, para cubrir completamente la teoría de los juristas romanos, la *insignificancia* de la voluntad del poseedor en lo que concierne a los hechos jurídicos que se desconocen.

Me remito a los casos citados; véase en ellos la disposición del derecho realizarse, no *contra* la voluntad del poseedor, sino *sin* ella. Por medio de la regla *nemo causam possessionis*, etcétera, únicamente esos casos no hubieran podido ser juzgados por los juristas romanos según lo han sido. Esta regla, en efecto, no tenía aplicación alguna, porque no se trataba de vencer una voluntad resistente, sino de realizar un efecto jurídico sin la voluntad. Los juristas romanos no han formulado en parte alguna, en principio, ese punto de vista de la realización del derecho sin la voluntad: limitáronse a aplicarlo. En este sentido, pues, la regla de que se trata no formula por entero su teoría.

Creo poder terminar aquí la exposición de la teoría de los juristas romanos.

Después de mis explicaciones anteriores (V), no tendré necesidad de prevenirme contra la mala inteligencia que fácilmente pudiera surgir de la mención de la *causa possessionis* en la regla indicada, a saber, que así como la tenencia depende de la prueba de una *causa detentionis*, así la posesión debe depender de la prueba de una *causa possessionis*. Tal es la teoría de las causas en materia de posesión. Ya la hemos expuesto y refutado.

Según la teoría de los juristas romanos, hay siempre posesión mientras no haya una de las *causae detentionis* legales que la excluyen. Resulta esto evidentemente de que, cuando la *causa detentionis* supuesta no existe, o la verdadera causa cesa, la tenencia se convierte en posesión, según hemos visto. Si la posesión no formase la regla que impera siempre cuando el motivo de una excepción desaparece, ni, por el contrario, la posesión y la tenencia fuesen como dos miembros completamente independientes, el error sobre la simple *causa detentionis*, o su desaparición, no podría convertir la tenencia en posesión. Resultaría tan sólo que la causa supuesta no sería lo que se creía, pero la tenencia misma, no atacada, subsistiría.

La tenencia se refiere a la posesión, como la excepción a la regla, y la realización de la excepción tiene por condición una *causa detentionis* reconocida por el derecho. Si no existe, o si desaparece, la tenencia se hará jurídicamente imposible, surgiendo la posesión: he ahí nuestra fórmula:

$$a+c=x, a+c-n=y; \text{ sin } -n \text{ no hay } y \dots$$

El resultado con que terminamos nuestra exposición de la teoría de los juristas romanos consiste en reconocer que la supuesta dualidad de la voluntad de poseer, a que la teoría subjetiva refiere la distinción entre la posesión y la tenencia, era completamente desconocida de los juristas romanos. La idea no se ha comprobado en ninguna de las relaciones en que hubiera

debido afirmar su derecho a la existencia. No es verdadera, ni *históricamente* (VII, VIII), ni procesalmente (IX), ni legislativamente (XIV), ni dogmáticamente: es una idea absolutamente falsa, que no debe su origen más que a un desgraciado ensayo constructivo de Paulo (XIII): el motivo real de la distinción romana entre la posesión y la tenencia es un motivo *práctico*: eso es lo que ahora vamos a probar.